

Pravnik

revija za pravno teorijo in prakso

Ljubljana 2013
letnik 68 (130)
številka 5-6
strani 285–456

izdaja
Zveza društev pravnikov Slovenije

Pravnik

revija za pravno teorijo in prakso

Letnik **68** (130)

kot naslednik revije

SLOVENSKI PRAVNIK

Številka **5-6/2013**

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

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

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

Uredniški odbor:

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

Mednarodni uredniški odbor:

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

Odgovorna urednica:

dr. Dragica Wedam Lukić

Strokovni urednik:

Boštjan Koritnik

Jezikovni pregled in oblikovanje:

GV Založba, založniško podjetje, d. o. o.

Pravnik Izdajatelj in založnik: **Zveza društev pravnikov Slovenije**
Naslov: **Poljanski nasip 2, 1000 Ljubljana**
Tisk: **Grafika Soča, d. o. o., Nova Gorica**
Naklada: **560 izvodov**
Izide 12 števil na leto.

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

Naročila

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

Letna naročnina (cene z DDV):

- za pravne osebe 80,01 EUR, posamezni zvezek 16,00 EUR
- za posameznike 60,02 EUR, posamezni zvezek 16,00 EUR
- za študente 25,00 EUR, posamezni zvezek 8,00 EUR
- za tujino 160,02 EUR, posamezni zvezek 34,00 EUR

IBAN: SI56 0292 2025 7264 074

VSEBINA

Članki

- | | |
|-------------------------------|---|
| Matjaž Ambrož | Sostorilstvo v primežu teoretičnih modelov in praktičnih izzivov – 289 |
| Martina Žaucer | Nekateri vidiki priznavanja privilegija zoper samoobtožbo pravnim osebam – 317 |
| France Ocepek,
Marko Pahor | Trajanje pravnega postopka, končnega pred pravnim oddelkom Okrožnega sodišča v Ljubljani, v luči Lukende – 345 |
| Miran Jus | Ameriška judikatura (akreditivi in bančne garancije): <i>American Express Bank Ltd. v. Banco Espanol de Credito</i> – 373 |
| Nina Židanik | Zloraba zemljiškega dolga – kazenskopравни vidik onemogočanja odvzema premoženjske koristi, pridobljene s kaznivim dejanjem, oziroma premoženja nezakonitega izvora – 387 |
| Anton Olaj | Uporaba splošno veljavnih načel mednarodnega prava v pravnem redu Republike Slovenije z vidika pravne varnosti – 409 |

Recenzija in prikaz knjige

- | | |
|----------------|---|
| Matej Avbelj | Svoboda tiska: sodni vrh ledene gore in pogled čezenj – 431 |
| Matjaž Tratnik | Svetovni trgovinski sistem in omejitve suverenosti – 437 |

Avtorski sinopsisi – 443

Navodila za avtorje – 457

CONTENTS

Articles

- Matjaž Ambrož Co-Perpetration – Between Theoretical Models
and Practical Challenges – 289
- Martina Žaucer Certain Aspects Regarding Recognition
of the Privilege against Self-Incrimination to Legal
Entities – 317
- France Ocepek,
Marko Pahor Duration of Litigation Process Finished in Ljubljana
District Court Civil Litigation Department through
Lukenda Perspective – 345
- Miran Jus American Case-Law (Letters of Credit and Bank
Guarantees): *American Express Bank Ltd. v. Banco
Español de Crédito* – 373
- Nina Židanik Misuse of a Land Charge – A Criminal Law
Perspective of Preventing the Confiscation of Proceeds
Acquired from Criminal Activities or Properties
of Illicit Origin – 387
- Anton Olaj Applying the Generally Accepted Principles of
International Law in the Republic of Slovenia in Terms
of Legal Certainty – 409

Book Reviews

- Matej Avbelj Freedom of Press: Judicial Peak of the Iceberg and
Beyond – 431
- Matjaž Tratnik World Trade System and Sovereignty Limitations – 437

Authors' Synopses – 443

Guidelines for Authors – 457

SOSTORILSTVO V PRIMEŽU TEORETIČNIH MODELOV IN PRAKTIČNIH IZZIVOV

Matjaž Ambrož,

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

1. UVOD

Sostorilstvo je v slovenskem pravnem prostoru tradicionalno pojmovano objektivno-subjektivno. Pri vsebinski napolnitvi te formule, zlasti njenega subjektivnega dela, sicer prihaja do manjših razhajanj, prevladujoče gledanje, ki se je usidralo tudi v sodni praksi, pa je naslednje: po objektivni plati je za sostorilstvo potrebno sodelovanje pri sami izvršitvi ali vsaj bistven prispevek k dejanju, po subjektivni plati pa, da sostorilec dejanje šteje »za svoje lastno«, da ravna *cum animo auctoris* oziroma s »storilsko voljo«.¹ Gre za eno od možnih oblik združevanja objektivnih in subjektivnih teorij storilstva, ki skuša preseči pomanjkljivosti, značilne za objektivne in subjektivne teorije v njihovi čisti obliki.² Vendar pa tudi ta, združevalni pristop težav v resnici ne odpravlja.

Namen pričujočega prispevka je najprej razčleniti težave objektivno-subjektivne koncepcije sostorilstva, kot je uveljavljena pri nas, nato pa predstaviti alternative tej koncepciji, zlasti danes prevladujočo idejo o sostorilstvu kot funkcionalni oblasti nad dejanjem.

Pri tem si je treba biti že od začetka na jasnem: tudi ta zamisel ni čudežno zdravilo za vse dileme sostorilstva. Že zato ne, ker gre v izhodišču za precej abstrakten pravni standard, ki sam zase ne more rešiti konkretnih dilem sostorilstva, ne da bi puščal nekaj prostora arbitrarnosti – nemški pisec Freund

¹ Glej denimo odločbi Vrhovnega sodišča RS I Ips 343/2004 in I Ips 231/2004; prim. L. Bavcon, v: L. Bavcon, A. Šelih, D. Korošec, M. Ambrož in K. Filipčič, nav. delo (2009), str. 325.

² O težavah, ki jih odpirajo posamezne »čiste« teorije storilstva, M. Ambrož, nav. delo (2010), str. 631–649.

idejo oblasti nad dejanjem primerja s »čarovniškim klobukom, iz katerega vselej lahko potegnemo poljuben rezultat«. ³ Poleg tega pa ne kaže prezreti, da oblast nad dejanjem ne more biti univerzalno merilo storilstva, temveč deluje prepričljivo le pri deliktih, ki so splošni (torej taki, da je njihov storilec lahko vsakdo), storitveni in naklepni hkrati.

Vendarle pa so desetletja dela ideji o storilstvu kot oblasti nad dejanjem za sabo pustila razvejen pojmovni aparat, ki je iz neke abstraktne in izmuzljive ideje napravil obsežen instrumentarij spopadanja s posameznimi značilnimi dilemami. Ta pojmovni aparat je danes široko sprejet, kar omogoča skupen jezik o dilemah storilstva in udeležbe. Zato se zdi najbolj racionalno idejo o oblasti nad dejanjem kot izhodišče sprejeti, zavedajoč se njenih omejitev. Nesmiselno bi bilo namreč stvari zapletati s snovanjem kakšnega drugega »metaprincipa«, ki bi moral biti, da bi lahko odigral svojo vlogo, prav tako abstrakten in izmuzljiv. Bolj kot ukvarjati se z različnimi metaprincipi, ki morajo po naravi stvari biti skrajno splošni (in so zato težko uporabni), se zdi pomembno opredeliti se do konkretnih dilem, ki jih načenja sotorilstvo – to bo rdeča nit pričujočega prispevka.

2. TEŽAVE »STORILSKE VOLJE« KOT MERILA SOTORILSTVA

Težave pri nas uveljavljenega objektivno-subjektivnega pojmovanja sotorilstva so manj vidne, dokler objektivno in subjektivno merilo vodita k enakemu rezultatu. Če oseba A s silo obvlada oškodovanca, da mu pajdaš (oseba B) lahko odvzame denar, hkrati pa celoten kriminalni podvig šteje za »svoje dejanje«, ni dvoma, da je sotorilec ropa. Toda vzemimo, da bi A isti prispevek opravil »z notranjim odporom«, brez kakršnegakoli interesa biti udeležen pri delitvi dobička, zgolj zato, da vrne uslugo svojemu kriminalnemu tovarišu. Če torej A ropa ne bi štel za »svoje dejanje« – bi morala biti zato pravna presoja njegovega ravnanja kaj drugačna? Ali je prav, da sodbo o obliki odgovornosti (sotorilec ali pomagač) prepustimo notranjim občutjem obdolženca? Se je mogoče sotorilski odgovornosti izogniti tako, da se notranje distanciraš od dejanja?

Če bi za sotorilstvo vselej zahtevali oboje, prispevek ustrezne teže in storilsko voljo hkrati, bi morali na vsa postavljena vprašanja odgovoriti pritrdilno. To pa bi bilo neživljenjsko in kriminalitetnopolitično nesprejemljivo. Vodilo bi v

³ G. Freund, nav. delo (2009), str. 383; podobno je že E. Schmidhäuser oblast nad dejanjem imenoval »čarovniški izrek« (nav. delo, str. 330); za kritiko vsebinske praznosti oblasti nad dejanjem kot merila storilstva glej tudi J. Renzikowski, nav. delo (1997), str. 18–21.

subjektivizem, ki bi omogočil, da dejanje izvršiš z lastnimi rokami, hkrati pa nisi njegov storilec, ker se pač sam ne šteješ za storilca.⁴

Zato je najprej na mestu sklep, da je storilska volja nepomembna, kadar gre za sostorilstvo, pri katerem sostorilec izpolni del zakonskih znakov (»sostorilstvo v ožjem pomenu«⁵).⁶ Kdor sodeluje pri sami izvršitvi, je lahko sostorilec ne glede na to, ali dejanje šteje za svoje, za tuje ali pa se s tem vprašanjem morda sploh ne ukvarja.

Je potemtakem storilska volja primerna kot merilo vsaj v tistih situacijah, ko posameznik ne sodeluje z izvršitvenimi ravnanji (»sostorilstvo v širšem pomenu«)? Na prvi pogled morda. Kdor pri tatvini poskrbi za to, da je pozornost oškodovanca usmerjena drugam, ob tem pa tatvino šteje »za svojo«, je seveda sostorilec. Toda ali je kaj drugače, če tatvino šteje »za tujo«? Kako se odločiti, kadar objektivno in subjektivno merilo »vlečeta« vsako v svojo smer? Bomo sostorilstvo kljub bistvenemu prispevku v času izvršitve zanikali, ker ni bilo storilske volje? Ali pa bomo – kar je bolj verjetno – ob ustrezno intenzivnem objektivnem prispevku storilsko voljo preprosto »našli«?

Pravkar povedano pa ni edina težava izpeljave sostorilstva, ki poleg objektivnih meril stavi tudi na storilsko voljo. Bistveni problem merila storilske volje je, da stavi na neko psihično danost, ki je v resničnosti pogosto ni. Le redko bo posameznik v času izvršitve dejanja napravil jasno in koherentno refleksijo tega, ali trenutno dogajanje šteti za »lastno« ali »tuje« dejanje. Pa tudi če bi bil ta premislek v resnici opravljen, bi bila njegova vsebina neposrednemu sodniškemu spoznanju težko dostopna.⁷ V praksi zato »storilska volja« pogosto ni več kot fraza: razsojajoči se najprej intuitivno odloči, ali je nekdo sostorilec ali pa zgolj pomagač (oziroma ali si zasluži višjo ali nižjo kazen), nato pa »storilsko voljo« bodisi potrdi bodisi ovrže.⁸

⁴ Tak subjektivizem je zaznamoval starejšo nemško sodno prakso in prišel do izraza v nekaj znamenitih odločbah, ki so postale obče mesto kritike v komentarjih in učbenikih. Med najbolj razpitenimi sta zadevi »Kopalna kad« in »Stašinski«, ki ju povzemam v delu, navedenem v op. št. 2.

⁵ Poimenovanji sostorilstvo v ožjem pomenu (sodelovanje z izvršitvenimi ravnanji) in v širšem pomenu (sodelovanje z ravnanjem, ki ni izvršitveno) najdemo pri Bačiču (F. Bačič, nav. delo, str. 307), udomačila pa ju je tudi slovenska sodna praksa.

⁶ Tako že B. Zlatarič, nav. delo (1956), str. 103. Prim. L. Bavcon, nav. delo (2009), 324-325.

⁷ Ker je storilska volja neposrednemu sodniškemu spoznanju težko dostopna, je treba o njej posredno sklepati. To je mogoče napraviti na podlagi »objektivnih okoliščin dejanja«, zlasti na podlagi oblike in teže prispevka k dejanju, kar pa je pravzaprav povratak k objektivnemu merilu sostorilstva.

⁸ Prim. C. Roxin, nav. delo (1973), str. 10. Podobno Novoselec za hrvaško sodno prakso ugotavlja, da je storilska volja, ki jo hrvaška sodišča sporadično zahtevajo za sostorilstvo,

Vse to napotuje na sklep, da je ugotavljanje, ali je nekdo ravnal *cum animo auctoris* ali *cum animo socii*, nezanesljivo in težko uporabljivo merilo, zaradi česar bi se mu bilo treba odpovedati. Toda s čim ga nadomestiti?

3. ALTERNATIVE OBJEKTIVNO-SUBJEKTIVNEMU POJMOVANJU SOSTORILSTVA; SOSTORILSTVO KOT FUNKCIONALNA OBLAST NAD DEJANJEM

V jugoslovanskem pravnem prostoru je bila precej vplivna Zlatarićeva teorija o delitvi dela,⁹ ki je za sotorilce poleg oseb, ki sodelujejo z izvršitvenimi ravnanji, štela tudi tiste, ki prispevajo k dejanju z ravnanjem, ki ni izvršitveno, če delujejo v času izvršitve na podlagi skupnega dogovora in po načelu delitve dela.¹⁰ Ob tem velja opozoriti, da ta pogled še danes ostaja primerjalnopravno aktualen: zelo podoben pristop srečamo pri nemški avtorici Ingeborg Puppe, po mnenju katere se je treba zadovoljiti s tem, da za sotorilstvo zadošča vsakršen prispevek, ki je dan v času izvršitve in ustreza skupnemu načrtu. Avtorica se zaveda, da ta rešitev »morda deluje nekoliko formalistično«, vendar pa meni, da na ta način pridobimo zanesljivo podlago za razmejitve sotorilstva in pomoči.¹¹ Težava tako njenega kot Zlatarićevega pristopa je, da v želji po čistih rešitvah precenjujeta pomen skupnega načrta oziroma »delitve dela« ter okoliščine, da je bil prispevek dan v času izvršitve. Ni namreč videti pravega razloga za to, da bi neki drugorazredni, po svoji naravi pomagaški prispevek postal sotorilski samo zato, ker je bil pač opravljen v skladu z vnaprej dogovorjeno delitvijo vlog (in v času izvršitve). Zakaj ne bi mogel pomagač svoje vloge odigrati v skladu z natančnim vnaprejšnjim dogovorom o delitvi dela – in ostati pomagač? Tudi z vidika sankcioniranja ni pravično nekomu naložiti neomiljeno (sotorilsko) kazen, čeprav je bil njegov prispevek obroben.

Pogled v novejšo primerjalno pravo pokaže še številne druge modele razumevanja storilstva in s tem sotorilstva (na primer teorija celovite presoje, teorija socialnih vlog, teorija nosilstva odločanja, teorija avtonomije in druge¹²), vendar pa med njimi pravzaprav ni takih, da v njih ne bi bilo mogoče najti kake šibke točke.

zgolj »prazna formula«, ne pa dejansko sledenje subjektivnim teorijam storilstva. P. Novoselec, nav. delo (2011), str. 1652.

⁹ B. Zlatarić, nav. delo (1951), str. 120–124.

¹⁰ B. Zlatarić, nav. delo (1951), str. 121–122.

¹¹ I. Puppe, nav. delo (2011), str. 288.

¹² Strnjen pregled je na voljo pri J. Renzikowski, nav. delo, str. 21–26; C. Roxin, nav. delo (2006), str. 655–673.

Primeroma si je mogoče ogledati *teorijo celovite presoje* Eberharda Schmidhäuserja, ki s sklicevanjem na celovitost nemara deluje najbolj sposobna odzvati se na kompleksnost življenjske stvarnosti. Njen avtor pojasnjuje, da je k zagovarjanju »celovite presoje« privedlo spoznanje, da ni mogoče izpeljati kakšnega bolj oprijemljivega splošnega merila za razlikovanje storilstva in udeležbe.¹³ Bistvo njegovega pristopa je v tem, da o vprašanju, ali gre za storilstvo ali udeležbo, odločimo na podlagi vseh okoliščin primera. Storilec je, kot strnjeno zapiše Schmidhäuser, tisti, čigar ravnanje »glede na celoto vseh okoliščin dejanskega stanja ustreza zakonskemu opisu delikta storilca«. ¹⁴ Schmidhäuser priznava, da to definicijo zaznamuje »določena mera neizogibne krožnosti«. ¹⁵ Glede krožnosti definicije ima prav, kajti če jo poenostavimo, se ta glasi: storilec je, kdor je glede na vse okoliščine primera po zakonu storilec.

V tej zvezi je treba poudariti tudi, da – v pravu sicer priljubljeno – sklicevanje na celotno presojo in upoštevanje vseh okoliščin primera samo po sebi nikoli ne more rešiti težkih primerov. Preučevanje dejstev oziroma okoliščin primera, pa četudi »vseh« in »v medsebojni povezanosti«, namreč ne daje norme za razsojo. Povedano z banalnim primerom, sposojenim iz estetike: če nas nekdo vpraša, kako vemo, ali je neka ženska lepa, in mu odgovorimo, da se to ugotavlja na podlagi celovite presoje vseh okoliščin primera, si z našim odgovorom ne bo mogel veliko pomagati. Pri navedenem primeru gre seveda za poenostavljanje; Schmidhäuserjeva teorija celovite presoje se ne ustavi pri sklicevanju na vse okoliščine primera, temveč ponudi številna merila, ki jih je treba upoštevati, kot so: navzočnost na kraju dejanja, časovna povezanost prispevka in dejanja, teža prispevka, intenzivnost sodelovanja pri pripravah, obseg obvladovanja dogajanja, nujnost prispevka in njegova nadomestljivost, morebitni posebni cilji sodelujočega, dogovor glede delitve plena, moč osebnosti glede na preostale sodelujoče, vodljivost, podrejanje tujim odločitvam, prepustitev izvršitve drugim in podobno. ¹⁶ Vendarle pa tako opredeljevanje kroga relevantnih meril ne rešuje problema, saj če ponudimo več meril hkrati, obenem pa ne določimo njihove hierarhije oziroma ne vzpostavimo vodilnega načela razsoje, še vedno lahko računamo na to, da bo njihova uporaba v enakih primerih vodila v različne rezultate, kar z vidika pravne varnosti ni sprejemljivo.

S povsem podobnimi težavami se sooča *teorija normativne kombinacije*, ki jo je razvilo Nemško zvezno sodišče in je sicer zelo podobna teoriji celovite presoje. Bistvo te teorije je, da mora sodišče storilstvo in udeležbo razmejiti na

¹³ E. Schmidhäuser, nav. delo, str. 330.

¹⁴ E. Schmidhäuser, nav. delo, str. 332.

¹⁵ Prav tam.

¹⁶ Prav tam.

podlagi vrednotenja, pri čemer se ne sme zanašati na eno samo merilo, temveč mora upoštevati kombinacijo meril, kot so: stopnja interesa za uspeh podviga, obseg sodelovanja pri dejanju, oblast nad dejanjem ali vsaj volja tako oblast imeti.¹⁷ Tudi tu je glavna težava ta, da je razmerje med merili nejasno, zato tudi ni jasno, kako odločiti takrat, kadar merila dajejo nasprotujoče si rezultate.

Precej večjo naklonjenost v literaturi danes uživa sicer sploh ne nova¹⁸ teorija o oblasti nad dejanjem, v primeru sotorilstva praviloma konkretizirana kot »funkcionalna oblast nad dejanjem«. Tudi ta ne zagotavlja enostavne formule za »subsumpcijsko« razvrščanje prispevkov med pomagaške in sotorilske, temveč ponuja tole vodilno načelo: vsak od sotorilcev prevzame določeno funkcijo pri izvršitvi dejanja, ki mora biti za uresničitev načrta bistvena. S tem ko sotorilec opravlja svojo funkcijo, obvladuje dejanje kot celoto, kajti od tega, kako bo opravil svojo nalogo, je odvisno, ali bo dejanje uspelo v zamišljeni obliki.¹⁹ V pretežni meri gre za materialno-objektivni pristop, saj je pomembna vsebina prispevka oziroma funkcije, ki jo nekdo opravi, manj pomembna pa je protagonistova subjektivna refleksija tega, kakšno vlogo ima. Tako razumevanje sotorilstva je razmeroma restriktivno, saj sotorilstvo omejuje na prispevke v času izvršitve, ki so za dejanje bistveni.

Pomembna omejitev teorije o oblasti nad dejanjem je, da je uporabna le v primeru kaznivih dejanj, ki so naklepna, storitvena in ki jih lahko izvrši vsakdo. Ta kazniva dejanja Roxin imenuje »oblastni delikti« (nem. *Herrschaftsdelikte*).²⁰ Merilo oblasti nad dejanjem ne pride v poštev pri posebnih kaznivih dejanjih (*delicta propria*), kajti pri njih oblast nad dejanjem ne pomaga nič, če oseba nima lastnosti, ki jo za storilca zahteva zakon. Enako velja za opustitvena kazniva dejanja, pri katerih storilstva ne opredeljuje oblast nad dejanjem, temveč pravna dolžnost aktivnega ravnanja. V tem pogledu so si *delicta propria* in opustitvena kazniva dejanja podobna: skupno jim je, da so njihovi storilci lahko le tisti, ki jim pravni red zaradi njihovih posebnih socialnih vlog nalaga posebne

¹⁷ Teorijo normativne kombinacije je nemško zvezno sodišče (BGH) prvič oblikovalo v sodbi z dne 25. marca 1981 (<www.rechtsportal.de/> (28. 5. 2013)) in se je nato razmeroma čvrsto držalo.

¹⁸ Teorija je germanskega porekla, prvi njeni nastavki segajo še v trideseta leta prejšnjega stoletja. V zadnjih petdesetih letih je njen najvidnejši zagovornik Claus Roxin. Pri nas nanjo opozori Bavcon v drugi izdaji učbenika (1987) in jo šteje za koristno merilo razločevanja sotorilstva in pomoči (L. Bavcon, v: L. Bavcon in A. Šelih, nav. delo (1987), str. 243). Sicer pa se je v nekdanjem jugoslovanskem pravnem prostoru med prvimi zanj ogra Bačić, sledila pa mu je večina hrvaških avtorjev, najvidneje Novoselec in Bojanić. Nekaj časa je to teorijo izrecno sprejemal tudi hrvaški KZ, zadnja novela pa je njeno izrecno omembo izpustila.

¹⁹ C. Roxin, nav. delo (2003), str. 77.

²⁰ C. Roxin, nav. delo (2003), str. 10.

dolžnosti, zato ti dve skupini kaznivih dejanj Roxin obravnava pod skupnim imenom »dolžnostni delikti« (nem. *Pflichtdelikte*).²¹ Merilo oblasti nad dejanjem prav tako ne pride v poštev pri lastnoročnih kaznivih dejanjih, kajti pri njih je po volji zakona storilec lahko le tisti, ki dejanje izvrši »lastnoročno« (ustrezneje: ki neposredno, z lastno telesno dejavnostjo izpolni zakonski opis kaznivega dejanja).²² Končno je merilo oblasti nad dejanjem neuporabno tudi v primeru kaznivih dejanj iz malomarnosti, saj se tudi pri njih storilstvo opredeljuje po drugih merilih (kršitev pravil skrbnosti oz. dolžnostnega ravnanja).²³

Obravnavo dilem, ki jih odpira institut sotorilstva, je zato smiselno razdeliti v dva dela. Pričujoči prispevek omejujem na tisto jedro deliktov, ki so naklepni, storitveni in splošni (kar je večina kaznivih dejanj, tako na normativni ravni kot v pravosodni stvarnosti). Ločeno pa nameravam obdelati posebnosti, ki so vezane na sotorilsko izvršitev posebnih, opustitvenih, lastnoročnih in malomarnih deliktov.

4. ELEMENTI SOSTORILSTVA

4.1. Skupna odločitev za dejanje

Prva predpostavka sotorilstva je skupna odločitev za dejanje oziroma dogovor za dejanje (včasih imenovan tudi skupni načrt). Običajno se ta predpostavka izpeljuje iz zakonske zahteve, da sotorilec dejanje izvrši »skupaj z drugim«: da bi izvršitev lahko bila skupna, je med protagonisti potrebno predhodno usklajevanje. Gre za subjektivni element sotorilstva, ki posamezne prispevke sotorilcev poveže v celoto in s katerim se upravičuje vzajemno pripisovanje učinkov skupnega delovanja vsakemu od sotorilcev.²⁴ Vsakemu od sotorilcev, ki so se vnaprej dogovorili za tatvino, pri kateri bodo vsi skupaj torbo polnili z ukradenimi stvarmi, se kot vrednost ukradene stvari pripiše tudi tisto, kar so v torbo zmetali pajdaši. In narobe: sodelovanje s prispevkom, s katerim drugi

²¹ Prav tam, str. 107 in 671.

²² Katera kazniva dejanja zahtevajo »lastnoročno« izvršitev, je stvar interpretacije posameznih zakonskih opisov in zato seveda v posameznih primerih sporno. V slovenski literaturi glej zlasti ekskurz o lastnoročnih kaznivih dejanjih v D. Korošec, nav. delo, str. 195–200.

²³ Sploh pa so kazniva dejanja iz malomarnosti tujek v sistemu storilstva in udeležbe. Pri njih se tako slovensko kot nemško kazensko pravo odpovedujeta dualizmu storilstva in udeležbe in za storilca preprosto štejeta vsakogar, ki s kršitvijo dolžnostnega ravnanja prispeva k nastanku prepovedane posledice.

²⁴ H.-H. Jescheck in T. Weigend, nav. delo, str. 678. Idejo, da gre pri sotorilstvu za vzajemno pripisovanje učinkov skupnega delovanja, kritizira G. Freund, nav. delo, str. 423–424.

ne soglašajo, ne more utemeljiti sotorilstva.²⁵ V takih primerih bo šlo lahko za (nedogovorjeno) pomoč, eksces enega od sotorilcev ali vzporedno storilstvo.

Zahtevo, da je za sotorilstvo potrebna skupna odločitev za dejanje, je mogoče razumeti na različne načine. V najstrožji izpeljavi bi zahtevali vnaprejšnji in izrecni dogovor sodelujočih. Tako strogo pojmovanje bi domet sotorilstva precej zožilo: iz pojma sotorilstva bi izločilo spontane skupne akcije in naknadne pristope h kaznivim dejanjem, ki se že izvršujejo. Zato je zahteva, da mora med sotorilci obstajati »dogovor« v teoriji in praksi, precej zmehčana. Tako ni treba, da bi bil dogovor izrecen, temveč je lahko tudi »tih«, »konkudenten« in podobno.²⁶ Prav tako ni treba, da bi bil podan že pred izvršitvijo, temveč lahko do njega pride, ko se je izvrševanje dejanja že začelo. V primerih, ko se nekdo naknadno (že v času deliktnega dogajanja) priključi predhodno izoblikovanemu načrtu in prispeva k dejanju, govorimo o sukcesivnem sotorilstvu.

4.1.1. Sukcesivno sotorilstvo

Naknadna priključitev že izoblikovanemu načrtu z lastnim prispevkom načeloma lahko utemeljuje sotorilsko odgovornost, odpira pa nekaj spornih vprašanj. Utemeljitev sotorilstva na naknadnem pristopu ni sporna, kadar se novinec pridruži v stadiju poskusa, spor pa obstaja glede tega, ali je sukcesivno sotorilstvo mogoče tudi še med formalnim in materialnim dokončanjem dejanja.²⁷

To vprašanje je po tukaj zastopanem stališču treba obravnavati diferencirano glede na vrsto kaznivega dejanja. Priključitev med formalnim in materialnim dokončanjem lahko utemeljuje sotorilstvo pri *trajajočih kaznivih dejanjih*. Pri teh kaznivih dejanjih je namreč vzdrževanje protipravnega stanja, ki zaznamuje interval med formalnim in materialnim dokončanjem dejanja, del biti kaznivega dejanja. Tako je lahko nekdo, ki se pridruži ugrabiteljem v fazi, ko je žrtvi že odvzeta prostost, (sukcesivni) sotorilec ugrabitve. Smiselno enako velja tudi za druga *kazniva dejanja z iterativno zgradbo*²⁸ oziroma za primere enotnosti ravnanja v naravnem smislu: kdor se naknadno priključi tatvini de-

²⁵ C. Roxin, nav. delo (2006), str. 285.

²⁶ Tako denimo Vrhovno sodišče RS zahteva skupno odločitev za izvršitev dejanja, ki pa ni nujno izrecna, temveč je lahko razvidna iz koordiniranega delovanja (Ips 10073/2009-187), smiselno enako tudi I Ips 158/2000.

²⁷ Glej denimo C. Roxin, nav. delo (2003), str. 90–91. Smiselno enako vprašanje se odpira v zvezi s časovnimi mejami pomoči, v slovenski literaturi o tem vprašanju M. Ambrož, nav. delo (2011), str. 70–73.

²⁸ Za splošen pregled kaznivih dejanj, pri katerih je mogoče ločiti formalno in materialno dokončanje, H.-H. Jescheck in T. Weigend, nav. delo, str. 517.

setih vreč cementa, je lahko sstorilec, čeprav ni sodeloval pri odvozu prvih petih vreč.

Možnost konstrukcije sukcesivnega sstorilstva na podlagi priključitve po formalnem dokončanju pa je treba zavrniti, kadar ravnanja po formalnem dokončanju ležijo *zunaj biti kaznivega dejanja*. Tak primer je tatvina, ki je formalno dokončana z odvzemom stvari, o materialnem dokončanju pa običajno govorimo tedaj, ko je stvar uspešno odpeljana in spravljena na varen kraj.²⁹ V teh primerih bi bilo nedopustno s pomočjo pojma materialnega dokončanja bit kaznivega dejanja napihovati onkraj meja, ki jih je postavil zakonodajalec.³⁰ Nekdo, ki se storilec tatvine priključi šele, ko že bežijo z ukradenimi stvarmi, tako da ovira njihove zasledovalce, je morda odločilno prispeval k temu, da so bile ukradene stvari lahko varno spravljene, ni pa imel funkcionalne oblasti nad dejanjem v času njegove izvršitve, zato ni sstorilec. V poštev seveda pride odgovornost za samostojno kaznivo dejanje pomoči storilcu po storitvi kaznivega dejanja po 282. členu KZ-1.³¹

Pri sukcesivnem sstorilstvu je prav tako sporno, ali je mogoče tistemu, ki je pristopil naknadno, pripisati odgovornost tudi za *kvalifikatorne okoliščine*, pri uresničitvi katerih ni sodeloval. Če se denimo novi sstorilec pridruži tatvini in skupaj z drugimi jemlje stvari, vendar šele po tem, ko je bil vlom že izvršen, ali naj odgovarja kot sstorilec pri navadni ali vlomni tatvini? Argument za vlomno tatvino bi lahko bil, da je tudi storilcu, ki je pristopil naknadno, prišel prav predhodni vlom in da ni imel pomislekov izkoristiti »zatečeno stanje«. Poleg tega bi bilo mogoče pomisliti na primerjavo s pomagačem: tudi pomagaču se pripiše odgovornost za celoten delikt, čeprav ni sodeloval le pri njegovem delu. Vendar pa je med sstorilstvom in pomočjo pomembna strukturna razlika. Pomoč je akcesorna, kar pomeni, da je kaznivost pomagača vezana na podporo dejanja, ki ga izvrši nekdo drug. Storilec pa je odgovoren za svoje lastno dejanje, zato ni prav, da bi odgovarjal tudi za dogajanja, na katera ni mogel vplivati. Povedano v jeziku ideje o oblasti nad dejanjem: preteklih dogajanj ni mogoče obvladovati, zato pri njih tudi ni mogoče sstorilsko sodelovati.³² Zato danes večinsko mnenje upravičeno zavrača možnost, da bi sukcesivni so-

²⁹ Za izjemo od pravkar povedanega lahko štejemo tatvino velikih in težkih predmetov, pri čemer je smiselno že za formalno dokončanje zahtevati, da je stvar tudi odpeljana (storilcu denimo nič ne pomaga, če mu je uspelo velikanski bronasti kip ločiti od postavka, če ga ne more premakniti z mesta). Prim. C. Roxin, nav. delo (2003), str. 90. Sicer je vprašanje določitve nastopa formalnega dokončanja stvar razlage posameznih kaznivih dejanj in s tem posebnega dela.

³⁰ Glej o tem tudi razdelek 4.2.2. v nadaljevanju.

³¹ Smiselno enako stališče Vrhovno sodišče RS v zadevi I Ips 217/2000.

³² Prim. C. Roxin, nav. delo (2003), str. 92–93.

storilec odgovarjal za kvalifikatorne okoliščine, pri uresničitvi katerih ni sodeloval.³³

4.1.2. Eksces sosterilca

Predhodna uskladitev med sosterilci (skupni dogovor) je podlaga za vzajemno pripisovanje učinkov skupnega delovanja vsakemu od sosterilcev. Kadar eden od sosterilcev ravna onkraj okvirov dogovorjenega, ta njegov eksces drugih sosterilcev ne obremeni. To praviloma izhaja že iz splošne omejitve, da sosterilci odgovarjajo v okviru svojega naklepa ali malomarnosti (prvi odstavek 41. člena KZ-1). V primeru ropa zlatarne, ko sosterilca naletita na intenziven odpor zlatarja in ga eden od njiju usmrti s strelnim orožjem, je razsoja torej odvisna od tega, ali sta v načrtu to možnost predvidela in se dogovorila, da bo glede na okoliščine primera streljal eden ali drugi (potem sosterilska odgovornost za umor),³⁴ ali pa je bilo streljanje na zlatarja za drugega sosterilca presenečenje (potem je umor eksces sosterilca, ki je streljal).

Tu je treba omeniti še tretjo možnost, namreč, da A in B nalogo morebitnega streljanja vnaprej sporazumno poverita izključno B-ju, ki to nalogo tudi opravi. Tu seveda ni mogoče govoriti o njegovem ekscesu (ni šlo za odstop od dogovorjenega), vendar pa tudi o A-jevem sosterilstvu pri umoru ne. Res je sicer, da je A, ki ni streljal, sodeloval pri načrtovanju tega dejanja, načrt pa je obsegal izvedbo ropa tudi za ceno oškodovančevega življenja. V tem smislu je bila usmrtitev oškodovanca tudi v interesu A-ja, morda je to dejanje celo »štel za svoje«. Kljub temu pa po tukaj zastopanem restriktivnem razumevanju sosterilstva sodelovanje pri načrtovanju, interes za izvršitev dejanja in navzočnost na kraju dejanja med izvršitvijo za sosterilstvo še ne zadoščajo. Oblasti nad dejanjem, kar zadeva umor, A vendarle ni imel. A bo tako zgolj – glede na okoliščine primera – pomagač ali napeljevalec.

Za eksces gre seveda tudi tedaj, kadar eden od sosterilcev mimo skupnega dogovora izpolni kvalificirano obliko kaznivega dejanja (pri tatvini eden od sosterilcev brez vednosti drugih nosi orožje). Tovrstni položaji so pravno razmeroma čisti, seveda pa lahko povzročijo težave v spoznavnem pogledu, saj dogovori med sosterilci večinoma niso zapisani, poleg tega pa so – kot vse »pogodbe« – odprti za različne razlage.

³³ J. Bauman, U. Weber in W. Mitsch, nav. delo, str. 697; H.-H. Jescheck in T. Weigend, nav. delo, str. 678.

³⁴ V primerih, ko pri načrtovanju poteka dogodkov ni mogoče docela natančno predvideti in se sosterilca dogovorita, da bo neko nalogo glede na okoliščine primera opravil eden ali drugi (npr. tisti, ki bo prvi prišel v stik z oškodovancem), gre za t. i. *alternativno sosterilstvo*, ki po večinskem mnenju omogoča pripis sosterilske odgovornosti tudi tistemu, čigar alternativni prispevek ni bil realiziran. Glej C. Roxin, nav. delo (2006), str. 735–736.

Vprašanje je, ali lahko govorimo o ekscesu tedaj, ko je dejanje, ki ga izvrši eden od sotorilcev, v grobem sicer pokrito z naklepom preostalih, vendarle pa gre odstop od načrta. Pri manjših odklonih od dogovorjenega, s katerimi je bilo glede na okoliščine primera mogoče računati, ne gre za eksces, saj pri načrtovanju vseh nadrobnosti izvršitve ni mogoče predvideti. Tako denimo ne bi šlo za eksces v primeru, ko bi eden od sotorilcev tatvine namesto dogovorjenega denarja vzel dragocenosti, ki jih je mogoče zlahka unovčiti.³⁵ V navedenem primeru je bila »kavza« dogovora sotorilcev dosega premoženjske koristi zato takšna, sicer samovoljna sprememba predmeta tatvine ne pomeni ekscesa. Drugače pa je v primeru, ko je načrt sotorilcev usmerjen v strogo individualiziran objekt napada, ki ga eden od sotorilcev naklepno spremeni: namesto da bi usmrtil osebo A, kot je bilo dogovorjeno, usmrti osebo B. Čeprav je naklep vseh obsegal vzeti človeško življenje, pa načrt sotorilcev ni bil usmerjen v usmrtitev kogarkoli (abstraktnega človeka), zato drugi sotorilci ne odgovarjajo za samovoljno usmrtitev nedogovorjene žrtve.³⁶

Pravno spornejša je obravnava *nenaklepnih ekscesov* sotorilcev. Za ponazoritev te problematike je mogoče vzeti zadevo *Zasledovalec* iz nemške sodne prakse, ki je po nevsakdanjosti primerljiva s primeri, ki nastajajo v profesorskih kabinetih.³⁷ Trije sotorilci so bili dogovorjeni, da ob pobegu s kraja vlomne tatvine na morebitne zasledovalce tudi streljajo. Eden od njih je zaradi mraka svojega pajdaša zmotno štel za zasledovalca in nanj streljal z usmrtitvenim naklepom. Glede sotorilca, ki je streljal, je nesporno, da gre za poskus umora in da njegova zmota v osebi nima učinkov. Precej zapleteno vprašanje kazenskopravne dogmatike pa je, ali je sotorilec poskusa umora tudi pajdaš, ki je bil sam žrtev streljanja. Nemško zvezno sodišče in del teorije na to vprašanje odgovarjata pritrdilno, in sicer z argumentom, da je zmota o osebi, ki ne vpliva na presojo odgovornosti enega od sotorilcev, neupoštevna tudi pri vseh preostalih: tudi ranjeni pajdaš je sodeloval pri dogovoru, da se na zasledovalce strelja, če je zaradi zmote o osebi postal žrtev streljanja sam, to ne vpliva na njegovo sotorilsko odgovornost za streljanje. To rigidno stališče je vendarle nekoliko omehčano s tem, da naj bi ranjeni pajdaš odgovarjal le za neprimeren poskus umora, saj je bil z njegovega stališča objekt umora (torej on sam) neprimeren.³⁸ Kljub temu zmehčanju pa se zdi rešitev, ki oškodovanca razglasi

³⁵ W. Joecks, v: B. Heintschel-Heinegg, nav. delo, str. 1056.

³⁶ Prim. C. Roxin, nav. delo (2003), str. 80.

³⁷ BGHSt 11, 268; dostopno na <www.ejura-examensexpress.de/online-kurs/entsch_show_neu.php?Alp=1&dok_id=2867> (29. 5. 2013).

³⁸ J. Bauman, U. Weber in W. Mitsch, nav. delo, str. 698; H.-H. Jescheck in T. Weigend, nav. delo, str. 676 (avtorja sicer zagovarjata to izpeljavo, vendar se zavzemata za nekaznivost).

za storilca neprimerne poskusa lastnega umora, neživljenjska (torej taka, da nasprotuje pravnemu občutku), zato jo del teorije upravičeno zavrača. Na ravni dogmatike je argumente za zavrnitev predstavljene rešitve mogoče iskati v dogovoru sosterilcev, ki ni obsegal streljanja na kogarkoli, temveč na zasledovalce. Čeprav je strelec ta dogovor prekršil nenaklepno, gre še vedno za odstop od dogovorjenega in s tem za eksces, za katerega drugi sosterilci ne odgovarjajo.³⁹

4.1.3. Vzporedno sosterilstvo

V primerih, ko dogovora ni, pač pa ravnanja več storilcev naključno sovpadajo in skupaj povzročijo posledico, gre za t. i. *vzporedno storilstvo*. Praktična razlika med sosterilstvom in vzporednim storilstvom je v tem, da se sosterilcem vzajemno pripisujejo posledice dogovorjenega skupnega delovanja, vzporedni storilci pa odgovarjajo samo za lastne vzročne prispevke. Pri naklepnih kaznivih dejanjih je vzporedno storilstvo v praksi redko. Novoselec v tej zvezi navaja zadevo, v kateri je eden od sinov želel ubiti očeta, vanj je izstrelil šest nabojev in zapustil prostor, nato pa je njegov brat s topim delom sekire usmrtil ranjenega, a še živečega očeta (VSRH, I Kž-835/96). Ker med bratoma ni bilo vnaprejšnjega dogovora, ne gre za sosterilstvo, prav tako pa ni mogoče govoriti o sukcesivnem sosterilstvu, saj tudi naknadnega sporazuma ni bilo (prvi brat je zapustil sobo še pred ravnanjem drugega, njegovih namenov pa ni poznal).⁴⁰ Glede na te okoliščine je smrt oškodovanca mogoče pripisati edino ravnanju drugega brata, prvi pa je storilec poskusa uboja.

Vzporedno storilstvo pa je razmeroma pogosto pri malomarnih deliktih, denimo v cestnem prometu, ko več udeležencev, vsak s svojo kršitvijo cestno-prometnih predpisov, prispeva k prometni nesreči. V delu literature je celo zastopano stališče, da so storilci, ki iz malomarnosti skupaj povzročijo posledico, lahko *edino* vzporedni storilci, sosterilstvo pri malomarnih deliktih naj smiselno ne bi bilo mogoče.⁴¹ Vendarle je ustrezneje ločevati položaje, ko več malomarnih storilcev neodvisno drug od drugega povzroči posledico (potem vzporedno storilstvo), od položajev, ko več storilcev povzroči posledico z usklajenim kršenjem pravil skrbnosti (potem malomarno sosterilstvo). To razlikovanje ni le dlakocepljenje, temveč ima pomembne praktične posledice pri pripisovanju odgovornosti: vzporedno storilstvo ne dopušča pripisovanja posledice ravnanjem, za katera ni dokazano, da so njen vzrok; sosterilstvo pa

³⁹ C. Roxin, nav. delo (2006), str. 286–289, in nav. delo (2003), str. 80.

⁴⁰ P. Novoselec, nav. delo (2009), str. 353.

⁴¹ Prim. H.-H. Jescheck in T. Weigend, nav. delo, str. 676–677; F. Bačič, nav. delo, str. 311.

omogoča tudi pripis posledice vsem, ki so sodelovali pri delovanju, ki jo je povzročilo, čeprav vsak prispevek sam zase ni bil vzročen.

4.2. Skupna izvršitev dejanja

4.2.1. Odločilnost prispevka kot merilo sostorilstva

Poleg skupne odločitve za dejanje je za sostorilstvo potreben tudi objektivni prispevek k dejanju, ki ima ustrezno težo. Najmanj sporni so primeri, kadar je prispevek tak, da pomeni izvršitveno ravnanje, da se torej z njim izpolni vsaj eden od zakonskih znakov. Nesporno je tudi, da pri večaktnih kaznivih dejanjih za sostorilstvo zadošča sodelovanje pri enem od aktov (npr. zgolj pri uporabi sile ali izrekanju grožnje pri ropu). Seveda pa izvršitveno ravnanje samo po sebi še ne zagotavlja sostorilstva, mogoče je namreč, da bodo obstajale ovire za sostorilstvo na subjektivni strani, denimo odsotnost ustrezne skupne odločitve za dejanje ali pa odsotnost lastnosti, ki jo zakon zahteva za storilca.

Poleg sodelovanja z izvršitvenim ravnanjem zakon kot zadostne prispevke šteje tudi tiste, ki nimajo narave izvršitvenih ravnanj, vendar pa k izvršitvenim ravnanjem »odločilno prispevajo« (drugi odstavek 20. člena KZ-1). Tu je zakonsko besedilo vsebinsko v sozvočju z idejo o sostorilstvu kot funkcionalni oblasti nad dejanjem, po kateri so sostorilski prispevki lahko le tisti, ki so »znatni« (*erheblich*).⁴² Ključno vprašanje pri tem je seveda, kako vedeti, kateri prispevki so znatni oziroma odločilni.

Enotnega odgovora na to vprašanje ni. Priljubljena formula se glasi, da so odločilni tisti prispevki, od katerih je odvisno, ali bo kriminalni podvig v zamišljeni obliki »uspel ali propadel«.⁴³ Zelo podobne usmeritve daje nauk o sostorilstvu kot funkcionalni oblasti nad dejanjem, ki ga razvija Roxin: o soobvladovanju deliktnega dogajanja, ki je potrebno za sostorilstvo, naj bi lahko govorili le tedaj, kadar posameznik v času izvršitve opravlja funkcijo, od katere je odvisna uspešna uresničitev načrta.⁴⁴ Na drugem mestu avtor še bolj decidirano pravi, da je sostorilsko tisto ravnanje, ki ustreza dogovorjeni funkciji in s katerim »celotni podvig stoji ali pade«.⁴⁵

Ta kratka in jasna formula ima vendarle nekaj težav. Prvič, pri vprašanju, ali bi brez prispevka podvig v zamišljeni obliki propadel, gre za hipotetično presojo,

⁴² C. Roxin, nav. delo (2003), str. 87.

⁴³ Jedrnata analiza tega standarda, kot se je izoblikoval v švicarski sodni praksi, v K. Seelmann, nav. delo, str. 144–145. Za hrvaško sodno prakso P. Novoselec, nav. delo (2009), str. 353–354.

⁴⁴ C. Roxin, nav. delo (2003), str. 87.

⁴⁵ C. Roxin, nav. delo (2006), str. 280.

ki je nezanesljiva in v sebi nosi nevarnost arbitrarnosti. Kako pravzaprav zanesljivo vedeti, ali bi neka tatvina uspela brez stražarjevega prispevka?

Tudi če to spoznavno omejitev odmislimo, težave ostanejo. Pristop, ki kot odločilne šteje le prispevke, od katerih je odvisna uspešna izvršitev podviga, ima težavo s prispevki, ki se kvalitativno zdijo sostorilski, vendar pa bi brez njih podvig prav tako uspel. Vzemimo pogosto uporabljeni šolski primer. Kdor trdno zgrabi žrtev, da jo drugi lahko zabode z nožem, je sstorilec uboja (držanje žrtve sicer ni izvršitveno ravnanje uboja, vendar dejanja brez tega v načrtovani obliki ne bi bilo mogoče izvršiti: žrtev bi se izmikala, branila ali ušla). Zdaj pa primer spremenimo tako, da žrtev po predhodnem dogovoru namesto enega zgrabijo trije krepki moški, kar je glede na telesno konstitucijo žrtve popolnoma odveč. Pravzaprav jim drenjanje okoli žrtve ustvari precej dodatnih preglavic, veliko lažje bi nalogo opravila dva, zadoščal pa bi tudi en sam, kar je bilo že vnaprej jasno. Ali to pomeni, da prispevka dveh, ki sta bila odveč, nista sstorilstvo? In če je tako, prispevka katerih dveh moških sta bila pravzaprav odveč?

Težave ni mogoče prepričljivo rešiti s sklicevanjem na to, da so bili prispevki vseh treh moških vendarle *nujni za uspeh podviga v njegovi konkretni (načrtovani) obliki* (če bi žrtev namesto treh držal en sam moški, bi podvig sicer uspel, vendar ne v načrtovani obliki, ki je zahtevala sodelovanje treh). S takim manevrom ne pridobimo veliko, le približamo se teoriji o delitvi dela, po kateri je bistvo sstorilstva v tem, da si sstorilci delo razdelijo, vsebina posameznih prispevkov pa ni odločilna.

Kljub temu da v opisanem primeru od vseh prispevkov ni bilo odvisno, ali podvig »uspe ali propade«, pa ni mogoče zanikati enakovredne vloge vseh sodelujočih, ki so žrtev držali. Kakor hitro namreč začnemo razpravljati o tem, prispevek katerega od sodelujočih ni bil nujno potreben, pridemo do nesprejemljivega sklepa, da nihče od moških, ki so žrtev držali, ni sstorilec, saj se vsak od njih lahko sklicuje na to, da bi podvig uspel tudi brez njega. Podobne težave ima že omenjeno alternativno sstorilstvo, pri katerem eden od sstorilcev sploh ne pride na potezo.

Vse povedano vodi v spoznanje, da naravoslovna vzročnost v smislu nujnega pogoja ne more biti merilo odločilnosti prispevka.⁴⁶ S tem ne povemo nič novega, gre za težavo, na katero so naleteli že tiste starejše materialno-objektivne teorije storilstva, ki so bistvo storilstva videle v tem, da je neko ravnanje nujni

⁴⁶ Zato ni mogoče pritrditi Stojanoviću, ki ključ do odločilnosti (bistvenosti) prispevka išče v tem, da mora biti ta *condicio sine qua non* za izvršitev prispevka. Z. Stojanović, nav. delo, str. 241.

pogoj za izvršitev dejanja (t. i. teorije nujnosti prispevka).⁴⁷ Težava je v tem, da obstajajo ravnanja, ki so nujni pogoj, pa vendar ne morejo biti sotorilska (lekarnar proda sredstvo za izvršitev dejanja), in narobe, da je treba nekatera ravnanja, kot v primeru, predstavljenem zgoraj, šteti za sotorilstvo, čeprav bi bilo dejanje lahko izvršeno tudi brez njih.⁴⁸ Pravkar povedano bi bilo mogoče v jeziku vzročnosti izraziti takole: za sotorilstvo je potrebno, da so prispevki kot celota vzročni, ni pa treba, da je vsak izmed njih vzročen.

Spoznanje, da naknadna presoja, ali je bil neki prispevek nujen za uspeh podviga, ne daje vselej uporabnih rezultatov, je v delu literature pripeljalo do predloga, naj se presoja odločilnosti prispevka prestavi v čas načrtovanja dejanja (t. i. *ex ante* presoja). Roxin tako predlaga, da je treba prispevek šteti za odločilen, če se pri načrtovanju podviga kaže kot tak. Tako naj bi bila denimo straža, ki se pri načrtovanju dejanja kaže kot potrebna za uspešno izvedbo podviga, še vedno sotorilstvo, čeprav se je pri izvršitvi izkazala za nepotrebno, ker ni nihče prišel mimo.⁴⁹ Povedano drugače: ne gre torej za to, ali bi z nekim prispevkom podvig v zamišljeni obliki *dejansko* uspel ali propadel, temveč zgolj za to, ali se je ta prispevek v fazi načrtovanja *zdel* potreben za uspešno izvedbo načrta.

Tej ideji je zelo blizu stališče, izraženo v eni od sodb slovenskega Vrhovnega sodišča (I Ips 231/2004): »Odločilnost prispevka ne pomeni nujno, da brez njega kaznivenga dejanja objektivno ne bi bilo mogoče izvršiti, zadošča, da bi bila izvršitev bistveno otežena v očeh sotorilcev.« Razlika je vendarle v tem, da formula Vrhovnega sodišča za merilo jemlje »oči sotorilcev«, Roxin pa stavi na sodniško vrednostno oceno. Na načelni ravni gre torej za različna pristopa: enega, ki je hipotetično-psihološki in se sprašuje, s kakšnimi občutki bi se odzvali sodelujoči, če bi eden od njih preklical že dogovorjeno sodelovanje, in drugega, ki mu ne gre za psihološke ugotovitve, temveč za objektivno (tj. sodniško) ovrednotenje pomena neke dogovorjene funkcije.⁵⁰ V praksi pa je razlika bržkone manjša in gre v obeh primerih za vrednostno oceno sodišča, saj je ugotavljanje, kakšne psihološke procese bi sprožila odločitev enega od sodelujočih, da svojega prispevka ne bo dal, težavno in nezanesljivo.

Odločilnost prispevka torej v zadnji instanci ni stvar logičnih formul ali »ontoloških danosti«, temveč stvar sodniške vrednostne ocene. Kot vselej tudi tu obstajajo položaji, ki so razmeroma čisti, in tisti, ki so mejni – eden takih je naslednja zadeva.

⁴⁷ Podrobneje o teh teorijah v slovenski literaturi M. Ambrož, nav. delo (2010).

⁴⁸ C. Roxin, nav. delo (2006), str. 40.

⁴⁹ C. Roxin, nav. delo (2003), str. 87–88.

⁵⁰ C. Roxin, nav. delo (2006), str. 283.

Sedem obtožencev se je dogovorilo za rop oškodovanca, za katerega je eden od njih za gostilniškim omizjem slišal, da naj bi imel doma spravljeno večjo vsoto gotovine. Delo so si razdelili takole:

- A jih je peljal na kraj dejanja, jih odložil v bližini oškodovančeve hiše, nato pa je odšel v bližnje gostišče, kjer je čakal na njihov klic, da bi jih po dokončanem ropu prišel iskat;
- B, C in D niso vstopili v hišo, temveč so se zadrževali v bližini in po oceni sodišča stražili, kaj natanko so njihove naloge obsegale in kako naj bi ukrepali ob morebitni nevarnosti, ni bilo ugotovljeno;
- B je bil poleg straženja tudi intenzivneje dejaven v fazi priprav – k dejanju je uspešno pritegnil več soobtožencev;
- E, F in G so pozvonili pri vratih in oškodovanca, ki jim je prišel odpret, z udarci zbili na tla, ga zvezali in mu grozili, da bi jim povedal, kje hrani denar, vendar načrtovane velike vsote niso našli (oškodovanec je v resnici ni imel), odnesli pa so denarnico, hranilno knjižico (v kateri je oškodovanec hranil nekaj bankovcev) in še nekaj malenkosti, vse skupaj v vrednosti približno 500 EUR;
- E, F in G so oškodovanca pustili zvezanega v hiši, ki so jo zaklenili, in uničili telefonske aparate, da bi si zagotovili več časa za umik;
- A se je odzval na telefonski klic soobtožencev, se pripeljal iz gostišča in vse skupaj odpeljal s kraja dejanja.

Okrožno sodišče v Celju (K 23/2005) je vseh sedem obsodilo kot sotorilce pri kvalificirani obliki roba po tretjem odstavku 213. člena KZ (zdaj drugi odstavek 206. člena KZ-1). Pritožbeno sodišče (Kp 344/2005 – Celje) pa je sodbo spremenilo tako, da je B-ja obsodilo zgolj kot napeljevalca, A-ja, C-ja in D-ja pa zgolj kot pomagače.

Razlike v presoji obeh sodišč niti niso presenetljive: straža in zagotovitev hitrega umika s kraja dejanja spadata med prispevke k dejanju, ki tradicionalno sprožajo spore, ali jih obravnavati kot sotorilstvo ali pomoč. Poleg tega pa razlike v presoji sodišč pravzaprav niso tako velike, saj je tudi prvostopenjsko sodišče, ki je vse obdolžence štelo za sotorilce, vendarle dejansko razlikovalo sotorilce prvega in drugega ranga. Pri tistih, ki v hišo niso vstopili, je namreč našlo posebne olajševalne okoliščine, in sicer v tem, da »niso bili v neposrednem stiku z oškodovancem«. Zato jim je kazen omililo pod predpisani poseben minimum, s čimer je po obvoznici pot prišlo do pomagaških kaznovanih okvirov.⁵¹

⁵¹ Edino pri B-ju, ki je bil aktivnejši v fazi načrtovanja dejanja (napeljevalec), omilitve ni uporabilo.

Kar zadeva prevoz, ki zagotavlja hitri umik s prizorišča ropa, je načeloma mogoče reči, da bo v večini primerov pomenil sostorilstvo.⁵² V tej smeri je šlo tudi prvostopenjsko sodišče, sklicujoč se na to, da je bil prispevek za soobtožence zelo pomemben, »saj se je oškodovanec relativno hitro osvobodil primeža vrvi in tudi uspel priklicati pomoč pri sosedih in policije«. K temu argumentu velja pripomniti, da bi kazalo dati prednost *ex ante* pogledu, torej, ali je bila hitra zapustitev kraja dejanja pri načrtovanju dejanja videti bistvena za uspeh podviga (kar pri ropih praviloma je). Vendarle pa ni mogoče spregledati, da konkretna zadeva nekoliko odstopa od tipičnih primerov, ko voznik čaka v »pozoru« s prižganim motorjem in spelje s cviljenjem pnevmatik. V pričujoči zadevi je bila hitra zapustitev kraja dejanja očitno manj vitalnega pomena, sicer načrt ne bi dopustil, da voznik čaka v gostišču in si čas krajša s kavo. Zato je v tej zadevi mogoče sprejeti stališče pritožbenega sodišča, da je bila voznikova vloga zgolj vloga pomagača. Dejansko (po učinku) je bilo to tudi stališče prve stopnje, ki je poiskalo poseben razlog za omilitev kazni.

Tudi straža je prispevek, ki se izmika šablonam in ga je treba obravnavati od primera do primera. V konkretni zadevi prvostopenjsko sodišče svojo odločitev, da je trojica, ki je stražila, odigrala sostorilsko vlogo, utemeljuje predvsem s tem, da je bila njihova vloga vnaprej dogovorjena, kot je bilo dogovorjeno tudi, da bodo sodelovali pri delitvi dobička in da so rop šteli tudi za svoje dejanje. V zvezi z argumentom, da so si obetali delež pri plenu, je treba reči, da si tudi napeljevalci in pomagači pogosto obetajo poplačila iz plena, zato tak obet ne more biti nekaj, na čemer bi bilo mogoče utemeljiti razlikovanje storilcev in udeležencev.⁵³ Prav tako iz že predstavljenih razlogov ne more biti odločilna storilska volja, ki jim jo prvostopenjsko sodišče pripisuje, niti sodelovanje pri načrtovanju, ki samo zase za sostorilstvo ne zadošča. Tako ostaja še vprašanje, kakšen je bil pomen njihovega prispevka med izvršitvijo. Kot ugotavlja prvostopenjsko sodišče, tistih obdolžencev, ki so vstopili v hišo, ni bilo treba varovati v razmerju do oškodovanca, saj so imeli nad njim izrazito premoč. Ostane torej še, da bi iskali odločilnost njihovega prispevka v varovanju trojice, ki je v hišo vstopila, pred »nevarnostmi od zunaj«. To vprašanje pa je ostalo neraziskano, tako glede tega, kakšne naj bi možne nevarnosti bile, kot tudi glede tega, kako naj bi stražarji ukrepali, če bi katera od teh nevarnosti nastopila. Ob neraziskanosti teh vprašanj je že spet mogoče pritrditi instančni odločitvi, ki je stražarje degradirala na pomagače (in napeljevalca), kot je že spet mogoče opozoriti, da o tem vprašanju ni dejanskega spora med sodiščema, saj je tudi prva stopnja našla obvozno pot do pomagaških kaznovalnih okvirov.

⁵² P. Novoselec, nav. delo (2010), str. 962–963, C. Roxin, nav. delo (2006), str. 578–579.

⁵³ Prim. C. Roxin, nav. delo (2006), str. 579.

Na koncu se zastavlja vprašanje, ali je tako, v literaturi razmeroma pogosto omahovanje, ki prispevkov, kakršna sta denimo zagotovitev umika ali pa straža, ne razvrsti jasno in enkrat za vselej pod sotorilstvo ali pomoč, sprejemljivo z vidika pravne varnosti. Res je, da ta pristop ustvarja nekaj pravne negotovosti. Toda to še zdaleč ni edini tak primer: pri številnih drugih dilemah uporabe prava ostaja neki nedeljivi prostor proste sodniške ocene, ki ga s formulami in izpeljavami razmeroma uspešno omejujemo, ne moremo pa ga odpraviti – in tudi ni zaželeno, da bi ga.

4.2.2. Časovne meje sotorilkega prispevka

Ustrezna teža prispevka je nujni, ne pa tudi zadostni pogoj sotorilstva. Pomembno je tudi, *kdaž* je prispevek dan. Osrednjo dilemo pomeni vprašanje, ali naj za sotorilstvo zadošča že (ustrezno intenzivno) sodelovanje pri pripravah na dejanje, nekaj kritične pozornosti pa je treba nameniti tudi tezi, da je sotorilski prispevek mogoč vse do materialnega dokončanja dejanja, kar se pogosto navaja kot nekaj samoumevnega.

V nekdanji jugoslovanski teoriji je Zlatarić zavzel stališče, da so podlaga za sotorilstvo lahko le ravnanja v času izvršitve (ne pa v stadiju priprav).⁵⁴ Podobno je v novejši slovenski teoriji pomisleke proti sotorilstvu na podlagi pripravljanih ravnanj izrazil Ferlinc.⁵⁵ Nemška teorija je glede tega vprašanja razcepljena,⁵⁶ njihovo zvezno sodišče (*Bundesgerichtshof*) je možnost konstrukcije sotorilstva razširilo tudi na pripravljana ravnanja, kar kaže pripisati velikemu vplivu subjektivnih teorij, po katerih za sotorilstvo zadošča že kakršenkoli prispevek k dejanju, če le oseba šteje dejanje za svoje.⁵⁷

Osrednji argument za možnost utemeljitve sotorilstva na pripravljanih ravnanjih je, da je tudi prispevek v tej fazi lahko zelo pomemben in da lahko učinkuje tudi še v stadiju izvršitve.⁵⁸ Kot paradni primer je praviloma naveden

⁵⁴ »Ne možemo uzeti suizvršiocem onoga, koji pri izvršenju krivičnog djela nije sudjelovao, ma šta da je prije toga radio, [...] i ma kakav pri tome bio njegov animus.« B. Zlatarić, nav. delo (1956), str. 103.

⁵⁵ Avtor ob uveljavitvi KZ/94 piše: »Morda pa je ob spremembah kazenske zakonodaje vendarle nekoliko zamujena priložnost, da bi tej zakonski definiciji dodali še besedilo, da mora sotorilec kakšno drugačno dejanje storiti v času in okviru izvršitve samega kaznivega dejanja.« A. Ferlinc, nav. delo, str. 2. Prispevek v času izvršitve za sotorilstvo zahtevata tudi I. Bele, nav. delo (2001), str. 218, in L. Selinšek, nav. delo, str. 210, ne da bi sicer to vprašanje posebej problematizirala.

⁵⁶ Za strnjen pregled glej F. Zieschang, nav. delo, str. 361–381; v hrvaški literaturi I. Bojanić, nav. delo, str. 128–139.

⁵⁷ Za prikaz najbolj reprezentativnih zadev glej F. Zieschang, nav. delo, str. 361–363; C. Roxin, nav. delo (2003), str. 82–83.

⁵⁸ J. Bauman, U. Weber in W. Mitsch, nav. delo, str. 689–690.

mafijški šef, ki skrbno načrtuje neki kriminalni podvig, ob izvršitvi katerega pa se umakne v ozadje. Po drugi strani pa proti utemeljitvi sostorilstva na pripravljanih ravnanjih govori, da tisti, ki sodeluje zgolj v fazah priprav, končno odločitev za izvršitev »prepušča avtonomni odločitvi drugih«⁵⁹ oziroma da kdor ne sodeluje v času izvršitve dejanja, dejanja tudi ne more obvladovati.⁶⁰ Končno tudi argument, da prispevki v času priprav lahko učinkujejo tudi v času izvršitve in zato lahko pomenijo sostorilstvo, ni posrečen, saj enako velja za prispevke napeljevalcev in pomagačev.

Stališče, ki sostorilstvo omejuje na čas izvršitve, je treba podpreti. Navedenim argumentom je mogoče dodati še, da se z omejevanjem sostorilskih prispevkov na fazo izvršitve prispeva k jasnosti razmejitve med sostorilstvom in pomočjo. Izkaže se tudi, da bi dosledna izpeljava stališča, da za sostorilstvo zadošča-jo že prispevki v času priprav, vlogo napeljevanja in pomoči izjemno skrčila. Končno pa omejitev sostorilskih prispevkov na čas izvršitve ustreza tudi tukaj zastopani tezi, da je sostorilstvo s prispevki, ki niso izvršitveni, izjema, ki jo je treba razlagati zožujoče. Ob takem pristopu vendarle ne tvegamo kriminalitetopolitično nesprejemljivih nekaznivih polj, tem se lahko izognemo z ustrezno uporabo institutov udeležbe in posrednega storilstva.⁶¹

Slovenska sodna praksa načeloma, a s posameznimi odkloni podpira tukaj zastopano stališče. Stališče, da mora sostorilec delovati v času izvršitve, je Vrhovno sodišče RS izrecno zavzelo v odločbah I Ips 31/2003, I Ips 397/2005, I Ips 217/2000⁶², kot rečeno, pa se ga ni vselej dosledno držalo.

Ilustrativen je odstop v zadevi I Ips 231/2004. Več moških je skupaj vlomilo v Mercatorjevo skladišče, od koder so odnesli 299 TV-sprejemnikov in 12 sodov iz nerjavnega jekla v skupni vrednosti približno 50.000 EUR. Obdolženec je pri dejanju sodeloval tako, da je storilec dal na voljo prirejeni UKV-sprejemnik in izpisek policijskih frekvenc, s katerim so lahko spremljali gibanje policistov na terenu, kar jim je pri transportu ukradenih stvari olajšalo izogibanje morebitnim policijskim patruljam. Pri sami izvršitvi dejanja obdolženec ni sodeloval, iz prisluhov pa izhaja, da je enemu od storilcev v telefonskem

⁵⁹ J. Renzikovski, nav. delo, str. 103.

⁶⁰ C. Roxin, nav. delo (2003), str. 81.

⁶¹ Prim. tudi W. Gropp, nav. delo, str. 372–373; F. Zieschang, nav. delo, str. 379–380.

⁶² V tej zadevi je Vrhovno sodišče podrobneje opredelilo pogoj istovrstnosti: »[...] zakon za oba načina [sostorilstva] praviloma zahteva sodelovanje osebe v teku izvrševanja kaznivega dejanja, torej v času uresničevanja njegovih zakonskih znakov. Oseba, ki pri kaznivem dejanju ni sodelovala v teku njegovega izvrševanja oziroma pred njegovim izvrševanjem, vendar tik pred tem ali pa neločljivo povezano z njegovim izvrševanjem, ne more biti sostorilec, lahko pa njegovo sodelovanje predstavlja katero od drugih oblik udeležbe pri tem kaznivem dejanju.«

pogovoru dejal: »Jaz zdaj ne morem biti zraven, ono bom dal, kot sva se zme-nila.« Vrhovno sodišče je obdolženca štelo za sotorilca, kar je utemeljevalo z odločilnostjo njegovega prispevka in dobro organiziranostjo vseh sodelujočih.

Podobna je zadeva I Ips 76/2001. Obdolženec, ki je bil solastnik kampa ob reki Kolpi, je sodeloval v združbi, ki se je ukvarjala s prepovedanim spravljanjem ljudi čez mejo. Pri dejanju, ki je bilo predmet obtožbe, je sodeloval tako, da je spremljal vodostaj Kolpe in dvema drugima članoma družbe sporočil, da je reka spet primerna za prečkanje s čolnom. Ta sta pozneje s čolnom, ki ga je dal na voljo obdolženec, s hrvaškega brega Kolpe v Slovenijo prepeljala 23 tujcev različnih narodnosti in skupaj še z eno osebo poskrbela za prevoz s kombi-jem proti Ljubljani. Tudi v tej zadevi je Vrhovno sodišče obdolženca, čeprav v času izvršitve ni sodeloval, štelo za sotorilca, osrednja argumenta za to pa sta bila, da brez njegovega prispevka (poročanje o vodostaju, zagotovitev čolna) dejanja ne bi bilo mogoče izvršiti (nekaj dni pred izvršitvijo dejanja je Kolpa narasla, prestopila strugo in ni bila primerna za plutje).

Po tukaj zastopanem stališču taka širitev sotorilstva v predpolje deliktne-ga dogajanja ni na mestu. Res je sicer, da v obeh obravnavanih primerih (velika tatvina iz Mercatorja, spravljane ljudi čez Kolpo) dejanj v zamišljeni obliki ne bi bilo mogoče izvršiti brez prispevkov obdolžencev. Toda pripravljalna ravna-nja ne postanejo sotorilstvo zgolj zato, ker pomenijo nujni pogoj za izvršitev dejanja. Če bi to držalo, bi bilo treba vsako zagotovitev sredstva (orožja, vlo-milskega orodja, vstopne kode ipd.), brez katerega dejanja ne bi bilo mogoče izvršiti, šteti za sotorilstvo. To pa bi cono sotorilstva lahko potisnilo globoko v fazo priprav in jo neupravičeno razširilo na račun pomoči.

Drugo zadevo (poročanje o vodostaju reke Kolpe) nekoliko zapleta dejstvo, da je obdolženec s svojim prispevkom deloval v okviru združbe, ki se je ukvarjala s prepovedanim spravljanjem ljudi čez mejo. Vendar pa samo sodelovanje v združbi še ne pomeni, da je vsak prispevek, ki je dan znotraj nje, avtomatično sotorilski. Članstvo v združbi ne suspendira splošnih pravil o storilstvu in udeležbi, zato je mogoče, da prispevek posameznega člana glede na okoliščine konkretnega primera pomeni zgolj pomoč.⁶³ Tako obdolženec pri konkretnem dejanju ni deloval v »središčnem polju deliktne-ga dogajanja« (Roxin), tem-več je bil s svojim poročanjem in zagotovitvijo sredstva še vedno razmeroma stranska figura, ki dokončno odločitev in samo izvršitev dejanja prepušča dru-gim, zato bi ga bilo ustrežneje obravnavati kot pomagača.

⁶³ Tako tudi Vrhovno sodišče RS v zadevi I Ips 397/2005: »Vsako sodelovanje pri izvršitvi kaznivega dejanja v združbi ne pomeni nujno sotorilstva, lahko gre tudi za prispevek v obliki udeležbe v ožjem pomenu (pomoč, napeljevanje).«

Tukaj zastopano stališče, da so sstorilski lahko le prispevki v času izvršitve dejanja, je treba precizirati v dveh pogledih. Vprašati se velja, ali zahteva po delovanju v času izvršitve hkrati pomeni tudi, da mora biti sstorilec navzoč na kraju izvršitve. Prav tako pa je treba natančneje opredeliti časovni interval, ki ga v tej zvezi označujemo s »časom izvršitve«.

Glede prvega vprašanja je treba pritrditi večinskemu mnenju, da delovanje v času izvršitve ne pomeni nujno navzočnosti na kraju izvršitve, mogoče je namreč, da eden ali več sstorilcev koordinira dogajanje s pomočjo komunikacijskih naprav.⁶⁴ Tako bi bil v že navedeni zadevi z UKV-sprejemnikom obdolženec nesporno sstorilec, če bi med izvršitvijo s prirejeno UKV-napravo sam spremljal gibanje policijskih patrulj na terenu in o njem po telekomunikacijski zvezi obveščal pajdaše, ki so praznili Mercatorjevo skladišče.

Drugo vprašanje je nekoliko zahtevnejše. Stališče, da sstorilstvo ni mogoče v stadiju priprav, pač pa le v stadiju izvršitve, zahteva najprej natančno razmejitev obeh stadijev. Dilemo odpirajo zlasti zadeve, v katerih sodelujoči deluje tik pred izvršitvijo v formalnem smislu (torej tik pred začetkom izpolnjevanja zakonskih znakov). Dober ponazoritveni primer sta obdolženca, ki sta požig izvršila tako, da je eden objekt polil z bencinom, drugi pa je takoj za tem vrzel vžigalico.⁶⁵

Stališče, da tisti, ki je objekt polil z bencinom, ni dal prispevka v času izvršitve in zato ne more biti sstorilec, bi bilo neživljenjsko. Obstaja precejšnja enotnost glede tega, da izključno formalna merila (ali so v trenutku prispevka preostali sodelujoči že izpolnjevali katerega izmed zakonskih znakov) ne dajejo ustreznih rezultatov, saj bi to pomenilo umeten rez v življenjsko celoto. Zato je stadij izvršitve treba razumeti smiselno in z njim zaobseči tudi ravnanja, izvršena neposredno pred izpolnjevanjem zakonskih znakov, ki so z njim neločljivo povezana.⁶⁶ Pri tem je treba poudariti, da to ni posebna, institutu sstorilstva prilagojena razlaga, temveč nekaj, kar izhaja iz danes prevladujočega gledanja na razmejitve pripravljanih dejanj in poskusa.⁶⁷

Povedano dobro ponazarja naslednja zadeva iz slovenske sodne prakse (I Ips 477/2006). Obdolženec in oškodovanec sta se sprla, ker je obdolženec z mo-

⁶⁴ C. Roxin, nav. delo (2003), str. 82.

⁶⁵ C. Roxin, nav. delo (2006), str. 303.

⁶⁶ Prim. prav tam, str. 303. Enako stališče je zagovarjal Zlatarić, ko je trdil, da je čas izvršitve treba razumeti smiselno, in ne formalno. Tako je bil pripravljen za sstorilca šteti nekoga, ki je pripravil stvari, da jih je lahko nato nekdo drug odnesel iz restavracije, saj pripravljane stvari in njihovo odnašanje skupaj kot celota pomenita jemanje tuje stvari. B. Zlatarić, nav. delo (1956), str. 103.

⁶⁷ P. Novoselec, nav. delo (2008), str. 736–740.

tornim kolesom, prirejenim za motokros, glasno in hitro peljal mimo oškodovančeve hiše, pred katero se je zadrževal oškodovanec z družino, zaradi česar so se počutili ogrožene, posebno ker se je pred hišo igral tudi majhen otrok. Kljub pozivom, naj tega ne dela, je obdolženec vožnjo še dvakrat ponovil. Ko se je mimo pripeljal tretjič, je oškodovanec zamahnil s palico proti motorju obdolženca in mu razbil zadnjo luč. Čez pol ure se je obdolženec spet pripeljal in oškodovanca zvabil stran od hiše, v zasedo, ki so mu jo pripravili. Tam sta ga dva storilca pretepla z lesenimi palicami in ga obrcala, zaradi česar je oškodovanec utrpel posebno hude telesne poškodbe. Obdolženec je organiziral zasedo in oškodovanca zvabil vanjo, sam pa ga ni tepel.

Sodišča so na vseh treh stopnjah obdolženca štela za sotorilca pri kaznivem dejanju posebno hude telesne poškodbe, čeprav sam oškodovanca ni tepel. Temu stališču je treba pritrditi. Spravljanje žrtve v pripravljeno zasedo, v kateri se nad žrtvijo izvrši nasilno kaznivo dejanje, je tipično ravnanje, ki se sicer zgodi pred formalnim izpolnjevanjem zakonskih znakov, vendar pa je z njim neposredno in neločljivo povezano.⁶⁸ Tudi v tem primeru ne gre za posebno, sotorilstvu prilagojeno razlago razmejitve pripravljanih ravnanj in poskusa: spravljanje žrtve v zasedo, kjer naj bi se nad njo takoj izvršilo kaznivo dejanje, po danes prevladujoči individualno-objektivni teoriji spada v stadij poskusa. Tudi v kvalitativnem pogledu v danem primeru ni sporno, da prispevek izpolnjuje pogoje funkcionalne oblasti nad dejanjem (gledano *ex ante* je bilo žrtev zmamiti v zasedo bistveno za izvršitev dejanja).

Končno je treba nekaj pozornosti nameniti tudi zadnji časovni točki, do katere je sotorilstvo še možno. V tej zvezi velja vse, kar je bilo povedano pri sukcesivnem sotorilstvu; na presojo časovnih mej sotorilstva ne vpliva, ali gre za klasičen položaj, ko vsi sotorilci delujejo po vnaprej izdelanem skupnem načrtu, ali pa za poseben primer, ko se eden od sotorilcev naknadno priključi že obstoječemu načrtu. Nesporno je torej, da je sotorilski prispevek mogoče dati le do dokončanja dejanja, pri tem pa je treba kritičnemu premisleku izpostaviti v literaturi praviloma nereflektirano stališče, da je sotorilstvo vselej mogoče do *materialnega dokončanja dejanja*.⁶⁹ Zakon pojma materialnega dokončanja ne pozna, zato je nesprejemljivo s sklicevanjem nanj sotorilstvo širiti na ravnanja, do katerih pride po tem, ko je bit kaznivega dejanja že uresničena. Diferencirano je treba torej obravnavati delikte, ko je faza med formalnim in

⁶⁸ C. Roxin, nav. delo (2006), str. 303.

⁶⁹ V tej zvezi ni vselej dosleden Roxin, ki ob obravnavi pomoči utemeljeno graja posplošeno rešitev, ki pomoč brez izjem utemeljuje tudi na prispevkih med formalnim in materialnim dokončanjem (C. Roxin, nav. delo (2003), str. 220–222). Nasprotno pa pri obravnavi nekaterih primerov sotorilstva apodiktično zapiše, da so prispevki vselej lahko dani do materialnega dokončanja (C. Roxin, nav. delo (2006), str. 579).

materialnim dokončanjem še znotraj biti kaznivega dejanja (trajajoča kazniva dejanja, kazniva dejanja z iterativno zgradbo), in tiste, pri katerih ravnanja po formalnem dokončanju niso več zaobsežena z bitjo delikta (npr. spravljanje stvari na varno pri tatvini). Nekdo, čigar prispevek je po vnaprejšnjem dogovoru omejen na razkladanje ukradene robe in njeno ustrezno skladiščenje, ne more biti sotorilec; ne samo zato, ker njegov prispevek nemara ni bistven, temveč tudi zato, ker je prepozen. Tudi če bi šlo za tatvino stvari, pri katerih je za ohranitev substance potrebno specialistično skladiščenje (brez katerega se sploh ne bi bilo smiselno lotiti tatvine), opisani prispevek kljub svoji bistvenosti ne more utemeljiti sotorilstva, lahko pa glede na vnaprejšnjo dogovorjenost pomeni psihično pomoč.

Pravkar povedano ne izključuje možnosti sotorilstva v položajih, pogostih v praksi, ko nekdo v avtomobilu z vključenim motorjem čaka na pajdaše, ki ropajo, in jih nato bliskovito odpelje s kraja dejanja. Res je sicer, da je v trenutku, ko storilci pritečejo do vozila, rop formalno že dokončan, toda voznik je bil dejaven že med izvršitvijo *stricto sensu*, ko je čakal v avtomobilu. Spet je res, da ta prispevek (čakanje v avtu), če ga ločimo od preostalega dogajanja in ga obravnavamo samega zase, nemara pomeni zgolj pomoč, s tem ko drugim storilcem daje občutek varnosti.⁷⁰ Vendar pa se zdi neživljenjsko, da bi voznikov prispevek razcepili na dva dela in ga obravnavali najprej kot pomoč med kaznivim dejanjem (ko čaka v avtu), nato pa kot vnaprej obljubljeno pomoč po kaznivem dejanju (ko naglo spelje in zagotovi umik). V resnici gre za življenjsko celoto, ki sega v čas med izvršitvijo ter tik po njej in ki je pri načrtovanju kaznivih dejanj, kot je rop, praviloma bistven prispevek k dejanju.

Vprašanje sodelovanja pri dejanju po njegovem formalnem dokončanju se je v novejši slovenski sodni praksi večkrat postavilo v zvezi s prepovedanim spravljanjem ljudi čez mejo (zdaj 308. člen KZ-1), v primerih obdolžencev, ki so sodelovali le s prevozom čez ozemlje, niso pa bili vključeni v predhodno spravljanje čez mejo (I Ips 217/2000, I Ips 89/2001). Vrhovno sodišče je to ravnanje praviloma štelo za (psihično) pomoč, kar ustreza tukaj zastopanemu restriktivnem pristopu do sotorilstva med formalnim in materialnim dokončanjem dejanja. V to je leta 2004 z novelo posegel zakonodajalec, ki je nekdanje kaznivo dejanje prepovedanega prehoda čez državno mejo razširil na prepovedano prehajanje meje *ali ozemlja države* (zdaj 308. člen KZ-1) in med izvršitvena ravnanja dodal tudi prevoz čez ozemlje države, zaradi česar je po novem te prevoze treba obravnavati kot sotorilske prispevke.

⁷⁰ Prim. P. Novoselec, nav. delo (2010), str. 962.

5. SKLEP

Po uvodoma predstavljeni tezi, da »storilska volja« kot merilo sotorilstva v večini primerov ne more biti več kot fraza, je bilo treba raziskati alternative pri nas tradicionalni objektivno-subjektivni koncepciji. Med njimi se je za najsprejemljivejšo izkazala ideja o funkcionalni oblasti nad dejanjem, ki pa je prav tako težko kaj več kot simbolična formula, če je ne konkretiziramo skozi značilne dileme sotorilstva. Pri obravnavi teh dilem je bil moj pristop do sotorilstva restriktiven. Sledil je zamisli, da je storilstvo in z njim sotorilstvo v prvi vrsti uresničevanje biti kaznivega dejanja. Seveda je formalni pogled, po katerem so storilci lahko izključno tisti, ki izpolnjujejo del zakonskega opisa kaznivega dejanja, danes presežen, še zmeraj pa mora ostati izhodišče oziroma osnovno pravilo, izjeme od tega pravila pa je treba razlagati ozko. Ta restriktivnost se mora izraziti tako takrat, ko presojujemo odločilnost nekega prispevka, kot tudi pri presoji časovnih mej sotorilstva, ki morajo sovpadati s časovnimi mejami izvršitve. Posebno področje so delikti, pri katerih funkcionalna oblast nad dejanjem ni sposobna zajeti bistva sotorilstva (posebna in lastnoročna kazniva dejanja, opustitve, malomarna kazniva dejanja). To področje se kaže kot nadaljnji izziv raziskovanja sotorilstva pri nas.

Literatura

- Matjaž Ambrož: Storilstvo in udeležba v KZ-1 in sodni praksi, v: Podjetje in delo, 35 (2009) 6-7, str. 1531–1539.
- Matjaž Ambrož: Pojem storilstva v kazenskem pravu, v: Pravniki, št. 9-10/2010, str. 631–649.
- Matjaž Ambrož: Pomoč in njene meje v kazenskem pravu, v: Zbornik znanstvenih razprav (2010), str. 69–92.
- Franjo Bačić: Krivično pravo – opći dio. 5. izdaja, Informator, Zagreb 1998.
- Jürgen Baumann, Ulrich Weber in Wolfgang Mitsch: Strafrecht – Allgemeiner Teil. Verlag Ernst und Werner Gieseking, Bielefeld 2003.
- Ljubo Bavcon in Alenka Šelih: Kazensko pravo – splošni del. Druga izdaja, Uradni list Republike Slovenije, Ljubljana 1987.
- Ljubo Bavcon, Alenka Šelih, Damjan Korošec, Matjaž Ambrož in Katja Filipčič: Kazensko pravo – splošni del. 5. izdaja, Uradni list Republike Slovenije, Ljubljana 2009.
- Ivan Bele: Kazenski zakonik s komentarjem – splošni del. GV Založba, Ljubljana 2001.
- Ivan Bele: Problemi iz okrilja nauka o udeležbi, v: Šelih, Alenka (ur.): Sodobne usmeritve kazenskega materialnega prava. Inštitut za kriminologijo pri Pravni fakulteti, Ljubljana 2007, str. 235–252.
- Igor Bojanić: Počiniteljstvo kao vlast nad djelom. Hrvatsko udruženje za kaznene znanosti i praksu, Zagreb 2003.
- Andrej Ferlinc: Ali je definicija sostorilstva zdaj boljša?, v: Pravna praksa (1995) 8, str. 2-3.
- Georg Freund: Strafrecht – Allgemeiner Teil. Springer, Berlin 2009.
- Helmut Fuchs: Österreichisches Strafrecht – Allgemeiner Teil I. Springer, Dunaj 2000.
- Bernd Heintschel-Heinegg (ur.): Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch – Band 1. Beck, München 2003.
- Kurt Seelmann, Strafrecht – Allgemeiner Teil. Helbin & Lichtenhahn, Basel 2005.
- Hans-Heinrich Jescheck, Thomas Weigend: Lehrbuch des Strafrechts – Allgemeiner Teil. Duncker & Humblot, Berlin 1996.
- Diethelm Kienapfel, Frank Höpfel: Strafrecht – Allgemeiner Teil. Manz, Dunaj 2000.
- Damjan Korošec: Spolnost in kazensko pravo. Uradni list Republike Slovenije, Ljubljana 2008.

- Petar Novoselec: Razgraničenje pripremnih radnji i pokušaja, v: Zbornik pravnog fakulteta Sveučilišta na Rijeci, 29 (2008) 2, str. 721–758.
- Petar Novoselec: Opći dio kaznenog prava. Sveučilište u Zagrebu, Zagreb 2009.
- Petar Novoselec: Razgraničenje supočiniteljstva i pomaganja kot razbojništva, v: Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu, (2010) 2, str. 961–963.
- Petar Novoselec: Die Rezeption der Tatherrschaftslehre im kroatischen Strafrecht, v: Heinrich, Manfred, in drugi: Strafrecht als Scientia Universalis – Festschrift für Claus Roxin zum 80. Geburtstag. Walter de Gruyter, Berlin 2011, str. 1643–1657.
- Ingeborg Puppe: Strafrecht – Allgemeiner Teil im Spiegel der Rechtsprechung. Nomos, Baden-Baden 2011.
- Constantin Rehaag: Prinzipien von Täterschaft und Teilnahme in europäischer Rechtstradition. Max Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht, Freiburg 2009.
- Joachim Renzikowski: Restriktiver Täterbegriff und fahrlässige Beteiligung. Mohr Siebeck, Tübingen 1997.
- Thomas Rotsch: »Einheitstäterschaft« statt Tatherrschaft. Mohr Siebeck, Tübingen 2009.
- Claus Roxin: Kriminalpolitik und Strafrechtssystem. Walter de Gruyter, Berlin 1973.
- Claus Roxin: Strafrecht – Allgemeiner Teil II (Besondere Erscheinungsformen der Straftat). Verlag C. H. Beck, München 2003.
- Claus Roxin: Täterschaft und Tatherrschaft. 8. izdaja, Walter de Gruyter, Berlin 2006.
- Wolfgang Schild: Tatherrschaftslehren. Peter Lang, Frankfurt na Majni 2009.
- Eberhard Schmidhäuser: Strafrecht – Allgemeiner Teil. J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen.
- Hans-Jörg Schwab: Täterschaft und Teilnahme bei Unterlassungen. Peter Lang, Frankfurt na Majni 1996.
- Liljana Selinšek: Kazensko pravo – splošni del in osnove posebnega dela. GV Založba, Ljubljana 2007.
- Zoran Stojanović: Krivično pravo – opšti deo. Pravna knjiga, Beograd 2009.
- Stefan Trechsel, Peter Noll: Schweizerisches Strafrecht – Allgemeiner Teil I. Schulthess Polygraphischer Verlag, Zürich 1998.
- Otto Triffterer: Die österreichische Beteiligungslehre: Eine Regelung zwischen Einheitstäter- und Teilnahmesystemen? Manz, Dunaj 1983.
- Otto Triffterer: Österreichisches Strafrecht – Allgemeiner Teil. Springer, Dunaj 1985.

Frank Zieschang: Mittäterschaft durch bloße Vorbereitung?, v: Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, 107 (1995) 2, str. 361–381.

Bogdan Zlatarić: Napomene o saučesništvu u novom krivičnom zakoniku, v: Arhiv za pravne i društvene nauke, 66 (1951) 1, str. 114–135.

Bogdan Zlatarić: Krivični zakonik u praktičnoj primjeni (1. svezak). Narodne novine, Zagreb 1956.



NEKATERI VIDIKI PRIZNAVANJA PRIVILEGIJA ZOPER SAMOOBTOŽBO PRAVNIM OSEBAM¹

Martina Žaucer,

univerzitetna diplomirana pravnica,

odvetnica v odvetniški družbi Kozinc in partnerji o. p., d. o. o., Ljubljana

1. UVOD

Procesna jamstva obdolženca v kazenskem postopku, ki izvirajo iz privilegija zoper samoobtožbo, so skupaj s skupino procesnih jamstev, ki se nanašajo na upravičenje državnih organov za pridobivanje dokazov z dopustnim posegom v komunikacijsko in prostorsko zasebnost, jedro procesnih jamstev v kazenskem postopku.²

Z uveljavitvijo kazenske odgovornosti pravnih oseb za kazniva dejanja se je z vsemi tremi sklopi procesnih jamstev soočila tudi sodna praksa ob vprašanju, kako jih obravnavati v primeru, ko je obdolžena pravna oseba.

Bogato sodno prakso Evropskega sodišča za človekove pravice (ESČP) na področju procesnih jamstev, ki izvirajo iz komunikacijske zasebnosti,³ je na primer leta 2007 sodišče dopolnilo tudi z odločitvijo *Wieser in Bicos Beteiligungen*

¹ Prispevek je bil pripravljen na podlagi seminarske naloge z enakim naslovom, ki jo je avtorica pod mentorstvom prof. dr. Zvonka Fišerja pripravila v okviru študijskih obveznosti na podiplomskem študiju kazenskega prava na Pravni fakulteti Univerze v Ljubljani.

² V prispevku se avtorica ukvarja s položajem obdolženca v kazenskem postopku, pri čemer osrednjo pozornost namenjam relevantnosti odločanja sodišča, tudi kadar uporabi »kriterije Engel« (*Engel in drugi proti Nizozemski* z dne 8. junija 1976) in obravnava položaj stranke primerljivo s položajem obdolženca v kazenskem postopku.

³ Na primer *Klass in drugi proti Nemčiji* z dne 6. septembra 1978, *Malone proti Združenemu kraljestvu* z dne 2. avgusta 1984, *Kruslin proti Franciji* z dne 24. aprila 1990, *Huvig proti Franciji* z dne 24. aprila 1990, *Halford proti Združenemu kraljestvu* z dne 25. junija 1997 in številne druge.

GmbH proti Avstriji,⁴ v kateri se je izreklo o vprašanju, ali lahko pravni osebi prizna enako varstvo kot fizični osebi. Sodišče za to ni prepoznalo posebnih zadržkov in vprašanju niti ni namenilo posebne pozornosti.⁵

Procesna jamstva prostorske zasebnosti pravne osebe je ESČP že obravnavalo v zadevi *Societe Colas Est proti Franciji*.⁶ Pravico do prostorske zasebnosti je najprej priznalo tudi pravni osebi kot pritožnici, nato pa ugotovilo kršitev 8. člena Evropske konvencije o varstvu človekovih pravic in temeljnih svobod⁷ (EKČP). Tudi Ustavno sodišče RS je z odločbo U-I-40/12-31 z dne 11. aprila 2013 opravilo sorodno presojo in priznalo pravnim osebam tako pravico do komunikacijske kot tudi prostorske zasebnosti.⁸

Drugače velja za procesna jamstva, ki izvirajo iz privilegija zoper samoobtožbo. Na odločitve ESČP o pravici pravne osebe do molka in z njo povezanih pravicah še čakamo. Dosedanje razprave pravne teorije evropskega pravnega prostora in posamezni primeri iz sodne prakse ne dajejo enotnega odgovora.

2. PRIVILEGIJ ZOPER SAMOOBTOŽBO

2.1. Opredelitev kot izhodišče

Privilegij zoper samoobtožbo ni izrecno zapisan ne v 29. členu Ustave RS ne v 6. členu EKČP. V skladu s četrto alinejo 29. člena Ustave RS mora biti obdolžencu kaznivega dejanja ob popolni enakopravnosti zagotovljena pravica, da ni dolžan izpovedati zoper sebe ali svoje bližnje ali priznati krivde. Sodna praksa Ustavnega sodišča RS določilo četrte alineje 29. člena Ustave RS razlaga kot določilo, ki zagotavlja privilegij zoper samoobtožbo.⁹

Tudi ESČP je že večkrat¹⁰ pojasnilo, da pravica do molka in ne izpovedovati zoper sebe spada v samo bistvo poštenega postopka in je splošno priznan mednarodni standard. Po presoji ESČP je njen smisel med drugim v zaščiti

⁴ *Wieser in Bicos Beteiligungen GmbH proti Avstriji* z dne 16. oktobra 2007, ESČP je ugotovilo kršitev 8. člena EKČP.

⁵ *Wieser in Bicos Beteiligungen GmbH proti Avstriji* z dne 16. oktobra 2007, točka 45.

⁶ *Societe Colas Est proti Franciji* z dne 16. aprila 2002, ESČP je ugotovilo kršitev 8. člena EKČP.

⁷ Ur. l. RS (13. 6. 1994) MP, št. 7-41/94 (RS 33/94).

⁸ Prvi stavek evidenčnega stavka odločbe se glasi: »Tudi pravna oseba, ki je umetna tvorba pravnega reda, uživa ustavno varovano pravico do zasebnosti, ki jo sicer Ustava kot človekovo pravico zagotavlja fizičnim osebam.«

⁹ Prim. US RS, Up-134/97-17 z dne 14. marca 2002, točka 9.

¹⁰ Na primer *Saunders proti Združenemu kraljestvu* z dne 17. decembra 1996, točka 68; *Funke proti Franciji* z dne 25. februarja 1993, točka 44; *Jalloh proti Nemčiji* z dne 11. julija

obdolženega pred nedopustno silo s strani države in v prispevku k preprečevanju zlorab ter doseganju ciljev 6. člena.¹¹ Po presoji ESČP pravica »ne obremenjevati samega sebe« predpostavlja dokazno breme nosilca obtožbe, ne da bi se ta zatekal k metodam nedopustnega doseganja izjave,¹² v nasprotju z voljo obdolženca. ESČP je v tem smislu prepoznalo povezanost med privilegijem zoper samoobtožbo in domnevo nedolžnosti.¹³

Ustavno sodišče RS je pri opredelitvi privilegija zoper samoobtožbo izhajalo iz 29. člena Ustave RS in poudarilo enak koncept kot ESČP, to je njegovo naravo kazenskega procesnega načela, ki vsebuje posamezne pravice, na prvem mestu pravico do molka.¹⁴ Tako kot ESČP tudi Ustavno sodišče RS bistvo privilegija opredeli v luči prepovedi izsiljenih izpovedb in popolne pasivnosti obdolženega z možnostjo prostovoljnega, zavestnega in razumnega odločanja o morebitnih izjavljanjih. Iz navedenega izpelje dokaznopravne posledice dokaznega bremena nosilca obtožbe, ki ga vidi kot element domneve nedolžnosti, kot jo vsebuje 27. člen Ustave RS, posebej pa poudari nujnost zavesti obdolženega, da lahko molči, ne da bi molk imel zanj škodljive posledice.¹⁵

Privilegij zoper samoobtožbo je torej treba razumeti kot kazensko procesno-pravno načelo, iz katerega izhajajo posamezni instituti z naravo procesnih upravičenj obdolženca. Ti instituti so med seboj tesno povezani¹⁶ in lahko hkrati pomenijo tudi procesno izpeljavo drugih kazenskopravnih načel.

Prva pravica obdolženega, ki izhaja iz privilegija zoper samoobtožbo, je pravica do molka. Pravico do molka izrecno ureja četrta alineja 29. člena Ustave RS. Skladno z njo obdolženi »ni dolžan izpovedati zoper sebe ali svoje bližnje, ali priznati krivdo«.

Kot pravico, povezano s privilegijem zoper samoobtožbo, je po mojem mnenju treba obravnavati še pravico do pravnega pouka o pravici se ne inkri-

2006, točka 101 (v povezavi z ekskluzijskim pravilom); *Weh proti Avstriji* z dne 8. aprila 2004, točka 39 in številne druge.

¹¹ Prim. *Saunders proti Združenemu kraljestvu* z dne 17. decembra 1996, točka 68; *Funkke proti Franciji* z dne 25. aprila 1993, točka 44; *John Murray proti Združenemu kraljestvu* z dne 8. februarja 1996, točka 45.

¹² Glede pojma nedopustnega doseganja izjave več K. Šugman, nav. delo; str. 174–189, T. Verrel, nav. delo, str. 13–102 (Falle von Zwang zur Selbstbelastung).

¹³ Prim. *Saunders proti Združenemu kraljestvu* z dne 17. decembra 1996, točka 68.

¹⁴ Prim. US RS, Up-134/97-17 z dne 14. marca 2002, točka 10.

¹⁵ Prav tam.

¹⁶ Prim. npr. US RS, Up-627/04-6 z dne 9. oktobra 2006: »Kot izhaja iz prejšnje točke obrazložitve, je bil pritožnik torej poučen o vseh pravicah, ki izhajajo iz privilegija zoper samoobtožbo [poudarila M. Ž.] iz četrte alineje 29. člena Ustave in so s tretjim odstavkom 19. člena Ustave dodatno podkrepljene v primerih, ko je obdolžencu vzeta prostost.«

minirati. Prav tako je treba kot povezano pravico obravnavati še pravico do seznanitve z vsem nosilcu obtožbe znanim obremenilnim *in* razbremenilnim gradivom.

Pravni pouk o pravici ne inkriminirati samega sebe je nujen za njeno učinkovito uresničevanje. Menim, da ima naravo samostojne procesne pravice. Njegov pomen je predvsem to, da zagotavlja učinkovito izvrševanje pravice do molka. Obdolženec mora imeti zagotovljene osnovne možnosti, da lahko v postopku izvršuje izjavljanje po svoji volji. Najosnovnejša predpostavka za zagotavljanje te pravice pa je poučitev prava nekega obdolženca o njenem obstoju.

Pravica do seznanitve s procesnim gradivom je v sodni praksi praviloma izpeljana neposredno iz načela poštenega postopka.¹⁷ Ustavno sodišče RS jo izpeljuje tudi iz pravice do primernih možnosti za obrambo v kazenskem postopku.¹⁸ Menim, da jo je pomembno razlagati tudi v tesni povezavi s privilegijem zoper samoobtožbo.

Procesna dejanja obdolženca so odraz njegove volje. To velja tudi za procesna dejanja, ki po svoji naravi pomenijo izjavo volje obdolženca in so varovana s privilegijem zoper samoobtožbo. Predmet privilegija je voljno izjavljanje obdolženca, njegov namen pa varstvo svobode te volje v razmerju do njenih procesnopравnih učinkov.

Pravilen pravni pouk omogoča obdolžencu zavedanje o pravici do svobodne izbire o izjavljanju. Tako elementarno procesno jamstvo je povsem razvrednoteno, če pravni red ne poskrbi, da obdolženec zanj ve.¹⁹

Pravni pouk tako poskrbi za pravno poučenost obdolženca, ki se zdaj zaveda možnosti, da se lahko svobodno odloči o tem, ali in kaj bo povedal, in da je manipuliranje z njegovo voljo pri tej odločitvi prepovedano.

¹⁷ Prim. *Jasper proti Združenemu kraljestvu* z dne 16. februarja 2000, *Rowe in Davis proti Združenemu kraljestvu* z dne 16. februarja 2000, *Dowsett proti Združenemu kraljestvu* z dne 24. junija 2003, *Edwards in Lewis proti Združenemu kraljestvu* z dne 27. oktobra 2004.

¹⁸ Prim. npr. US RS, U-I-271/08-19 z dne 24. marca 2011, točka 22: »Če se obdolženec s podatki, ki so pomembni za njegovo obrambo, ne seznani, ker se ti nahajajo v rokah državnih organov in zanje velja dolžnost varovanja tajnosti, jih ne more vključiti v pripravo lastne obrambe. Zato pomeni izpodbijana ureditev poseg v pravico obdolženca iz prve alineje 29. člena Ustave in točke b) tretjega odstavka 6. člena EKČP.«

¹⁹ US RS, Up-134/97-17 z dne 14. marca 2002: »Pri pravici do molka ne gre zgolj za prepoved uporabe prisile ali zvijače, temveč tudi za preprečevanje samoobdolžitve, saj se obdolženec morebiti (zaradi pravne neizobraženosti) ne zaveda, da mu ni treba izpovedati zoper samega sebe. Pravni pouk, v katerem je treba obdolženca opozoriti na to pravico, mora biti takšen, da bo odločitev obdolženca o tem, ali bo izkoristil pravico do molka ali ne, v celoti odvisna od njegove svobodne volje.«

Zdaj pa je treba zagotoviti še, da je obdolžencu omogočeno, da lahko sprejme vsebinsko odločitev o tem, kako bo privilegij udejanjil. Poskrbeti je zato treba, da obdolženec ve, kaj se mu očita in na podlagi česa. Pravica do seznanitve z dokaznopravno relevantnim gradivom omogoča vsebinsko učinkovitost obdolženčeve avtonomne volje. Šele seznanjenost s procesnim gradivom mu omogoči, da avtonomnost njegove volje sploh doseže neki želeni procesni učinek.²⁰

Pravica do pravega pouka in pravica do seznanitve s procesnim gradivom sta tako osnovna pogoja, da se privilegij zoper samoobtožbo v posameznem primeru sploh lahko izvrši. Če obdolženec ni pravno poučen ali če ni seznanjen z očitkom in dokaznopravno relevantnim gradivom, je njegov privilegij zoper samoobtožbo lahko le navidezen.

Kratko naj opozorim še na en vidik privilegija zoper samoobtožbo, ki bo pomemben v nadaljnji razpravi. To je povezanost privilegija zoper samoobtožbo z drugimi načeli kazenskega procesnega prava, zlasti domnevo nedolžnosti in pravico do primernih možnosti za obrambo v kazenskem postopku.

Domneva nedolžnosti je tisto kazenskoprocesno načelo, ki pomeni stičišče pravice do molka in pravila o dokaznem bremenu zastopnika obtožbe.²¹ Dokazno breme nosilca obtožbe je, tako kot velja za razmerje med privilegijem in pravico do molka, le segment procesnopravnih posledic domneve nedolžnosti. ESČP razume domnevo nedolžnosti, ki jo jamči drugi odstavek 6. člena EKČP, kot zahtevo sodišču, da sojenja ne začneja z vnaprej oblikovano idejo o obdolženčevi krivdi, da dokazno breme nosi tožilstvo in da vsak dvom koristi obtoženemu. Prav tako spada v okvire domneve nedolžnosti pravilo, da je tožilstvo tisto, ki mora obdolžencu predstaviti in zoper njega oblikovati in naperiti obtožbo, in to na tak način, da se ta lahko učinkovito brani.²²

²⁰ Prim. P. Gorkič, nav. delo, str. 93.

²¹ Odločba US RS Up-134/97: »Pravica do molka ima tudi izredno pomembno dokaznopravno procesno posledico. Državni tožilec mora dokazovati vse prvine obtožnice in obdolžencu ni treba storiti ničesar v svojo obrambo. S tega vidika je pravica do molka element ustavne pravice iz 27. člena Ustave (domneva nedolžnosti), zato mora tožilec dokazati vse elemente kaznivega dejanja, da prepriča neodvisno sodišče, tudi če ostane obdolženec povsem pasiven.«

²² Barberà, Messegue and Jabardo proti Španiji, točka 77: »77. Paragraph 2 (art. 6-2) embodies the principle of the presumption of innocence. It requires, inter alia, that when carrying out their duties, the members of a court should not start with the preconceived idea that the accused has committed the offence charged; the burden of proof is on the prosecution, and any doubt should benefit the accused. It also follows that it is for the prosecution to inform the accused of the case that will be made against him, so that he may prepare and present his defence accordingly, and to adduce evidence sufficient to convict him.«

Dokazno breme obtožbe je tako neposredna posledica domneve nedolžnosti. Tako kot številna procesna jamstva tudi dokazno breme obtožbe ne učinkuje absolutno – kazensko dokazno pravo pozna dopustne domneve dejstev in pravne domneve,²³ pa tudi »pravo« obrnjeno dokazno breme.²⁴ Ne more biti dvoma, da je povezava med pravico do molka in dokaznim bremenom ključna, vendar prek načela domneve nedolžnosti, ne pa privilegija zoper samoobtožbo.

Ali domneva nedolžnosti za osebo, ki ji privilegija zoper samoobtožbo ne priznamo, še učinkuje, je zahtevno vprašanje.

Tu nanj ne bom poskušala odgovarjati, saj po moji oceni zahteva temeljit preizkus temeljnih konceptualnih idej, na katerih je zasnovan adversarni kazenski postopek. Pri tem izhajam s stališča, da je postopek zasnovan kot tožilčevo aktivno izpodbijanje domneve nedolžnosti prek posameznih stopenj dokaznih standardov, pri čemer pa molk praviloma nima dokaznopравnih posledic. Odprto puščam vprašanje, ali bi obveznost izjavljanja obdolženca nujno pomenila tudi prerazporeditev dokaznega bremena.

Na podobno vprašanje želim opozoriti tudi glede razmerja med pravico do obrambe in privilegijem zoper samoobtožbo. Voljno izjavljanje obdolženca, ki je s privilegijem varovano, je pomemben način izvrševanja pravice do obrambe. Privilegij zoper samoobtožbo definira tudi način obdolženčevega izjavljanja in pravila, po katerih odgovarja na vprašanja. Kako torej pravica molčati vpliva na vsebinsko obrambo? Poglejmo primer. Obveznost obdolženca, da odgovori na vprašanje nasprotne stranke, brez dvoma izrazito poseže na področje obdolženčevega vsebinskega zagovora in strategije obrambe, ni pa jasno, ali tudi v procesna upravičenja, ki jih kratko poimenujemo pravica do obrambe.

Ta razmerja so za odločitev, ali privilegij zoper samoobtožbo pravni osebi priznati ali ne, zelo pomembna.

Nujno je namreč, da bo avtoritativna odločitev o tem vprašanju vsebovala tehen premislek in trdne argumente o tem, ali morebitno odrekanje privilegija pravnim osebam lahko ohrani s konvencijskimi standardi skladno pravico do obrambe in domnevo nedolžnosti.

²³ *Salabiaku proti Franciji* z dne 7. oktobra 1988, točka 28: »Presumptions of fact or of law operate in every legal system. Clearly, the Convention does not prohibit such presumptions in principle. It does, however, require the Contracting States to remain within certain limits in this respect as regards criminal law.«

²⁴ Na tem mestu naj opozorim le na dvoje – da obrnjeno dokazno breme odpira številna vprašanja in da je na precej od njih ESČP že dalo odgovor, npr. *Grayson in Barnham proti Združenemu kraljestvu* z dne 23. septembra 2008.

2.2. Pravica do molka

Privilegij gotovo najbolj zaznamuje procesno jamstvo, ki ga označujemo za pravico do molka. Ustavno sodišče RS jo uvršča med temeljne ustavne procesne pravice obdolženca in opozarja, da je ni mogoče skrčiti na vprašanja prepovedi uporabe prisile ali zvijače. Pravica do molka je pravica, ki preprečuje dokaznopravno relevantno izjavljanje obdolženca v nasprotju z lastnim procesnim interesom.

Pravica obdolženca »do molka« ima zavajajoče ime. S pojmom pravice do molka razumemo razširitev pravice obdolženca kot *subjekta* kazenskega postopka, da v postopku z izpovedovanjem²⁵ sodeluje, kolikor zavestno in prostovoljno hoče, torej *tudi tako*, da molči.²⁶ Primer navedenega pravila je pravica obdolženca do selektivnega odgovarjanja na postavljena vprašanja, možnost, da poda zagovor in da na vprašanja ne odgovarja, in tudi možnost, da (v svoj zagovor) molči, vse brez neposrednih dokaznopravnih posledic, praviloma vključno z dokazno oceno.²⁷

S tem posebej poudarjam vsebinsko razsežnost pravice do molka, ki sega onkraj varstva obdolženca pred potencialno prisilo k izjavi (»ali izpoveduje«) in se kaže v polni avtonomnosti obdolženca, ki naj se svobodno odloča, ali in kako se bo izjavljala (»koliko, o čem, kdaj in kako izpoveduje«).

Bistvo pravice do molka tako ni le v možnosti obdolženega, da na vprašanja ne odgovarja (varstvo pred potencialno silo), temveč se lahko svobodno odloči o tem, ali bo izrazil svojo voljo, kdaj bo izrazil svojo voljo in kako jo bo izrazil, in (tudi) to brez manipulativnega ali prisilnega vpliva države. Pravica molčati se z negativno definicijo lahko opredeli tudi kot odsotnost dolžnosti aktivnega, to je z lastno voljo izražene ravnanja obdolženega pri (1) razjasnjevanju dejanskega stanu ali (2) ustvarjanju dokaznega gradiva.

Večina poskusov opredeliti bistvo privilegija postavi v njegovo jedro *prepoved* državi, da bi poskušala nedopustno vplivati na voljo obdolženca. Možnost ne izpovedovati zoper sebe in prepoved državi, da poskuša takšno izjavo doseči na nedopusten način, nista dva elementa pravice do molka, temveč komple-

²⁵ Pri uporabi pojma izpovedovanje je potrebno jasno opozorilo – uporaba besede ne pomeni omejevanja predmeta privilegija, saj privilegij zoper samoobtožbo ne zajema le testimonialnega dokazovanja; glej npr. *Funke proti Franciji* z dne 25. februarja 1993, *ZDA proti Hubbell*, 530 U.S. 27 (2000).

²⁶ Prim. K. Šugman, nav. delo, str. 166.

²⁷ Prim. Š. Horvat, nav. delo; str. 689: »Sodišče ne more izpovedbi obtoženca na glavni obravnavi odreči verodostojnost samo zato, ker je bila spremenjena ...«

mentarni pravica in dolžnost. Obdolženi bo lahko molčal le tako, da se državi *prepove*, da bi ga na nedopusten način od tega skušala odvrniti.²⁸

Pravica do molka *ni absolutna* – ne po vsebini²⁹ ne z vidika uresničevanja,³⁰ njen predmet pa so vsa *voljna razpolaganja, namenjena pridobivanju dokaznega gradiva*, in ne le izjave obdolženega (testimonialni in dokumentarni dokazi).³¹ To pa pomeni tudi, da za primere, ko bo obdolženi vir dokazov, ne da bi moral voljno sodelovati (obdolženec kot objekt kazenskega postopka),³² pravica do molka ni uporabljiva. Po dosednji sodni praksi bo to pravilo veljalo na primer za obdolženčev glas, podobo (videz), telesne tekočine, merjenje.³³ Kot je bilo že povedano, se privilegij ne nanaša na vsa procesna razpolaganja obdolženca, temveč le na voljna razpolaganja, namenjena pridobivanju dokaznega gradiva. Obdolženca je zato dopustno prisiliti k nekaterim procesnim dejanjem; tipičen primer bo udeleževanje kazenskega postopka, pri katerem je avtonomnost obdolženčevega procesnega razpolaganja povsem izključena.

²⁸ Takoj naslednji korak v takšni miselni izpeljavi bi bilo ekskluzijsko pravilo kot po mojem mnenju edina učinkovita sankcija kršitve dokaznih prepovedi, kar (še vedno) najbolj ilustrativno prikaže zgodba Dollree Mapp in njen sodni epilog v (deloma) precedenčnem primeru *Mapp proti Ohio*, 367 U.S. 643 (1961).

²⁹ Prim. *John Murray proti Združenemu kraljestvu* z dne 8. februarja 1996, zlasti točki 47 in 48.

³⁰ Npr. ZKP po stališču slovenske sodne prakse ne dopušča zagovora v pisni obliki (tako na primer Vrhovno sodišče RS, sodba I Ips 287/2007 z dne 22. novembra 2007).

³¹ *Funke proti Franciji* z dne 25. februarja 1993, *ZDA proti Hubbell*, 530 U.S. 27 (2000).

³² US RS, Up-1678/08-13 z dne 14. oktobra 2010. V zvezi z glasom enako kot US RS tudi *Jalloh proti Nemčiji* z dne 11. julija 2006, drugače P. G. in J. H. proti *Združenemu kraljestvu* z dne 25. decembra 2001.

³³ *Jalloh proti Nemčiji* z dne 11. julija 2006. *Schmerber proti Kaliforniji*, U.S. 757 (1966): »History [384 U.S. 757, 763] and a long line of authorities in lower courts have consistently limited its protection to situations in which the State seeks to submerge those values by obtaining the evidence against an accused through »the cruel, simple expedient of compelling it from his own mouth. ... In sum, the privilege is fulfilled only when the person is guaranteed the right 'to remain silent unless he chooses to speak in the unfettered exercise of his own will.'« Ibid. The leading case in this Court is *Holt v. United States*, 218 U.S. 245. There the question was whether evidence was admissible that the accused, prior to trial and over his protest, put on a blouse that fitted him. It was contended that compelling the accused to submit to the demand that he model the blouse violated the privilege. Mr. Justice Holmes, speaking for the Court, rejected the argument as »based upon an extravagant extension of the Fifth Amendment,« and went on to say: »[T]he prohibition of compelling a man in a criminal court to be witness against himself is a prohibition of the use of physical or moral compulsion to extort communications from him, not an exclusion of his body as evidence when it may be material. The objection in principle would forbid a jury to look at a prisoner and compare his features with a photograph in proof.« 218 U.S., at 252–253.«

2.3. Privilegij zoper samoobtožbo pravne osebe v teoriji in praksi

Ta razprava ne dopušča širšega razpravljanja o tem, kako pravna oseba oblikuje svojo voljo in kako jo izraža. V skladu s prvim odstavkom 30. člena Zakona o odgovornosti pravnih oseb za kazniva dejanja (ZOPOKD)³⁴ v kazenskem postopku zastopa obdolženo pravno osebo zastopnik, ki je upravičen za vsa dejanja, za katera je po zakonu o kazenskem postopku upravičen obdolženec, ki ne more biti, kdor je v isti stvari povabljen za pričo (prvi odstavek 32. člena ZOPOKD) in ni zagovornik pravne osebe (36. člen ZOPOKD). Odgovornost pravne osebe za prekršek urejata določili 13. in 14. člena Zakona o prekrških (ZP-1),³⁵ odgovornost odgovorne osebe pa 15. člen ZP-1, medtem ko zastopanje obdolžene pravne osebe urejata 92. in 93. člen ZP-1.³⁶

Ali pravni osebi kot obdolženki priznati pravice, ki jih združuje privilegij zoper samoobtožbo, sta teorija in praksa skušali opredeljevati na različne načine. Poglejmo nekaj poskusov argumentiranja.

Na prvem mestu je gotovo argument oziroma vprašanje pravne osebe kot nosilca človekovih pravic in temeljnih svoboščin. Đurđevića³⁷ in Von Freier³⁸ skušata najti odgovor na obravnavano vprašanje z razlago določil EKČP. Đurđevića uporablja tudi jezikovno razlago, oba avtorja pa vsebino določil 34. člena EKČP in prvega odstavka 1. člena Prvega protokola k EKČP.

Člen 34 EKČP določa, da lahko ESČP sprejme pritožbo od katerekoli osebe, nevladne organizacije ali skupine posameznikov, ki zatrjujejo, da so žrtve kr-

³⁴ Ur. l. RS, št. 59/99 (12/00 popr.), št. 50/04, 98/04 – UPB1, 65/08.

³⁵ Ur. l. RS, št. 7/03, 45/04 – ZdZPKG, 86/04, 7/05 Skl.US: U-I-19/05-5, 23/05 – UPB1, 34/05 – Odl.US: U-I-19/05-11, 44/05, 55/05 – UPB2, 40/06 (51/06 popr.), 70/06 – UPB3, 115/06, 139/06 – Odl.US: U-I-69/06-16, 3/07 – UPB4, 29/07 – Odl.US: U-I-56/06-31, 58/07 – Odl.US: U-I-34/05-9, 16/08 – Odl.US: U-I-414/06-7, 17/08 (21/08 popr.), 76/08 – ZIKS-1C, 108/09, 109/09 – Odl.US: U-I-56/08-15, 45/2010 – ZIntPK, 9/11, 10/11 – Odl.US: Up-319/10-14, U-I-63/10-7.

³⁶ Posebej opozarjam na drugi odstavek 93. člena ZP-1, ki določa, da zastopnik obdolžene pravne osebe ne more biti niti odgovorna oseba, zoper katero se vodi postopek za isti prekršek in ki navaja, da je ravnala po nalogu druge odgovorne osebe ali organa upravljanja. Določba je zanimiva, ker uzakonja prepoved zastopanja pravne osebe po osebi, ki s testimonialnim dokazom obremeni pravno osebo in v tistem trenutku v razmerju do obdolžene pravne osebe dobi položaj obremenilne priče, ki jo ima pravna oseba v okviru pravice do obrambe možnost neposredno zaslišati. V določbi pa lahko prepoznamo tudi elemente privilegija zoper samoobtožbo, saj pravne osebe ne more zastopati oseba, katere izvajanje pravice do obrambe bi pomenilo nujno obremenjevanje pravne osebe in tako kolidiralo s privilegijem zoper samoobtožbo.

³⁷ Z. Đurđević, nav. delo.

³⁸ F. Von Freier, nav. delo.

šitev pravic, priznanih s Konvencijo in njenimi protokoli, s strani katerekoli visoke pogodbene stranke. Visoke pogodbene stranke se zavezujejo, da na noben način ne bodo ovirale dejanskega izvajanja te pravice. To določilo ne omenja izrecno pravnih oseb, vendar tudi ne daje podlage za zaključek, da pravne osebe ne uživajo pravnega varstva ESČP. Prvi odstavek 1. člena Prvega protokola k EKČP pa pravne osebe omenja izrecno. To določilo se glasi: »Vsaka fizična ali pravna oseba ima pravico do mirnega uživanja svojega premoženja ...«

Menim, da danes ne more biti več dvoma, da so tudi pravne osebe lahko nosilke človekovih pravic in temeljnih svoboščin. ESČP je v svoji praksi pravnim osebam že priznalo procesna jamstva, ki izvirajo iz 6. člena EKČP.³⁹ Toda 6. člen EKČP je po svoji vsebini izjemno širok in dejstvo, da ESČP pravnim osebam priznava nekatera upravičenja, ki iz njega izvirajo, ne zadošča za sklep, da bo priznalo še druga, torej tudi pravico do molka. Izhodišče, ki lahko nakazuje, kako bo odločalo o pravici pravnih oseb do molka, so odločitve, ki jih je ESČP sprejelo ob presoji, ali pravnim osebam priznati pravico do komunikacijske in prostorske zasebnosti in s tem procesna jamstva, ki iz prostorske zasebnosti izvirajo.

V že citirani zadevi *Wieser in Bicos Beteiligungen GmbH proti Avstriji* je ESČP pravnim osebam priznalo pravico komunikacijske zasebnosti. V *Societe Colas Est proti Franciji* je sodišče gospodarski družbi priznalo procesna jamstva, ki izvirajo iz 8. člena EKČP, in ugotovilo njihovo kršitev zaradi kršitve pravice do prostorske zasebnosti.⁴⁰ V odločitvi je na podlagi ekstenzivne razlage pojma dom⁴¹ iz 8. člena EKČP pravica do zasebnosti precedenčno razširjena na pravne osebe.

Sodišče je v prvi vrsti poudarilo, da je EKČP treba razlagati dinamično. Opozorilo je, da je v svoji dosedANJI praksi že priznalo pravnim osebam pravico do odškodnine za nepremoženjsko škodo zaradi kršitve pravic iz 6. člena EKČP. Na podlagi navedenega, zlasti dinamične razlage konvencije, pa je presodilo,

³⁹ Prim. npr. P.H.P.H.M.C. van Kempen, nav. delo.

⁴⁰ Iz točk 49 in 50: »That being so, even supposing that the entitlement to interfere may be more far-reaching where the business premises of a juristic person are concerned (see, *mutatis mutandis*, Niemietz, cited above, p. 34, § 31), the Court considers, having regard to the manner of proceeding outlined above, that the impugned operations in the competition field cannot be regarded as strictly proportionate to the legitimate aims pursued (see *Funke, Crémieux and Mialhe* (no. 1), cited above, p. 25, § 57, p. 63, § 40, and p. 90, § 38, respectively)...[In] conclusion, there has been a violation of Article 8 of the Convention.«

⁴¹ Prvi odstavek 8. člena EKČP, angl. *home*, prim. Niemietz proti Nemčiji z dne 16. decembra 1992, točka 30.

da je pravnim osebam v določenih okoliščinah treba priznati tudi pravice, ki jih jamči 8. člen ESČP.⁴²

Ocenjujem, da je navedeni argument v konkretni odločitvi ključen z vidika argumentacije, ali pravnim osebam priznavati procesna jamstva ali ne, in to bolj kot sama jezikovna razlaga besedila EKČP. Sodišče je izhajalo iz argumenta družbenega razvoja in presodilo, da družbena dejanskost zahteva širitev procesnih jamstev. Sicer ni pojasnilo, kateri družbeni dejavniki so ga k temu navedli.⁴³ Vendar pa gre za argumentacijo, ki je pri vpraševanju, kako razrešiti priznavanje privilegija pravnim osebam, nikakor ni mogoče prezreti.

Nedvomno gre sicer za varstvo različnih pravnih dobrin. Na eni strani je privilegij iz 6. člena EKČP, na drugi zasebnost iz 8. člena EKČP. Navedene odločbe pa vendarle kažejo, da sodišče pravnim osebam priznava procesna jamstva, ki presegajo pravico do obrambe. *Societe Colas Est proti Franciji* kaže tudi na standard procesnih jamstev v kazenskih in z njimi primerljivih postopkih. Prav tako pa ne gre prezreti, da ima privilegij zoper samoobtožbo kot temeljno načelo poleg pravice do obrambe in domneve nedolžnosti temeljno mesto v konceptu sodobnega razumevanja poštenega kazenskega postopka v smislu 6. člena EKČP.

ESČP se v omenjenih primerih z okoliščino, da je pritožnik pravna, in ne fizična oseba, ni posebej ukvarjalo. V obrazložitvi namreč ni mogoče zaslediti razlogov, ki bi se nanašali na vprašanja razlikovanja upravičenj konvencijske narave, ki bi izhajala iz same narave subjekta. Menim, da bi lahko bilo v primeru pravice do molka drugače.

⁴² Besedilo celotne 41. točke citiram v celoti: »*The Court reiterates that the Convention is a living instrument which must be interpreted in the light of present-day conditions (see, mutatis mutandis, Cossey v. the United Kingdom, judgment of 27 September 1990, Series A no. 184, p. 14, § 35 in fine). As regards the rights secured to companies by the Convention, it should be pointed out that the Court has already recognised a company's right under Article 41 to compensation for non-pecuniary damage sustained as a result of a violation of Article 6 § 1 of the Convention (see Comingersoll v. Portugal [GC], no. 35382/97, §§ 33–35, ECHR 2000-IV). Building on its dynamic interpretation of the Convention, the Court considers that the time has come to hold that in certain circumstances the rights guaranteed by Article 8 of the Convention may be construed as including the right to respect for a company's registered office, branches or other business premises (see, mutatis mutandis, Niemietz, cited above, p. 34, § 30).*«

⁴³ V razmislek naj navedem okoliščino, da je presojalo preiskavo organa za varstvo konkurence, ki je opravljalo izjemno obsežno preiskavo poslovnih prostorov gospodarske družbe, ki je bila pritožnica. Iz obrazložitve sama sklepam, da je razloge iskati v dejstvih, da je šlo za specifično področje prava, ki primarno v svoji kaznovalni sankciji zadeva pravne osebe, hkrati pa sta zanj značilna izrazita invazivnost in obseg pooblastil organa izvršilne veje oblasti. Prav v tem je sodišče prepoznalo tudi razlog za ugotovitev kršitve 8. člena EKČP, glej točki 48 in 49.

K temu stališču me najprej napeljuje praksa Sodišča Evropske unije (SEU), ki privilegij pravnih oseb zoper samoobtožbo kategorično zavrača.⁴⁴ Procesna obramba pravnih oseb v konkurenčnopravnih zadevah pred SEU se pogosto posveča procesnim jamstvom pravnih oseb iz naslova privilegija in prostorske zasebnosti (preiskave poslovnih prostorov in izjave pravnih oseb v postopku) ter je predmet številnih razprav⁴⁵ o razmerju med SEU in ESČP.⁴⁶

3. SUBJEKTIVNA, OBJEKTIVNA IN TEORIJA KRIVDE

3.1. Izhodišča

V sodni praksi in pravni teoriji je mogoče najti številne poskuse odgovora na vprašanje, ali pravnim osebam priznati privilegij zoper samoobtožbo ali ne. Med seboj se razlikujejo tako po izhodiščih kot po pristopih in interpretacijah institutov, ki se pri argumentaciji uporabljajo. Uvodoma naj zato najprej poskusim postaviti pravilno vprašanje.

Sprašujem se, kakšen je (1) *namen* privilegija zoper samoobtožbo v (2) *kazenskem* postopku zoper (3) *posameznika s položajem obdolženca*. Moje izhodišče je torej namenska razlaga instituta. Pri tem pa me zanima, ali je za priznavanje privilegija zoper samoobtožbo odločilno dejstvo, da je v kazenskem postopku obdolžena fizična oseba, ali pa privilegij zoper samoobtožbo definirajo neke druge okoliščine.

⁴⁴ F. Von Freier, nav. delo, str. 123: »Die Argumente des EuGH zielen unverhohlen auf die Effektivität der Wettbewerbskontrolle. Könnte man sich mit einem solchen Effektivitätsargument begnügen, wäre das Nemo-Tenetur-Prinzip zu verabschieden.« In še str. 124: »Das halbherzige Zugeständnis des EuGH an die Verteidigungsrechte vermag schon in sich nicht zu überzeugen ...«

⁴⁵ O problemu procesnih jamstev iz naslova privilegija in pravice do obrambe v konkurenčnopravnih zadevah več P. Berghe, A. Dawes, nav. delo, str. 407–423.

⁴⁶ V zadevi *Roquette Freres proti Komisiji* je SEU odstopilo od stališča v zadevi *Hoechst* in se uskladilo s prakso ESČP s stališčem, da je treba pravico do zasebnega in družinskega življenja razširiti tudi na poklicne dejavnosti in poslovne prostore. Navedeni primer je kot primer doslednega spoštovanja varstva človekovih pravic in temeljnih svoboščin v postopkih pred SEU navedel predsednik SEU Vassilios Skouris v govoru pred Ustavnim sodiščem RS: »... najpomembneje je, da je SEU izkazalo tudi pripravljenost spremeniti svojo prakso, da bi jo uskladilo s prakso ESČP, eden od novejših primerov te prakse je sodba v zadevi *Roquette Freres proti Komisiji*.« »Sprejetje zavezujočega kataloga pravic za Evropsko unijo: je sožitje treh vzporednih sistemov varstva temeljnih pravic mogoče?«, govornik na slovesnosti ob dnevu ustavnosti je bil predsednik Sodišča Evropske unije prof. dr. Vassilios Skouris dne 18. decembra 2009 na <www.us-rs.si/aktualno/novice/ustavno-sodisce-praznuje-dan-ustavnosti-5556/>.

Sklepam torej, da če je neka specifična, razlikovalna značilnost *fizične* osebe (glede na pravno osebo) tista okoliščina, ki privilegij definira in zaradi katere učinkuje, ga moramo pravni osebi odreči. Če je razloge zanj mogoče najti onkraj lastnosti fizične osebe kot nosilke človekovih pravic in temeljnih svobod, pa statusna oblika obdolžene osebe ne more imeti konstitutivnega učinka v razmerju do privilegija zoper samoobtožbo.

Za analizo po moji oceni ključnih argumentov bom izhajala iz Von Freierjeve⁴⁷ razprave. Navedeni avtor skuša odgovor na zastavljeno vprašanje poiskati z oblikovanjem argumentov in zaključkov v okviru treh samostojnih teorij.

Prva je *subjektivna teorija*.⁴⁸ Ta izhaja iz stališča, da je privilegij namenjen varstvu osebnostnih pravic obdolženca in kot tak namenjen obdolžencu zato, *ker* je fizična oseba. Njeni zagovorniki pravni osebi praviloma odrekajo pravico do molka, ker menijo, da pravna oseba nima osebnostnih pravic, ki bi jih privilegij lahko varoval.

Izhodišče druge teorije je, da je privilegij procesno jamstvo v kazenskem postopku, ki funkcionira samo zase, objektivno in neodvisno od subjekta kazenskega postopka. Skupaj z domnevo nedolžnosti in pravico do obrambe ga ta teorija obravnava kot temeljno in povsem objektivizirano načelo z izvorom v načelu pravne države. Imenujem ga *objektivna teorija*.⁴⁹

Tretja, t. i. teorija krivde je metodološko zasnovana nekoliko drugače, zato najprej pogledjmo natančneje subjektivno in objektivno teorijo.

3.2. Subjektivna teorija

Sodna praksa, ki jo bom v nadaljevanju podrobneje predstavila, je pravnim osebam privilegij doslej odrekala z argumentom, ki privilegij razume kot varstvo obdolženca pred posegom v njegove osebnostne pravice.⁵⁰ S tem postane privilegij subjektivna kategorija, namenjena varstvu dobrine, ki je pridržana le fizičnim osebam.

Takšno subjektivno razumevanje privilegija zoper samoobtožbo naj bi se opiralo na njegovo zgodovinsko razlago. V središče namena privilegija je postavljena ideja varstva fizične osebe pred silo države kot nesorazmerno močnejše

⁴⁷ F. von Freier, nav. delo, str. 126.

⁴⁸ F. von Freier, nav. delo, str. 126; avtor uporablja izraz *subjektiv-personalistische Perspektive*.

⁴⁹ F. von Freier, nav. delo, str. 126; avtor uporablja izraz *objektiv-rechtliche, genuin verfahrensbezogene Argumente*.

⁵⁰ F. von Freier, nav. delo, str. 126.

stranke v kazenskem postopku. V nadaljevanju bom predstavila tudi nekaj primerov takšne argumentacije v sodni praksi.

Opisano zgodovinsko razlago privilegija je treba nekoliko dopolniti, saj menim, da ni pravilna. Privilegij zoper samoobtožbo se je razvil v sedemnajstem stoletju kot odziv na uporabo fizične sile (mučenja) zoper posameznike, ki so jih obdolžili kaznivih dejanj, leta 1791 pa je bil sprejet kot del ustavne ureditve ZDA v okviru V. amandmaja.⁵¹

Tudi razvoj instituta privilegija zoper samoobtožbo v ameriški sodni praksi v prvi polovici dvajsetega stoletja so zaznamovali predvsem primeri fizičnega nasilja⁵² nad obdolženci v kazenskem postopku.⁵³ Šele kasneje se je vsebinsko oblikoval v institut varstva avtonomne volje obdolženega v kazenskem postopku, kot ga razumemo danes.

Ne morem se strinjati s stališčem, da je privilegij zoper samoobtožbo nastal kot varstvo pred fizičnim nasiljem. Nastal je zaradi fizičnega nasilja države, ki je bilo usmerjeno zoper voljo posameznika v kazenskem postopku.⁵⁴ Namen države, da vpliva na osumljenca in ga s prisilo pripravi do priznanja, se je osredotočal na prisilno vplivanje na posameznikovo voljo. Privilegij zoper samoobtožbo je po mojem mnenju vse od svojega nastanka varoval svobodno voljo osumljenca, ne njegove telesne integritete. Cilj sile nista bila mučenje posameznika in s tem prizadevanje trpljenja, temveč je bil cilj sile zoper obdolženca prek fizičnega nasilja doseči izjavljanje »po volji«, to je priznanje kaznivega dejanja.

Privilegij zoper samoobtožbo tudi ob svojem nastanku ni prepovedoval telesnega nasilja, temveč fizično prisiljevanje k izpovedovanju zoper sebe. Tako po

⁵¹ *Brown v. Walker*, 161 U.S. 591, 596–597 (1896): »The maxim *nemo tenetur seipsum accusare* had its origin in a protest against the inquisitorial and manifestly unjust methods of interrogating accused persons, which [have] long obtained in the continental system, and, until the expulsion of the Stuarts from the British throne in 1688, and the erection of additional barriers for the protection of the people against the exercise of arbitrary power, [were] not uncommon even in England.«

⁵² *Miranda proti Arizoni*, 384 U.S. 436 (1966).

⁵³ *Miranda proti Arizoni*, 384 U.S. 436 (1966): »From extensive factual studies undertaken in the early 1930's, including the famous Wickersham Report to Congress by a Presidential Commission, it is clear that police violence and the 'third degree' flourished at that time. 5 [384 U.S. 436, 446] In a series of cases decided by this Court long after these studies, the police resorted to physical brutality – beating, hanging, whipping – and to sustained and protracted questioning incommunicado in order to extort confessions. 6 The Commission on Civil Rights in 1961 found much evidence to indicate that 'some policemen still resort to physical force to obtain confessions'; 1961 Comm'n on Civil Rights Rep., Justice, pt. 5, 17. The use of physical brutality and violence is not, unfortunately, relegated to the past or to any part of the country.«

⁵⁴ *Miranda proti Arizoni*, 384 U.S. 436 (1966).

mojem mnenju privilegij zoper samoobtožbo ni niti nastal niti kadarkoli funkcioniral kot varstvo osebnostnih pravic posameznika, temveč kot instrument (učinkovitega) varstva volje posameznika, obdolženega kaznivega dejanja, ki se je s fizično silo skušala zlomiti in na tak način doseči priznanje kaznivega dejanja.

Menim, da zgodovinska razlaga privilegija zoper samoobtožbo subjektivne teorije ne podpira.

Tudi sicer subjektivna teorija vzdrži zgolj na teoretični ravni. Ne pojasni na primer, kako pristopiti k sili zoper zastopnika obdolžene pravne osebe. V takem primeru je sila dejansko naperjena zoper fizično osebo z namenom obremenitve pravne osebe kot obdolženca, saj zastopnik pravne osebe ni obdolženec.

V takem primeru privilegija pravni osebi ne bomo priznali, ker ne bo usmerjen zoper obdolženega, temveč zoper njegovega zastopnika. Tako argumentacijo odklanjam. Če privilegij že razlagamo kot varstvo pred potencialno silo zoper obdolženega, potem je treba najmanj pojasniti, zakaj bi jo dopustili zoper zastopnika obdolženega. Zdi se neprepričljivo, da institut najprej opredelimo kot pravno varstvo pred silo, nato pa njegove učinke odrečemo *zato*, ker je sila usmerjena zoper tistega, *ki voljo* oblikuje in ima hkrati lastno subjektiviteto.

Von Freier subjektivno teorijo odklanja, ker ocenjuje, da velja le ob domnevi krivde. Ob predpostavki, da bi oseba pod prisilo izpovedala po resnici, pa kaznivega dejanja ni izvršila, Von Freier zaključuje, da argument ne vzdrži. V tem primeru namreč posledica prisile ne bi bila kazenska sankcija.

Kot je bilo povedano, subjektivne teorije ne sprejemam, vendar na podlagi prej navedenega zgodovinskega argumenta. Menim namreč, da Von Freierjev argument ni pravilen, saj prezre, da se kazensko izpovedovanje nikoli ne bo osredotočilo le na izpovedovanje neposredno pravotvornih dejstev. Neko dejstvo bo v nekih okoliščinah na primer lahko razbremenilno, v drugih okoliščinah obremenilno in v tretjih nevtrarno. Učinkuje namreč v odvisnosti od zbranega procesnega gradiva, in ne od absolutne materialne resnice kot hipotetičnega stanja. Menim, da ni dvoma, da lahko oseba, ki ni izvršila kaznivega dejanja, izpoveduje objektivno resnična obremenilna dejstva.

Von Freier⁵⁵ še opozarja, da subjektivna teorija niti ni združljiva s konceptom izjemoma dopustnega obremenilnega molka obdolženega niti je ni mogoče dosledno izpeljati ob sodobnem razumevanju sile, ki vključuje tudi prevaro in zvijačo. Z navedenim se v celoti strinjam.

⁵⁵ F. Von Freier, nav. delo, str. 130.

Zvijača v slovenskem pravnem prostoru ni dovoljena že po Ustavi RS.⁵⁶ Razlog za prepoved uporabe zvijače in prevare pri zaslišanju obdolženca je prav v zagotavljanju popolnosti elementa volje ob razpolaganju v nasprotju s t. i. lastnim procesnim interesom.⁵⁷ Če sprejmemo privilegij kot varstvo telesne integritete obdolženega, potem bi bili prevara in zvijača dopustni. Tudi ta primer kaže, da se ni mogoče ogniti stališču, da je predmet varstva privilegija avtonomna obdolženčeva volja (pri dokaznopravno relevantnem izjavljanju) in nič drugega.

Proti subjektivni teoriji govori tudi pomislek, povezan z argumentom osebnostnih pravic. Von Freier kot primer navede varstvo časti in svobode ravnanja. Jadek Pensa⁵⁸ definira predmet varstva osebnostnih pravic »*kot posameznikovo bistvo, celoto njegovih sposobnosti ... [ki] ga oblikuje v samo njemu lastno podobo in mu obenem omogoča delovanje in nadaljnji razvoj osebnosti*«; osebnostne pravice povzema po Finžgarju.⁵⁹ Če sprejmemo privilegij kot institut, namenjen varstvu obdolženčevih osebnostnih pravic, potem bi ga bilo treba razlagati neprepričljivo selektivno – kot varstvo pred fizično silo in njenimi posledicami na telesu obdolženca (varstvo pravice do življenja, zdravja in telesne integritete), ne pa na časti in dobrem imenu.⁶⁰

Subjektivna teorija po moji oceni ni skladna niti z razumevanjem predmeta privilegija zoper samoobtožbo. Uvodoma sem navedla, da privilegij zoper samoobtožbo obsega le testimonialno in dokumentarno dokazovanje, ne pa tudi odvzema telesnih tekočin, bioloških sledi, posnetka glasu in fotografiranja. Prisilnega odvzema telesnih tekočin obdolžencu po mojem mnenju ni mogoče razložiti drugače kot dopustno silo za potrebe pridobivanja dokazov zoper obdolženca. Če bi bil izključni namen (in s tem kriterij) privilegija varstvo obdolženca pred ponižujočim ravnanjem države za potrebe pridobivanja obremenilnega dokaznega gradiva, bi bil njegov predmet gotovo tudi odvzem telesnih tekočin kot izrazito invaziven poseg v telesno celovitost obdolženca. Posegi v obdolženčevo telo za pridobivanje dokaznega gradiva so za obdolženca ponižujoči, a dovoljeni. Ni namreč izkazan opredeljitveni element privilegija, to je voljno ravnanje obdolženega.⁶¹

⁵⁶ Boštjan M. Zupančič, v: L. Šturm (ur), nav. delo, str. 319.

⁵⁷ Prav tam.

⁵⁸ Dunja Jadek Pensa, v: N. Plavšak in drugi, nav. delo, str. 777.

⁵⁹ A. Finžgar, nav. delo, str. 65–136.

⁶⁰ F. Von Freier navaja, da je nemška sodna praksa s sprejemom subjektivnega koncepta varovala človekovo dostojanstvo (*die Menschenwürde*), str. 127 in naslednje.

⁶¹ Prim. *Saunders proti Združenemu kraljestvu* z dne 17. december 1996, *Schmerber proti Kaliforniji*, 384 U.S. 757 (1966).

3.3. Objektivna teorija

Objektivna teorija temelji na pomenu, ki ga ima privilegij za pošten kazenski postopek, z izvorom v ideji pravne države, a v čistem procesnem smislu.

Von Freier to nazorno prikaže s stališčem, da bi prisila s samoobdolževanjem v tem smislu pomenila *poseg v procesno avtonomijo* obdolženca kot subjekta kazenskega postopka.⁶² Takšna krnitev se bo najizraziteje manifestirala kot oženje vsebinske možnosti materialne obrambe in tudi taktike obrambe. Objektivno razumevanje namena privilegija je izrazito procesno in se ukvarja s procesnimi posledicami privilegija.

Objektivna teorija najprej obravnava razmerje med privilegijem in domnevo nedolžnosti. Sprašujemo se, ali je izpoved, dosežena s silo ali zvijačo, združljiva z domnevo nedolžnosti.

Prisila obdolženca k izjavi nujno izhaja iz predpostavke, da je obdolženec lahko vir informacije o kaznivem dejanju. Predpostavka nameravane prisilivitve k izpovedbi je stališče, da nam bo morda od zasliševanca uspelo s silo pridobiti obremenilno izjavo. S tem hkrati predpostavljamo, da nam torej lahko pove *o sebi kot storilcu* kaznivega dejanja, s čimer predpostavljamo, da je kaznivo dejanje tudi izvršil.⁶³

Če za osebo, pri kateri je nastopila osredotočenost suma, nujno velja domneva nedolžnosti, potem nujno velja, da država o njej z določeno stopnjo verjetnosti predpostavlja, da je izvršila kaznivo dejanje. S tem se vzpostavi zainteresiranost, da od nje dobi informacije v zvezi s kaznivim dejanjem. Hkrati pa mora predpostavljati tudi, da ni storilec kaznivega dejanja, dokler *dokazi* ne pokaže drugače.

In ker je treba z osumljencem ravnati kot z nedolžnim, dokler mu ni dokazano nasprotno, ni dopustno predpostavljati, da ve izpovedati o sebi kot storilcu kaznivega dejanja.⁶⁴ Po objektivni teoriji prisila k izpovedbi ni združljiva z domnevo nedolžnosti. Objektivna teorija privilegija obravnava še vpliv pravice do molka na materialno obrambo obdolženca. Prej sem že navedla, da je procesna posledica pravice do molka tudi dokazno breme zastopnika obtožbe.

⁶² F. Von Freier, nav. delo, str. 133.

⁶³ Sicer ga ne bi želeli slišati kot obdolženca, temveč na primer kot pričo, ki jo k izjavi lahko prisilimo. Več Katja G. Šugman, nav. delo, str. 167.

⁶⁴ Z vidika organov pregona je procesni položaj skrajno dvoličen. Na eni strani za določeno osebo izkazujejo določeno stopnjo suma, da je storila kaznivo dejanje, s čimer se njihov sum osredotoči, in želijo od te osebe informacije, hkrati pa ravno od subjekta, za katerega so pravkar zaključili, da je za preiskovanje najzanimivejši, ne morejo nujno dobiti podatkov. Prim. prav tam.

Von Freier poudarja, da niti objektivna koncepcija dejansko ne more povsem obiti subjektivnih elementov, saj ima avtonomija procesnega razpolaganja skoraj enako vsebino kot splošna svoboda ravnanja. Menim, da je tak argument vsebinsko manj relevanten. Ustavno sodišče RS je namreč že presodilo,⁶⁵ da gre svoboda ravnanja tudi pravnim osebam. Zaključevanje, da je avtonomno procesno razpolaganje osebnostna pravica, ki učinkuje v objektivnem kriteriju, je podobno že opisani nekonsistentnosti subjektivnega kriterija, ki ne more pojasniti priznavanja nekaterih pravic pravnih oseb z izrazitim izvorom v varstvu osebnosti fizične osebe.

Objektivno-procesni pogled na privilegij sam ne daje odgovora, temveč se zdi, da bolj opozarja na to, kako privilegij zoper samoobtožbo v sistemu procesnih jamstev funkcionira. Po mojem mnenju je pomemben zaradi vidika, ki bi ga avtoritativno določanje pri priznavanju privilegija pravnim osebam nujno moralo upoštevati: to je dilema, ali je pravni osebi privilegij sploh mogoče odreči, ne da bi s tem nujno odrekli tudi domnevo nedolžnosti in pravico do obrambe.

3.4. Teorija krivde

Teorija krivde poleg subjektivnega in objektivnega koncepta ponuja še en pogled na privilegij, ki bi lahko dal odgovor na zastavljeno vprašanje. Ta izhaja iz narave razmerja med materialnopravnim načelom krivde in privilegijem zoper samoobtožbo.⁶⁶

Von Freier izhaja iz kazenskega prava kot orodja za ponovno vzpostavitev pravnega stanja v skupnosti. Teorijo krivde razvija ob dveh izhodiščih. Prvo izhodišče je, da je kazenskopravno razmerje med posameznikom in državo refleksija procesa, v katerem država po storitvi kaznivega dejanja v kazenskem postopku skuša prek kaznovanja vzpostaviti s kaznivim dejanjem porušeno pravno stanje.

Drugo izhodišče je stališče, da se storilec kaznivega dejanja kot posameznik znajde v dvojni vlogi. Je del skupnosti, ki ji je ponovna vzpostavitev prava namenjena. V tem smislu je zainteresiran za izid kazenskega postopka z vzposta-

⁶⁵ US RS, U-I-290/96 z dne 11. junija 1998: »19. Kot temeljna svoboščina je svoboda ravnanja zagotovljena vsakomur, ne glede na to, ali je fizična ali pravna oseba. Da so nosilci ustavnih pravic tudi pravne osebe, kolikor se posamezne pravice glede na svojo naravo nanašajo tudi nanje, je Ustavno sodišče že odločilo (glej npr. sklep št. Up-10/93 z dne 20. 6. 1995 – OdlUS IV, 164).«

⁶⁶ V zvezi z načelom krivde posebej opozarjam, da je predmetna predstavitev le povzetek, in za njeno izčrpnjšo razlago napotujem na Von Freierjev tekst, str. 138, ki se temeljiteje posveti filozofskim izhodiščem dvojnosti odnosa obdolženega do obsodbe in konceptu samoobsodbe kot idejni podstatii t. i. teorije krivde.

vitvijo prava – obsodbo in kaznovanje zaradi izvršenega kaznivega dejanja, ki je pravno stanje porušilo. Hkrati pa tak izid postopka morda ni skladen z njegovim individualiziranim procesnim interesom. Storilec je sicer del skupnosti, ki je proces legitimizirala in ga s tem vnaprej sprejela, vendar pa je v konkretnem postopku njegov dejanski procesni interes praviloma nasproten interesu vzpostavitve prava. Kazensko pravo mora zato proces vzpostavitve pravnega urejati tako, da kazensko obsodbo kot legitimno sprejme tudi obdolženec. Normativno urejanje kazenskega prava je orodje, s katerim skupnost posameznikov, ki so potencialni obdolženci, sama vnaprej pove, kdaj se ji lahko odreče npr. pravica do svobode. Kazensko pravo mora zato kazensko obsodbo vnaprej opredeliti kot samoobsodbo, kot posameznikovo vnaprejšnjo zavestno opredelitev pogojev za njegovo lastno kazensko obsodbo.

Procesno pravo pri ponovnem vzpostavljanju »pravnega« varuje avtonomnost obdolženega, ki ga njegov lastni procesni interes postavi nasproti skupnosti. Namen kazenskega procesnega prava pa je preprečevanje samouresničitve kazenskega materialnega prava. Še drugače – namen kazenskega procesnega prava je varstvo legitimitete učinkov kazenskega materialnega prava.

Von Freier⁶⁷ meni, da mora v tem procesu obdolženec sodelovati z avtonomno voljo. Procesna vzpostavitve prava ni mogoče legitimno dosežati drugače kot ob popolnem spoštovanju avtonomije obdolženčeve volje.

Legitimnost kazenske obsodbe pred začetkom konkretnega kazenskega postopka temelji na konsenzu skupnosti o pogojih kaznovanja.

Legitimnost kazenske obsodbe po storitvi konkretnega kaznivega dejanja oziroma z začetkom kazenskega postopka pa je odvisna tudi od avtonomije volje obdolženega, ki se z njemu morebiti nasprotnim interesom skupnosti sooči.

Na kakšen način bo to storil, mora biti njegova svobodna odločitev. To njegovo samouresničevanje, samodialog, samospraševanje v položaju obdolženega mora biti iz istega razloga varovano pred prisilnimi posegi skupnosti, ki bi jemali legitimiteto kazenske obsodbe in s tem ponovne vzpostavitve prava.⁶⁸

In tukaj Von Freier vidi bistvo privilegija zoper samoobdolžitev. Presoditi je treba, ali se v dvojnosti obdolženčeve samorefleksije v kazenskem postopku lahko znajde tudi pravna oseba. Von Freierjev odgovor je nikalen.

Pravna oseba nima možnosti samoopredeljevanja prek skupnosti in nima možnosti normativnega opredeljevanja svojih bodočih položajev. Ne more se prostovoljno vnaprej odreči svojim pravicam tako, da si to sama predpiše, zato

⁶⁷ F. Von Freier, nav. delo, str. 139.

⁶⁸ Prav tam.

tudi ne more stremeti k legitimiteti svoje morebitne obsodbe, ker je nima iz česa črpati.⁶⁹ Ilustrativen se zdi argument, da privilegija nima iz istega razloga, kot nima volilne pravice.

Von Freier privilegij pravni osebi odreče zato, ker meni, da ta nima pravice do legitimne obsodbe, zato tudi ne more uživati varstva svoje volje kot pogoja za doseganje legitimne obsodbe. Pravna osebe ne opredeljuje normativnih pogojev lastne kazenske obsodbe, ker te pravice nima.

3.5. Objektivna, subjektivna in teorija krivde v sodni praksi

Pred analizo teorije krivde pogledimo, kako so vse tri navedene poglede na to vprašanje obravnavala sodišča.

Argumentacijo teorije krivde zasledimo v starejši odločbi Vrhovnega sodišča ZDA, ki je v zadevi *Hale proti Henkel*⁷⁰ že leta 1906 pravnim osebam ali bolje njihovim predstavnikom odreklo pravico iz V. amandmaja k Ustavi ZDA.

Sodišče je menilo, da je Edwin F. Hale⁷¹ dolžan odgovarjati na vprašanja v postopku zoper pravno osebo *MacAndrews and Forbes Company*, ker gre za tretjo osebo, tudi če je njen zastopnik ali pooblaščenec. Sodišče je V. amandma najprej razlagalo tako, da se lahko nanj sklicuje le konkretno tista oseba, zoper katero postopek teče.⁷² Nato je pojasnilo, da se zastopnik pravne osebe ne more sklicevati na privilegij, ker zoper njega ne teče postopek, obdolženi subjekt pa le zastopa.⁷³ Pomembnejši del odločbe pa izhaja iz elementov, ki močno spominjajo na Von Freierjevo razlogo privilegija s teorijo krivde.⁷⁴ Po razlogih

⁶⁹ Teorija krivde, kot jo predstavlja Von Freier, ima podobnosti s »teorijo privolitve«, v skladu s katero posameznik vnaprej privoli v kaznovanje in ki tako kot teorija krivde močno spominja na družbeno pogodbo. Glej M. Pavčnik, nav. delo, str. 199.

⁷⁰ *Hale proti Henkel*, 201 U.S. 43 (1906) 201 U.S. 43 z dne 12. marca 1906.

⁷¹ Sodišču je pojasnil, da je pri pravni osebi *Tresurer*.

⁷² Točka 3: »The amendment is limited to a person who shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself; and if he cannot set up the privilege of a third person, he certainly cannot set up the privilege of a corporation.«

⁷³ Točka 3: »As the combination or conspiracies provided against by the Sherman antitrust act can ordinarily be proved only by the testimony of parties thereto, in the person of their agents or employees, the privilege claimed would practically nullify the whole act of Congress. Of what use would it be for the legislature to declare these combinations unlawful if the judicial power may close the door of access to every available source of information upon the subject?«

⁷⁴ »(He) [tj. fizična oseba, dodala M. Ž.] owes no duty to the state or to his neighbors to divulge his business, or to open his doors to an investigation, so far as it may tend to criminate him. He owes no such duty to the state, since he receives nothing therefrom, beyond the protection of his life and property. His rights are such as existed by the law of the land long antecedent to the organization of the state, and can only be taken from him by due process of

sodbe je fizična oseba originaren subjekt, ki zmore položaj dvojnosti v odnosu do države, do skupnosti, v kateri biva, saj jo hkrati opredeljuje in ji kot obdolženec nasprotuje. Pravice fizične osebe so zato neodtujljive in obstajajo same zase – nihče jih fizični osebi ne more podeliti in nihče odvzeti, če ustava (torej tudi on sam) ne določa drugače. Pravna oseba je derivativna oseba in nastane, ker država tako dovoli. Domneva se, da obstaja, ker družbi koristi, zato lahko obstaja le po volji družbe, dokler obstaja v skladu s pravom. Tako ne more imeti neodtujljivih pravic, kot jih imajo fizične osebe.

Po mojem mnenju je Vrhovno sodišče ZDA naredilo še korak dlje kot Von Freier. Originarnost fizične osebe, ki naj bi jo upravičevala do avtonomnega nasprotovanja obsodilni sodbi v interesu njej lastne skupnosti, povzdigne na naravnopravno raven. Hkrati pa z opisanim argumentom sporoča, da lahko neodtujljive pravice uživa le fizična oseba, s čimer tudi zgolj fizična oseba upravičeno odklanja poseg države vanje. Vrhovno sodišče ZDA je privilegij zoper samoobtožbo pravnim osebam odreklo tudi v več novejših odločitvah.⁷⁵

Za povsem drugačen pristop, a za enako odločitev se je odločilo tudi Ustavno sodišče RS. O pravici pravne osebe do privilegija se je namreč že izreklo, vendar ob obravnavanju davčnega, ne pa kazenskega postopka, pri tem pa se je oprlo (v po mojem mnenju nosilnem argumentu) na *subjektivni koncept* privilegija.

V odločbi U-I-108/99-14 z dne 20. marca 2003 je zavzelo stališče, da pravnim osebam odreka pravice iz četrte alineje 29. člena Ustave RS,⁷⁶ izhajajoč iz namenske razlage predmeta varstva. Posebej je poudarilo, da »*prepoved samoobdolžitve izvira iz zahteve po spoštovanju človekovega dostojanstva v kazenskem postopku in z njim povezanih preiskovalnih postopkih*«. ⁷⁷ S tem je izhodišče svoje argumentacije zastavilo docela subjektivno in argumentacijo nadgradilo z izpostavljanjem obveznosti države, da obdolženca pusti svobodno oblikovati voljo v kazenskem postopku, kot bistva privilegija.

Prvi argument je v skladu s subjektivistično koncepcijo, medtem ko je drugi nevtralen in ne pritrjuje nujno predhodnemu, saj se nanaša na samo definicijo privilegija, in ne toliko na vprašanje, ali je namen privilegija res v varstvu človeškega dostojanstva ali ne. Morda bi lahko v zadnjem delu argumenta videli

law, and in accordance with the Constitution. Among his rights are a refusal to incriminate himself, and the immunity of himself and his property from arrest or seizure except under a warrant of the law.»

⁷⁵ Prim. *Bellis proti Združenim državam*, 417 U.S. 85 (1974) z dne 28. maja 1974, in *Andersen proti Marylandu*, 427 U.S. 463 (1976) z dne 29. junija 1976.

⁷⁶ Prim. točko 10.

⁷⁷ Prav tam.

tudi nastavke teorije krivde, ki v svoji izpeljavi po Von Freierju vodi do enakega zaključka, vendar ga sodišče ni natančneje razdelalo.

Ustavno sodišče RS je svojo odločitev utemeljilo tudi s sklicevanjem na ustaljeno presojo ESČP in njegovo stališče, da prepoved samoobdolžitve primarno zadeva spoštovanje volje obdolženca, da molči, in da je njen namen »v varstvu obdolženca pred nedopustno prisilo s strani oblastnih organov. Organi pregona naj dokažejo obtožbo, ne da bi se sklicevali na dokaze, pridobljene s silo ali s pritiski na obdolženčevo voljo.«

Ti argumenti imajo naravo nekakšnih izhodišč oziroma pojasnil in za oblikovanje odločitve sodišča niso bili odločilni. Pomislek imam glede argumenta »varstva obdolženca pred prisilo«, ki preveč poudarja varstvo obdolženca pred silo in ne upošteva zadosti okoliščine, da gre za varstvo volje, ne osebe. Tak argument preveč spominja na najbolj nekonsistentne argumente subjektivne teorije.

Sodišče v tej odločbi opozarja še na jezikovno razlago četrte alineje 29. člena Ustave RS in opozori, da ima »bližnje« lahko le fizična oseba. Po mojem mnenju ta argument ne prepriča. Gre za dikcijo ustavodajalca, s katero se po mojem mnenju ni hotel izraziti v smeri, kot to razlaga Ustavno sodišče RS.

Zdi se, da se Ustavno sodišče RS glede na to, da je obravnavalo skladnost davčnega postopka z Ustavo RS, ni želelo izreči o vprašanju privilegija pravnih oseb v kazenskem postopku, saj je v 13. točki temu vprašanju pustilo »odprta vrata« za ločeno presojo.⁷⁸ V tem smislu, zlasti glede na globino problematike, je po mojem mnenju dovolj prostora za prepričljiv predlog Ustavnemu sodišču RS, da ob svojem odločanju preizkusi tudi druge argumente v prid privilegiju zoper samoobtožbo pravnih oseb in proti njemu.

4. PRIMERJAVA SUBJEKTIVNE, OBJEKTIVNE IN TEORIJE KRIVDE

Subjektivni koncept privilegija zoper samoobtožbo je tisti, ki privilegij zoper samoobtožbo pravnim osebam odklanja. Menim, da je njegova bistvena pomanjkljivost, da v osrčje argumentacije postavlja preprečevanje sile nad obdolžencem. Varstvo obdolženega pred potencialno silo države pri siljenju k dokazno relevantnemu izpovedovanju ni *kriterij* in varstvo osebnostnih pravic

⁷⁸ Točka 13 se glasi: »Četudi bi bilo pravico iz četrte alineje 29. člena ustave iz razloga, navedenega v prejšnji točki, mogoče uporabiti, pa določba ni uporabljiva iz razloga, ker se nanaša na kazenski postopek, izpodbijani 27. člen ZDavP pa ureja ravnanje oseb v davčnem inšpekcijskem postopku.«

ni *predmet* privilegija. Ta koncept je preozek in pojasnila sem številne elemente privilegija, ki jih z njim ne moremo pojasniti.

Tudi čisti procesno-objektivni vidik privilegija ima večjo težo kot opozorilo avtoritativni odločitvi o večrazsežnosti njegovih učinkov v zvezi z domnevo nedolžnosti ter pravico do obrambe. Ni mogoče dovolj poudariti, kako pomembno je, da Ustavno sodišče RS in ESČP ob presoji obravnavanega vprašanje presodita tudi vpliv privilegija na drugi dve temeljni procesni načeli. Nikakor se ne bi smelo pripetiti, da bi sodna praksa z odrekanjem privilegija pravnim osebam nekritično posegla v druga procesna jamstva, ki jih pravne osebe nedvomno uživajo. Mednje, kot je bilo uvodoma že navedeno, na prvo mesto uvrščam pravico do učinkovite obrambe v kazenskem postopku. Jasno se je treba zavedati, da odrekanje privilegija na povsem teoretični ravni v realnosti kazenskega postopka pomeni prisilitev obdolžene pravne osebe in s tem njenih zastopnikov k izjavljanju ter posledično denarno kaznovanje zaradi opustitve samoobdolževanja.

Von Freier poskusi s teorijo krivde podati celovit odgovor. Sama menim, da sicer daje teoretično konsistenten odgovor, zlasti če jo absolutiziramo v smislu odločbe *Hale proti Henkel*, vendar pa je ne sprejemam kot argumentacijsko sprejemljivo.

Teorija krivde predpostavlja, da je posameznik upravičen do varstva avtonomne volje zato, ker le tako družba lahko doseže legitimnost ponovne vzpostavitve prava. Pri tem izhaja s stališča, da ta pravila vnaprej sprejme skupnost, ki jo sestavljajo potencialni obdolženci v kazenskem postopku. Ti se tako avtonomno odrečejo svoji svobodi (v najširšem smislu) – legitimno vnaprej, in to svojo voljo udejanjijo z normami, to je kazenskim materialnim in procesnim pravom. Ker pravna oseba te konstitutivne moči nima, nima niti pravice legitimizirati izid svoje kazenske obsodbe.

Ista skupnost fizičnih oseb pa kljub temu v zadnjih desetletjih s svojo normativno močjo podeljuje osebam, ki jih je prek nje ustvarila, to je pravnim osebam, pravico legitimizirati kazensko obsodbo s priznavanjem človekovih pravic z naravo procesnih jamstev.

Če naj pravna oseba kot derivativni subjekt ne bi imela originalne pravice legitimizirati samoobsodbo, potem ni mogoče pojasniti, zakaj fizične osebe prek normativne dejavnosti to svoje originalno upravičenje vendarle podeljujejo tudi pravnim osebam.⁷⁹

⁷⁹ Res je, da bi bila ta dilema bolj upravičeno naperjena v smeri argumentacije odločbe *Hale proti Henkel* in manj zoper teorijo krivde. Slednja namreč legitimizacijo utemeljuje izključno z avtonomnim voljnim razpolaganjem in vprašanje, ali bi lahko enako zaključili tudi za obrambo, vendarle ostaja brez odgovora.

Geneza procesnih jamstev, ki se kaže v obravnavanih odločbah vse do *Societe Colas Est* in ne nazadnje *Wieser in Bicos Beteiligungen GmbH proti Avstriji*, ni sama zase nič posebnega, vprašanje pa je, kaj je njeno gonilo. Kaj je tisto »nezapisano«, kar se manifestira v stališčih ESČP, ki pravni osebi priznava procesna jamstva? In najpomembneje – ali je to razlog, ki bi lahko bil odločilen, ko se bo odločalo o »priznavanju« privilegija osebi, ki ga morebiti originarno nima?

Ni dvoma, da je privilegij zoper samoobtožbo po svojem izvoru varstvo posameznika pred potencialnim dokaznopравnim razpolaganjem, ki bi nasprotovalo njegovemu procesnemu interesu. Danes v svojem procesnem smislu funkcionira drugače, kot načelo kazenskega postopka, ne kot individualiziran procesni institut. Ni pa se spremenilo samo bistvo privilegija, to je varovanje pred potencialno silo države pri pridobivanju dokaznopравno relevantnega izjavljanja od obdolženega, četudi se je, kot rečeno, to bistvo razprostrlo vse do prave procesne avtonomije obdolženega subjekta.

Če se vrnem k teoriji krivde, po mojem mnenju Von Freier ne upošteva dejstva, da legitimeteta kazenske obsodilne sodbe ni odvisna le od vnaprejšnjega konsenza potencialnih obdolžencev k njenemu učinkovanju, če se izpolnijo dogovorjeni pogoji.

Kazensko procesno pravo, kot sam ugotavlja, preprečuje materialnemu, da bi se samouresničevalo z zagotavljanjem popolne avtonomije obdolženca. Vendar pa tudi tako, da varuje voljo kot podstat avtonomnega razpolaganja pred nedopustnim vplivanjem države v konkretnem postopku.

Von Freier priznava potrebo po pravi in popolni avtonomnosti obdolženca in tudi nujnost avtonomne volje obdolženega za doseganje legitimnosti kazenske obsodbe. Z navedenim se lahko strinjam.

Ne strinjam pa se z njegovo izpeljavo, da je odveč varovati voljna dokaznopравna razpolaganja pravne osebe, ker ta ne more stremeti k legitimni kazenski obsodbi.

Zupančič meni, da je »privilegij zoper samoobtožbo ... temeljni sine qua non racionalnega kazenskega postopka v čistem pravno-tehničnem in logično-doslednem smislu te besede. Če pravo dopusti reverzijo k sili, kot sredstvu za izpovedbo zoper samega sebe v pravnem postopku (kazenskem ali pravnem), je to subverzija osnovnega namena vsega pravnega, katerega namen je prav nasproten.«⁸⁰

Zupančičevo stališče pokaže procesni vidik nujne legitimetete kazenske (ob)sodbe, ki temelji na prepovedi zatekanja države k očitnemu nepravu z na-

⁸⁰ B. M. Zupančič, v: L. Šturm, nav. delo, str. 318.

menom, da doseže kazensko obsodbo. Reverzija k sili zoper voljo obdolženca je prepovedana enako – ne glede na subjekt, zoper katerega je sila usmerjena.

Interes legitimnega kazenskega procesa in sodbe *ni (le) individualiziran interes obdolženca* v konkretnem kazenskem postopku, temveč interes skupnosti, ki, kot navaja Zupančič, odklanja reverzijo k sili kot fundamentalno zanikanje prava. Takšen interes bo za posameznika značilen, preden bo zoper njega naperjena kazenska obtožba, kasneje pa ga bo izrinil opisani individualizirani procesni interes po oprostilni ali zavrnilni sodbi.

Zaključek, da je obsodba pravne osebe lahko posledica prisilnega oziroma neavtonomnega izjavljanja v kazenskem postopku, ker pravna oseba nima pravice do legitimne samoobsodbe, zato ne prepriča. Legitimnost kazenske obsodbe, ki se dosega z zagotavljanjem popolne avtonomnosti dokaznopravno relevantnih procesnih razpolaganj obdolženca, je interes skupnosti fizičnih oseb, ki ne more privoliti v kaznovanje kot posledico manipuliranja z voljnim izjavljanjem obdolženega, ne glede na to, kdo obdolženec je.

Še drugače – subverzija k sili zoper voljo obdolženega mora biti prepovedana zaradi interesa skupnosti, da kogarkoli kaznuje po postopku, v katerem je bila njegova volja predmet prisiljenja ali manipulacije. Praktično to pomeni razumevanje privilegija kot objektiviziranega standarda, ki ne varuje obdolženca zoper silo, temveč varuje voljo vsakega obdolženega subjekta v postopku z naravo kazenskega postopka *zaradi kolektivnega interesa skupnosti*. Namen varstva s privilegijem pa je, da se zagotovi izid kazenskega postopka, ki ni oprt na prisilno ali manipulativno vplivanje na obdolženi subjekt. Le tak interes je po moji oceni sprejemljiv kolektivni interes skupnosti, ki procesna jamstva z naravo človekovih pravic v kazenskem postopku sprejema kot civilizacijski dosežek.

5. SKLEP

Odrekanje privilegija zoper samoobtožbo pravni osebi bi v praksi pomenilo nič drugega kot dopustitev sile zoper eno ali več fizičnih oseb, ki bodo zastopniki pravne osebe v kazenskem postopku in bodo le njena fizična manifestacije varovane volje v kazenskem postopku, npr. z režimom zaslišanja priče. Posebej se obravnavajo⁸¹ različni položaji z vidika pravil zastopanja pravnih oseb glede na možne kombinacije procesnih položajev v kazenskem postopku.

Morebitna presoja Ustavnega sodišča RS in odločitev ESČP bosta za slovenski pravni prostor podali končno avtoritativo odločitev. Po mojem mnenju je

⁸¹ Z. Đurđević, nav. delo, str. 760 in 761.

ključno dvojje. Prvič, nujno bi morali presoјati vprašanje priznavanja privilegija pravnim osebam tudi z vidika vpliva na pravico do obrambe ali natančneje, ali pravica do obrambe ob odrečenem privilegiju sploh lahko obstaja v smislu standardov 29. člena Ustave RS in 6. člena ESČP. In drugič, z visoko stopnjo občutljivosti ter predvsem kritičnosti in odkritosti je treba razmisliti, koliko stališča o obravnavanem vprašanju zaznamuje večja dojemljivost za bolj »civilizirane« oblike sile, kot sta na eni strani denarno kaznovanje in na drugi odtujenost od posledic sile, ker je ta naperjena zoper abstrakten subjekt, kot je pravna oseba.

Ta dva argumenta manj opazno zaznamujeta razpravljanje o obravnavanem vprašanju in morebiti povzročata tudi občutek, da lahko argumentacija kaj hitro postane orodje utemeljevanja že oblikovanega stališča, ki ga narekuje želja po »učinkovitosti pregona«.

Literatura

- Pascal Berghe in Anthony Dawes: Little Pig, Little Pig, Let Me Come In: An Evaluation of the European Commission's Powers of Inspection in Competition Cases, v: *European Competition Law Review*, 30 (2009) 9, str. 407–423.
- Zlata Đurđević: Pravna osoba kao okrivljenik: temeljna prava i predstavljanje, v: *Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu*, 12 (2005) 2.
- Alojzij Finžgar: Osebnostne pravice. Slovenska akademija znanosti in umetnosti, Ljubljana 1985.
- Primož Gorkič: Razpravna sposobnost obdolženca v kazenskem postopku, v: *Zbornik znanstvenih razprav, GV. Založba*, Ljubljana 2011, letnik LXXI.
- Štefan Horvat: *Zakon o kazenskem postopku s komentarjem*. GV. Založba, Ljubljana 2004.
- P.H.P.H.M.C. van Kempen, Human Rights and Criminal Justice Applied to Legal Persons. Protection and Liability of Private and Public Juristic Entities under the ICCPR, ECHR, ACHR and AfChHPR, *Electronic Journal of Comparative Law*. 14.3 (2010) <www.ejcl.org/143/art143-20.pdf> (27. 5. 2013).
- Nina Plavšak (ur.) in drugi: *Obligacijski zakonik s komentarjem*, 2. knjiga. GV. Založba, Ljubljana 2003.
- Marijan Pavčnik: *Teorija prava – prispevek k razumevanju prava*, 2. izdaja. Cankarjeva založba, Ljubljana 2001.
- Vassilios Skouris: Sprejetje zavezujočega kataloga pravic za Evropsko unijo: je sožitje treh vzporednih sistemov varstva temeljnih pravic mogoče?, govor z dne 18. decembra 2009.
- Lovro Šturm: *Komentar Ustave Republike Slovenije*. Fakulteta za podiplomske državne in evropske študije. Brdo 2002.
- Katja Šugman Stubbs: *Dokazne prepovedi v kazenskem postopku*. Bonex, Ljubljana 2002.
- Torsten Verrel: *Die Selbstbelastungsfreiheit im Strafverfahren. Ein Beitrag zur Konturierung eines überdehnten verfahrensgrundsatzes*. C. H. Beck, München 2001.
- Friedrich von Freier: Selbstbelastungsfreiheit für Verbandspersonen?, v: *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 122 (2010) 1, str. 117.

TRAJANJE PRAVDNEGA POSTOPKA, KONČANEGA PRED PRAVDNIM ODDELKOM OKROŽNEGA SODIŠČA V LJUBLJANI, V LUČI LUKENDE¹

France Ocepek,

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

Marko Pahor,

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

1. UVOD

V sodobni slovenski družbi je pred časom začel postajati vse bolj opazen problem sodnih zaostankov, dramatični vrhunec pa je dosegel s sodbo Evropskega sodišča za človekove pravice v zadevi *Lukenda proti Sloveniji* z dne 6. oktobra 2005, ki je državi Sloveniji zaradi predolgega sodnega postopka v pravnem postopku iz civilnega pravnega razmerja naložilo plačilo odškodnine. Že decembra 2005 je bil sestavljen operativni projekt Lukenda,² po katerem naj bi država preoblikovala svoj pravni sistem v smeri časovno bolj učinkovitega pravosodnega sistema. S tem se sodna veja oblasti, ki je v vsakem demokratičnem sistemu zadnja stopnica, na kateri se ugotavlja pravičnost prek ustave in zakonov, prvič resneje ukvarja z vprašanjem dejanskega poteka sodnega procesa. Pozni odziv na dolgotrajno reševanje sporov pred slovenskimi sodišči je posledica narave pravniškega razmišljanja, ki se vse od študija na fakulteti ukvarja večinoma le s percepcijo pravične rešitve, pri čemer pravnik zanimajo dejavniki reševanja spora le toliko, kolikor so zapisani v zakonih.

¹ Prispevek temelji na magistrskem delu, ki ga je France Ocepek pod mentorstvom soavtorja dr. Marka Pahorja uspešno zagovarjal 10. marca 2011. Glej F. Ocepek, nav. delo.

² Ministrstvo za pravosodje RS, nav. delo.

Namen članka je ugotoviti, kolikšen je transakcijski (najaktualnejši in najočitnejši je časovni) strošek subjektov, ki želijo v pravdi doseči pravico po pogajalskem pat položaju z nasprotno stranjo. Članek osvetljuje učinek *law in action*, ki ga imajo slovenski pravdni postopek in civilne pravice, ki se izpolnjujejo v njegovem okviru. Ta angleška besedna zveza v pravni stroki počasi postaja *terminus technicus*. Izvira iz članka ameriškega sociologa prava Roscoeja Pounda z naslovom *Law in Books and Law in Action*.³ Pomeni pravo, kakršno se (ne) uresničuje v realnem življenju, v nasprotju z *law in books*, ki je pravo, zapisano v zavezujočih pravnih normah in razloženo v pravni teoriji, pri čemer pa ni znano, ali ga pravni naslovljenci res uporabljajo oziroma kako ga uresničujejo. Statistična podlaga za pridobivanje podatkov je vzorec leta 2007 arhiviranih sodnih spisov pravnega oddelka Okrožnega sodišča v Ljubljani. Meje raziskovanja so torej začrtane z mikроеlementi posameznega civilnega spora, ki je prerasel v formalizirani pravdni postopek. Leto 2007 je bilo izbrano kot točka časovnega preloma glede na projekt Lukenda, saj je bila leto pozneje sprejeta obsežna novela pravnega zakona in spremenjeni so bili predpisi o sodnih taksah in odvetniških tarifah. V raziskavi je bilo spremljano delo Okrožnega sodišča v Ljubljani in tudi Višjega sodišča v Ljubljani ter Vrhovnega sodišča RS, če so stranke v sporu vložile ustrezna pravna sredstva.

Na področju kazenskega postopka je bila za slovenski prostor že izpeljana obsežna raziskava Bošnjaka in drugih,⁴ ki je razgrnila nekatere detajle pri poteku kazenskih postopkov, med drugim časovni vidik. Znanstveno neraziskan pravdni sodni postopek, v katerem stranke pred sodiščem uveljavljajo svoje civilne pravice, enako omogoča, da se statistično spremlja pot avtonomnih subjektov, ki v okviru svoje omejene racionalnosti iščejo pot k pravici. Komunikacijski medij je sodni sistem, v katerem se na podlagi statističnega vzorca v raziskavi ugotavlja časovni vidik reševanja spora s klasičnega civilnega področja, v katerem lahko načeloma vsi sami prostovoljno urejajo svoja razmerja. Tako se ugotavlja časovna (ne)učinkovitost slovenskega sodstva na vzorčnem primeru za leto 2007 arhiviranih spisov pravnega oddelka Okrožnega sodišča v Ljubljani, ki je največji tovrstni oddelek v državi.

Raziskovalna vprašanja so razvrščena v dva sklopa:

1. V prvem ugotavljamo, kakšni so statistični parametri osnovnih pravnih dejavnikov (vrste spora po materialnopravnem temelju, vrednosti spora, strukture strank), kakšna je aktivnost sodišča pri opravi narokov in izdaji končnih odločb ter kakšna je aktivnost strank (pisne vloge in dokazna sredstva), pri čemer posebej opazujemo prisotne pogajalske elemente. Prvi

³ R. Pound, nav. delo.

⁴ M. Bošnjak in drugi, nav. delo.

sklop vsebuje neodvisne spremenljivke za nadaljnji statistični preizkus povezanosti s trajanjem postopka.

2. V drugem preverjamo vplive primarnih dejavnikov spora (vrsta, vrednost in stranke), narave odločanja (oprava prvega naroka za glavno obravnavo, število stopenj odločanja in vrste končne sodne odločbe) ter aktivnosti strank (dolžina vlog, dolžina izvedenskih mnenj in dolžina zaslišanj na narokih) na dolžino pravnega postopka na prvi stopnji oziroma na trajanje celotnega sodnega spora.

2. SLOVENSKO SODNO OKOLJE V LUČI PRAVICE DO SOJENJA V RAZUMNEM ROKU – ZADEVA LUKENDA

Prvi odstavek 6. člena (pravica do poštenega sojenja) Evropske konvencije o varstvu človekovih pravic in temeljnih svoboščin (v nadaljevanju EKČP) med drugim določa: »Vsakdo ima pravico, da o njegovih civilnih pravicah in obveznostih ali o kakršni koli kazenski obtožbi zoper njega pravično in javno ter v razumnem roku odloča neodvisno in nepristransko z zakonom ustanovljeno sodišče.« Smiselno enake določbe vsebuje Ustava RS v prvem odstavku 23. člena, le da namesto termina razumni rok uporablja besedno zvezo »brez nepotrebnega odlašanja«. Pravica do sojenja v razumnem roku (brez nepotrebnega odlašanja) se lahko v grobem definira kot težnja po zmanjševanju administrativnih (transakcijskih) stroškov, ki se najbolj izražajo v časovni dimenziji z naraščanjem stroškov v odvisnosti od časa postopka.

Evropsko sodišče za človekove pravice (ESČP) je v obširni judikaturi pravico do sojenja v razumnem roku definiralo kot sodno odločanje brez zavlačevanja, ki bi lahko ogrozilo njegovo verodostojnost in učinkovitost.⁵ Zagotovitev pravice do sojenja v razumnem roku pa je odgovornost vseh treh vej oblasti v državi pogodbenici EKČP. ESČP lahko presoja kršitev te pravice že pred zaključkom postopka, saj konvencijske kršitve niso omejene le na pravne akte.⁶ Razumni rok je po praksi ESČP relativna doba, ki ni odvisna le od ugotovitve absolutnega trajanja postopka, ampak tudi od okoliščin vsakega konkretnega primera.⁷ Za presojo okoliščin konkretnega primera so oblikovani kriteriji: zapletenost zadeve, ravnanje državnih oblasti, ravnanje stranke (tj. pritožnika ESČP) in pomen zadeve za stranko.

⁵ A. Galič, nav. delo, str. 339.

⁶ Prav tam, str. 342.

⁷ Prav tam, str. 342.

Zapletenost zadeve je lahko odvisna od zahtevnosti dejanskih oziroma pravnih vprašanj.⁸ Zgolj večja dolžina pravnega spisa še ne dokazuje zapletenosti postopka.⁹

Pri neprimernem ravnanju državnih oblasti se pri odgovornosti za zamude upoštevata dva dodatna kriterija: neprimerno postopanje sodišča v konkretnem primeru in objektivno stanje zaostankov na sodišču, zaradi katerih konkretna zadeva ni mogla biti pravočasno obravnavana.¹⁰ Izgovarjanje na splošno preobremenjenost sodišč po praksi ESČP ni argument, ki bi opravičil dolgotrajnost sodnega postopka.¹¹ Država sicer ne odgovarja za začasno povečanje pripada zadev, ki povzročijočasne zaostanke, če se primerno odzove. Če pa postanejo zaostanki sistemski problem, se mora odzvati npr. z dodelitvijo novih sodnikov in strokovnega osebja oziroma s širšo (procesno) zakonodajno reformo.¹²

Pri ravnanju pravdne stranke (pritožnika ESČP) se preverja, ali je ravnala s potrebno skrbnostjo – torej njen morebitni prispevek k pretirani dolgotrajnosti postopka. Stranki sami po sebi ni mogoče očitati, da je z vlaganjem pravnih sredstev podaljševala postopek, enako pa velja za državo, da z daljšim postopkom zaradi uvedbe možnosti instančne presoje ni avtomatično odgovorna za daljši postopek. Vendar mora država tudi za odločanje na višjih stopnjah zagotoviti razumen rok trajanja postopka.

Po določitvi vpliva okoliščin na (ne)razumnost dolžine postopka ESČP sprejme odločitev o odgovornosti države, pri čemer po novi praksi (zadeva *Kudla*) ESČP pri odločanju upošteva, ali država v skladu s 13. členom EKČP zagotavlja učinkovito pravno sredstvo za zagotovitev pravice do sojenja v razumnem roku. Ni dovolj,¹³ da država zagotovi teoretično varstvo, ampak mora biti to učinkovito tudi v praksi (angl. *law in action*). Zgolj naknadna možnost sankcioniranja kršitve prek odškodnine ne zadošča.¹⁴

2.1. Sodni zaostanki v Sloveniji

Sodni zaostanki imajo najgloblje korenine v devetdesetih letih prejšnjega stoletja,¹⁵ ko je bilo število vseh rešenih zadev konstantno (od leta 1990

⁸ Prav tam, str. 343.

⁹ Prav tam, str. 344.

¹⁰ Prav tam, str. 345.

¹¹ Prav tam, str. 347.

¹² Prav tam, str. 348.

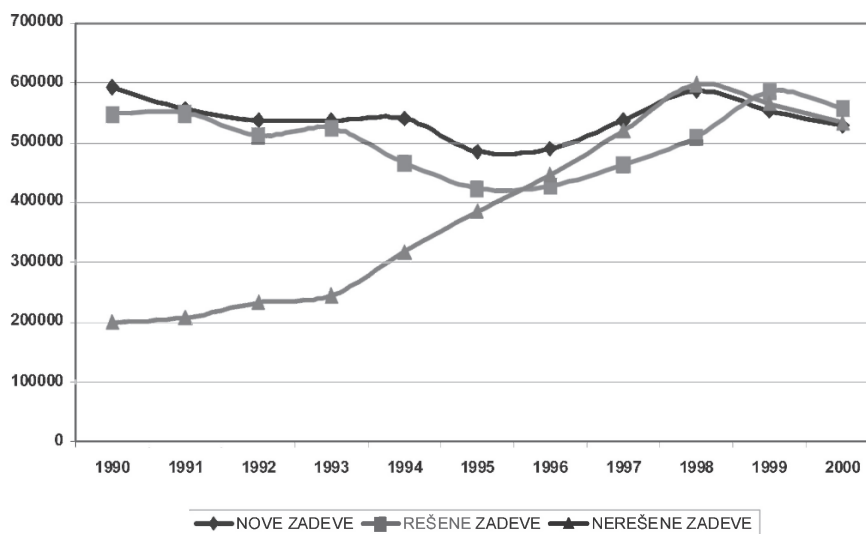
¹³ Prav tam, str. 359.

¹⁴ Prav tam, str. 361.

¹⁵ Vlada RS in Vrhovno sodišče RS, nav. delo.

do vključno leta 1998) manjše od števila novih zadev, kar je bilo še posebej značilno za pomembnejše (slika 1) med vsemi zadevami, kamor spadajo tudi klasične pravdne zadeve, ki so predmet raziskave. Leta 1994 je tako prišlo do preboja, po katerem je bilo število nerešenih zadev pri pomembnejših zadevah večje od pripada (to pomeni tudi povprečno podaljšanje reševanja, tako da je trajalo nad eno leto), kar je veljalo vse do leta 2005, ko je bilo število nerešenih zadev spet manjše od števila novih in rešenih zadev. Pri tem velja poudariti, da je bilo novih zadev v letih 1990–2000 vedno manj, pri čemer pa je upadala sodna storilnost. To je najbolj opazno v letih 1994–1998, kar sovpada s sodno reorganizacijo.

Slika 1: Gibanje števila pomembnejših zadev v RS v letih 1990–2000



Vir: Vlada RS, Vrhovno sodišče RS, 2002

V letih 2002 in 2003 je bil pripad vseh zadev na območju Republike Slovenije spet večji od števila rešenih zadev, vendar je pri tem pomemben podatek, da je število vseh pomembnejših prejetih zadev od leta 1999 manjše od števila rešenih zadev, zato se v teh zadevah čas reševanja skrajšuje.

Ker slovensko pravno okolje zaradi omejene družbene percepcije pravičnosti problema sodnih zaostankov ni bilo zmožno rešiti samoiniciativno, je impulz za spremembo prišel od zunaj, s strani bolj objektivnega organa – ESČP. Dne 12. decembra 2005 je država (Ministrstvo za pravosodje RS v sodelovanju z Vrhovnim sodiščem RS in Vrhovnim državnim tožilstvom RS) kot odziv na

sodbo ESČP pripravila operativni delovni načrt za projekt Lukenda,¹⁶ kasneje poimenovan tudi Program za povečevanje učinkovitosti sodstva in odprave sodnih zaostankov,¹⁷ po katerem naj bi bili sodni zaostanki odpravljeni do konca leta 2010. Država je tako svoja prizadevanja prek občutnega povečanja proračuna usmerila v zagotovitev dodatnih prostorov za delo, novih sodelavcev, zakonodajne spremembe in dopolnitve procesnih predpisov in poskuse stimulatívne nagrajevanja zaposlenih.

Primer *Lukenda* pomeni prelom na področju sodnih zaostankov. V tej zadevi je Franjo Lukenda 30. decembra 1998 na Okrajno sodišče v Celju proti zavarovalnici vložil civilno tožbo za povečanje invalidnine na podlagi izvedenskega mnenja.¹⁸ Na ESČP pa je 30. maja 2002 vložil pritožbo proti Sloveniji zaradi kršitve pravice do sojenja v razumnem roku. Po dobrih sedmih mesecih (25. septembra 2002) je bil opravljen narok, na katerem je sodišče končalo glavno obravnavo, sodbo pa je tožnik prejel 30. decembra 2002 – natančno štiri leta od začetka postopka (dobre tri mesece po koncu glavne obravnave). 31. decembra 2002 je vložil pritožbo, pritožila pa se je tudi zavarovalnica. Višje sodišče v Celju je 19. februarja 2004 tožnikovi pritožbi deloma ugodilo in invalidnino zvišalo – s tem je odločba postala pravnomočna. Tožnik je 8. aprila 2004 (pet let, tri mesece in devet dni po vložitvi tožbe) prejel pravnomočno sodbo.

ESČP je 15. septembra 2005 izreklo sodbo v zadevi *Lukenda proti Sloveniji* (izdana je bila 6. oktobra 2005), v kateri je pritožniku iz naslova pravičnosti prisodilo 3.200 evrov za nastalo nepremoženjsko škodo, ker sta mu bili prekršeni pravica do sojenja v razumnem roku (prvi odstavek 6. člena EKČP) in pravica od učinkovitega pravnega sredstva za zagotovitev te pravice (13. člen EKČP). Prvi obsodbi Republike Slovenije zaradi kršitve pravice do sojenja v razumnem roku so sledile številne nove obsodbe iz istega razloga. ESČP je razsodilo, da tedaj obstoječa pravna sredstva (upravni spor, nadzorstvena pritožba, ustavna pritožba in možnost naknadnega zahtevanja odškodnine) ne nudijo *de facto* učinkovitega varstva glede sojenja v razumnem roku niti posamično niti skupno. Sodišče je presodilo, da sama postavitev izvedenca ne zadostuje za ugovor, da je šlo za izjemno zapleteno zadevo, zaradi česar bi lahko postopek na prvi stopnji tekel kar štiri leta. Sloveniji je bilo naloženo, da z ustreznimi pravnimi ukrepi zagotovi pravico do sojenja v razumnem roku.

V času odločanja v zadevi *Lukenda proti Sloveniji* so lahko stranke pravnega postopka vložile tožbo v upravnem sporu zaradi kršitev pravice do sojenja v razumnem roku. Upravna sodišča so v primerih, ko so ugotovila kršitev, stranko napotila k pravdi glede odškodnine zaradi kršitve pravice do sojenja v

¹⁶ Ministrstvo za pravosodje RS, nav. delo.

¹⁷ Vlada RS, nav. delo.

¹⁸ Evropsko sodišče za človekove pravice, nav. delo.

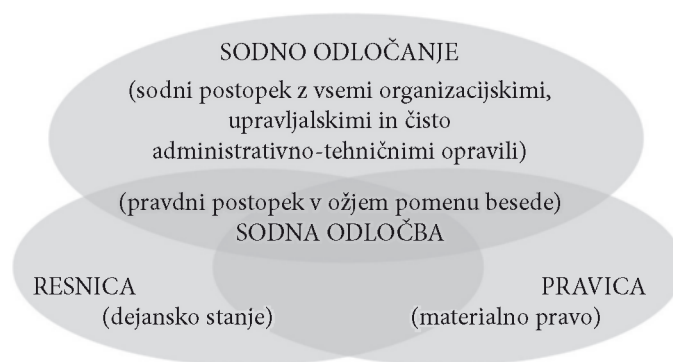
razumnem roku, če jo je izrecno zahtevala že v upravnem sporu. Absurdnost slovenskega pravnega sistema pa se je do skrajnosti izkazala v odškodninskem sporu, ko tožnik ni mogel uspeti, saj po mnenju slovenske pravne teorije in prakse zaradi t. i. *numerus clausus* vrst nepremoženjske škode po Obligacijskem zakoniku (OZ)¹⁹ nepremoženjska škoda zaradi sojenja v nerazumnem roku ni zajeta med vrste škode po OZ. ESČP v zadevi *Lukenda proti Sloveniji* sicer navaja dva primera, ko je bila odškodnina dosojena, vendar gre pri tem dejansko za odstop od ustaljene sodne prakse Vrhovnega sodišča RS.

3. SODNO RAZREŠEVANJE CIVILNEGA SPORA Z IZVIRNIMI IN IZVEDENIMI PRAVDNIMI DEJAVNIKI

3.1. Teoretični oris pravnega postopka

Na pravdni postopek se lahko gleda predvsem kot na sredstvo za varstvo materialnih pravic,²⁰ pri čemer naj bi bil pravdni postopek oblikovan tako, da bi minimiziral vsoto stroškov sodniških napak in stroškov delovanja procesnega sistema.²¹ Stranke in sodišče pri iskanju rešitve spora vlagajo (materialna in nematerialna) sredstva v odkrivanje resnice (dejansko stanje) z zatrjevanjem dejstev in dokazovanjem, predstavljajo (svoje plati) pravične in učinkovite rešitve z navajanjem in razlaganjem materialnega prava. Glede na aktualno družbeno sprejemljiv rezultat pravde bi morala biti vsota vseh vložkov znotraj in zunaj formalnega sodnega procesa čim manjša, da bi lahko govorili o ekonomsko učinkovitem reševanju civilnih sporov.

Slika 2: Glavni elementi sodnega odločanja v pravdi



¹⁹ Ur. l. RS, št. 97/07 – UPB1 in 20/10.

²⁰ A. Galič, nav. delo, str. 69.

²¹ R. A. Posner, nav. delo, str. 599.

Stranke se po teoriji ekonomske analize prava odločijo za reševanje spora s posredovanjem sodišča,²² ko tožnik v sodnem postopku zase pričakuje večji iztržek, kot ga zanj pričakuje toženec (tožnikova pričakovana vrednost ugoditve tožbenemu zahtevku je višja od toženčeve pričakovane vrednosti odgovornosti). Stranki sta tako relativno optimistični glede uspeha v pravdi, ob tem pa se o končnem sodnem uspehu vsaj ena moti, kar je lahko posledica asimetrije informacij oziroma posameznikove neracionalnosti. Cooter in Ulen za dejanja v poravnalni fazi pred sojenjem (glavno obravnavo) poudarjata,²³ da pravila za razkritje informacij omogočajo, da se optimizem nasprotne strani popravi, kar olajša sklenitev poravnave. Stranki namreč samodejno poskušata zadržati (enako velja tudi za samo sojenje) podatke, ki bi popravili relativni optimizem nasprotnika, in razkrivata podatke, ki potrjujejo njun posamični optimizem, saj je to v korist njunemu pogajalskemu položaju. S tem pa zmanjšujeta verjetnost sojenja; če se namreč manj informiranemu razkrijejo informacije, ki so zanj ugodne, bi to popravilo njegov relativni optimizem in zmanjšalo možnost sklenitve poravnave (razkrivajo pa se le zanj negativne informacije). V našem pravnem sistemu se lahko Cooterjeve in Ulenove ugotovitve deloma prenesejo na formalizirano izmenjavo pisnih aktov: tožbe in odgovora na tožbo ter pripravljalnih vlog pred glavno obravnavo, v katerih so stranke dejansko prisiljene razkriti informacije.

Z vložitvijo tožbe se vzpostavi procesno razmerje med tožnikom in sodiščem, z vročitvijo tožbe tožencu, s čimer tudi formalno začne teči pravda, pa pride do tristranskega razmerja med strankama in sodiščem.²⁴

Materialnopravno pa je ključen časovni trenutek vložene tožbe, ko se pretrgajo zastaralni roki, ki med pravdo ne tečejo, tako da je tožnikova terjatev ob neobstoju absolutnih zastaralnih rokov varovana ne glede na dejansko dolžino pravnega postopka.

3.2. Raziskovalni model z odvisno spremenljivko – časom in dejavniki spora kot neodvisnimi spremenljivkami

Pri trajanju sta globalno gledano dve pomembni točki, in sicer zaključek postopka na prvi stopnji sojenja in celotno trajanje postopka, ki je enako trajanju prvoinstanjskega postopka, če nista bila vložena pritožba ali izredno pravno sredstvo. Za raziskovanje trajanja postopka kot odvisne spremenljivke so dejavniki spora razvrščeni v tri skupine, ki so bile nato v raziskavi v treh regresij-

²² R. Cooter in T. Ulen, nav. delo, str. 349–350.

²³ Prav tam, str. 351–352.

²⁴ L. Ude, nav. delo, str. 207.

skih modelih uporabljene kot neodvisne spremenljivke za preverjanje značilnega vpliva na trajanje postopka:

- primarni (originarni) dejavniki spora so vrste spora po temelju, vrednosti spora in strankah v zadevi. Prvinskost teh pojavov je utemeljena s tem, da so znani že s tožbenim aktom. Tožbeni akt razkriva sporno (pogajalsko) razmerje, navedeni elementi pa ga začitajo na točki preskoka iz neformalnega v institucionalizirano pogajanje;
- aktivnost strank (izvedeni dejavnik) je aktivnost tožnika in toženca po vloženih tožbi. Predstavlja navedbe v vlogah in izvedene dokaze na obravnavi;
- aktivnost sodišča (izvedeni dejavnik) se najbolj izraža z vodenjem glavne obravnave na naroku in pri izdaji končnih odločb.

3.2.1. Primarni dejavniki spora

Izvedena raziskava daje vpogled le v materialnopravne (navzven realne) vzroke za propad pogajanj (vrh ledene gore), medtem ko nerealni in subjektivni razlogi ostajajo pod površjem. Po materialnem temelju se pravde delijo na tri glavne vrste:²⁵

- lastninsko pravo, ki ureja nastanek in definicijo lastninskih (stvarnih) pravic – to so pravice izključne uporabe vrednih virov;
- pogodbeno pravo, ki ureja omogočanje prostovoljnega premika lastninskih pravic k tistim, ki jih najbolj cenijo;
- odškodninsko pravo, ki ureja varstvo lastninskih pravic in pogodbenih zavez.

Lastninska pravica je v ekonomski analizi prava mišljena širše kot običajna stvarnopravna lastninska pravica:

»Generalno rečeno so lastninske pravice definirane kot kakršnakoli pravna norma, ki regulira alokacijo oblasti nad uporabo dobrine.«²⁶

Zato v raziskovalno kategorijo lastninskega prava poleg klasičnih stvarnopravnih pravnih pravnih uvrščamo še spore s področja dednega prava (prenos lastnine po smrti imetnika), avtorskega prava (zaščita intelektualne lastnine), denacionalizacijske spore (vrnitev lastnine, odvzete s podržavljanjem) in napotitvene pravde iz izvršilnega postopka (o spornem lastništvu stvari v izvršbi).

3.2.2. Aktivnost strank

Tožba je osnovno procesno dejanje, formalizirana pogajalska ponudba, o kateri odloči tretji – sodišče, če se toženec med pravdo ne premisli oziroma tožnik

²⁵ R. A. Posner, nav. delo, str. 35.

²⁶ K. Mathis, nav. delo, str. 52.

ne popusti. Je posredno procesno dejanje, saj šele sproži aktivnost sodišča, ki tožbo vroči tožencu, če so podane procesne predpostavke. Neposredno pa učinkujejo npr. umik tožbe ali pravnega sredstva in sodna poravnava.²⁷ Tožba mora imeti sestavine kot vsaka vloga, določen zahtevek glede glavne stvari in stranskih dajatev (zamudne obresti, stroški postopka), dejstva, na katera tožnik opira zahtevek, in dokaze, s katerimi se ta dejstva ugotavljajo. Če predmet tožbenega zahtevka ni denarni znesek, mora tožnik v tožbi navesti tudi vrednost spornega predmeta, s čimer se lahko razmeji pristojnost okrajnega in okrožnega sodišča, poleg tega pa ima vrednost spora stroškovne učinke na višino sodnih taks in sodno priznanih stroškov za odvetniško zastopanje.

Odgovor na tožbo je prvo procesno dejanje toženca, s katerim lahko nasprotuje tožnikovim trditvam in predlaga svoje nasprotne dokaze. Pomeni toženčevo pogajalsko protiponudbo, o njeni utemeljenosti pa mora odločiti sodnik hkrati s presojo o utemeljenosti tožbenega zahtevka.

V praksi zelo pogoste pripravljalne vloge, ki se pošiljajo prek sodišča pred in med naroki za glavno obravnavo, so naslednji komunikacijski medij strank, prek katerega stranke enako kot v tožbi in odgovoru na tožbo zatrjujejo dejstva, predlagajo dokaze in izražajo svoja pravna naziranja. Zatrjevanje dejstev in predlaganje dokazov pa sta omejeni na termin prvega naroka za glavno obravnavo.²⁸ Najpozneje tedaj lahko stranke izkoristijo to svojo pravico, po tem pa le, če tega niso mogle brez svoje krivde navesti že na prvem naroku (lat. *ius novorum*).

Zaradi načela neposrednosti se sicer dokazi izvajajo na glavni obravnavi, vendar stranke praviloma podajajo dokazne predloge za zaslišanje strank in prič, postavitve izvedencev in prilagajo dokazne listine že v pisnih vlogah pred prvim narokom za glavno obravnavo (in tudi med naroki).

Ko sodišče izda končno sodbo oziroma sklep, imajo stranke ustavno zagotovljeno pravico do pritožbe (25. člen Ustave RS). Stranke proti pravnomočnim odločitvam sodišča lahko vlagajo tudi izredna pravna sredstva (tipična je revizija na Vrhovnem sodišču).

3.2.3. Aktivnost sodišča

Glavno procesno dejanje sodišča je sodba, s katero se odloči o utemeljenosti tožbenega zahtevka, oziroma sklep, s katerim se zaradi pomanjkanja procesnih predpostavk postopek konča.²⁹ Z izrekom sodbe sodišče odloči o utemeljeno-

²⁷ L. Ude, nav. delo, str. 187.

²⁸ Prav tam, str. 283.

²⁹ Prav tam, str. 189.

sti tožbenega zahtevka in stranskih dajatev. Odločanje o pravnih sredstvih na višjih stopnjah je praviloma sejno brez ustnega obravnavanja. Namen pritožbene preverbe prvostopenjske odločitve pa je v zmanjšanju stroškov napačnih odločitev,³⁰ čeprav to obenem povzroči nove administrativne stroške. Institut pravnomočnosti izključuje nadaljnje razpravljanje o spornem razmerju ter hkrati stranke in sodišče veže na sprejeto odločitev.³¹

Sodišče prve stopnje z materialnim procesnim vodstvom glede na navedbe strank in pravno podlago, ki je predvsem breme raziskovanja sodišča, izvaja predlagane dokaze ter stranke po načelu o odprtem sojenju usmerja, da dopolnijo navedbe o odločilnih dejstvih. Sodišče v okviru formalnega procesnega vodstva določa zunanji potek postopka (tudi pri tem ni vezano na sklep, ki se nanaša na vodstvo obravnave) – datume narokov in vrstni red zaslišanj strank na glavni obravnavi ter izdaja raznovrstne procesne sklepe, ki pa nimajo neposrednega vpliva na vsebinsko odločitev o utemeljenosti.

Izvajanje dokazov je praviloma pridržano za glavno obravnavo, ki naj bi bila načeloma obvezna in koncentrirana (na enem naroku). Če je opravljena na več narokih, se šteje za celoto (načelo enotnosti).

3. STATISTIČNA ANALIZA SODNIH SPISOV PRAVDNEGA ODDELKA OKROŽNEGA SODIŠČA V LJUBLJANI

Raziskava poskuša zapolniti slepo pego slovenskega empiričnega raziskovanja pri učinkih *law in action* v slovenskem pravnem sistemu. Na področju kazenskega procesa so Bošnjak in sodelavci leta 2002 izvedli širšo statistično analizo reševanja kazenskih zadev na podlagi pridobljenega vzorca spisov za celotno državo,³² v kateri se je preverjala povezanost nekaterih dejavnikov glede na trajanje kazenskega postopka. Za delovanje civilnega procesa pa primerljive objavljene analize poteka pravnih postopkov ni. Za predmet raziskave je bil izbran klasični pravdni postopek pred okrožnim sodiščem – ali povedano nekoliko drugače – ne gre za posebne postopke po Zakonu o pravnem postopku (ZPP, Ur. l. RS, št. 26/99). To velja za družinske in gospodarske zadeve, medtem ko se postopka izdaje plačilnega naloga in sklepa o izvršbi na podlagi verodostojne listine obravnavata posredno, če je prišlo do ugovora, saj lahko potem pride do običajne pravde. Pravdni oddelek Okrožnega sodišča v Ljubljani je bil izbran kot največji tovrstni oddelek v Sloveniji.

³⁰ R. A. Posner, nav. delo, str. 643.

³¹ L. Ude, nav. delo, str. 311.

³² M. Bošnjak in drugi, nav. delo.

Začetki raziskovanja segajo v marec 2008, ko se je sledilo pristopu Bošnjaka in sodelavcev³³ ter je bila izvedena pilotska raziskava 30 arhiviranih spisov, izbranih po vrsti spora (tretjina lastninskih, tretjina pogodbenih in tretjina odškodninskih sporov) in tehnični zahtevnosti spisa (izdana sodba po opravljeni glavni obravnavi). Namen predhodne raziskave je bil dobiti dober začetni vtis o pojavih, ki bi jih bilo vredno statistično analizirati, ter pripraviti optimalne vprašalnike, ki bi najbolj ekonomično omogočili zajetje čim večje baze podatkov.³⁴ Januarja 2010 so bile tabele za vnos podatkov pripravljene, da je bilo mogoče preiti na fazo vzorčenja.

Za analizo so bili izbrani arhivirani spisi, ne pa pravnomočne zadeve določenega obdobja, kot jih je izbral Bošnjak s sodelavci. Za tak izbor so trije razlogi:

- dejstvo arhiviranja je najzanesljivejši znak, da je spor zaključen, medtem ko pravnomočnost tega ne zagotavlja zaradi izrednih pravnih sredstev, ki s formalnimi vzvodi lahko podaljšajo institucionalizirana pogajanja o pravični rešitvi,
- obstoječi elektronski vpisnik zaradi nedoslednega zapisovanja datumov pravnomočnosti ne daje zanesljivih podatkov, kdaj je bila pravda pravnomočno končana,
- pri arhiviranih spisih se ne posega v delovni proces pri posamični zadevi, saj morajo biti spisi arhivirani po opravljenih pravnih in administrativnih opravilih.

Februarja 2010 je bil pridobljen seznam arhiviranih zadev za vpisnike P I, P II in P III za obdobje 2000–2009. Treba je opozoriti, da število arhiviranih spisov za posamezno leto pomeni število spisov, ki so bili nazadnje arhivirani tega leta. Če je bil spis kasneje začasno zaradi kakršnegakoli razloga vzet iz arhiva, je evidentiran na novo kot arhiviran v letu, ko je vrnjen v arhiv. V elektronski vpisni bazi namreč ni mogoče iskanje po datumu prvega arhiviranja. Za leto vzorčenja je bil izbran arhiv iz leta 2007. Gre za leto, ki zaradi časovnih zamikov učinkov projekta Lukende na delovanje sodnega sistema (*law in action*) dejansko spada še v obdobje pred tem projektom. Enako bi sicer lahko trdili tudi za leto 2008 in večinoma tudi za leto 2009, če se preverja vpliv reform na učinkovanje pravnega sistema okrožnih sodišč. Vendar je leto 2008 zaradi obsežne (revolucionarne) spremembe ZPP z novelo D ter sprejema novih sodnih in odvetniških tarif leto (normativno zelenega – *law in books*) simboličnega preskoka v obdobje po projektu Lukenda.

³³ Prav tam, str. 28.

³⁴ Vprašalniki s podrobnimi komentarji so priloga magistrskega dela.

Iz elektronskega seznama 2183 arhiviranih zadev za leto 2007 je bilo na enostaven naključni način izbranih 211 spisov (9,6 odstotka arhiva za leto 2007), za katere se je zaprosilo za pregled. Od teh je bilo 209 spisov prejetih 18. 3. 2010, dveh spisov pa ni bilo mogoče pridobiti. Štirje spisi (1,9 odstotka pridobljenega vzorca) so bili naknadno izločeni iz raziskave zaradi nereprezentativnosti.³⁵ Pregled 205 vzorčnih spisov z vpisovanjem podatkov v excelove tabele je trajal do sredine aprila.

Maja je bila s programom SPSS izvedena statistična analiza izbranih podatkov. Pri tem je bil analiziran le manjši del vseh opazovanj, ki pa so najpomembnejša z vidika koncepta članka, saj se ta osredotoča na časovni element v okviru pravnega procesa v odvisnosti od vrste spora in aktivnosti strank in sodišča.

Povprečni pravdni spis v vzorcu sestavlja 82 listovnih števil (strani), ki so vsebovane v 39 procesnih vlogah, in je bil pred zaključkom dodeljen v reševanje 1,7 sodnika prve stopnje (tabela 1). 25 odstotkov spisov ima 52 in več vlog, medtem ko se zadnji kvartil pri listovnih številkah začne pri 112. Za primerjavo naj navedemo, da ima spis v zadevi *Lukenda* 122 listovnih števil v 54 vlogah, tako da ima približno vsaj 25 odstotkov zadev enak ali večji obseg od tega spisa. Pri tem velja še opozoriti, da so priloge tožnika in toženca, ki jih predložita v vlogah ali na narokih, obravnavane pri aktivnosti strank in niso vštete v osnovni obseg spisa.

Tabela 1: Osnovni opisni podatki o spisu – število sodnikov prve stopnje, listovnih števil in število vlog

	Povprečje	Mediana	Stand. odklon	Minimum	Zadnji kvartil	Zadnji decil	Maksimum
Število sodnikov 1. stopnja	1.756	1	1.014	1	2	3	7
Št. listovnih števil	82.312	63	65.138	13	112	158	416
Število vlog	39.093	32	28.303	6	52	71	169

³⁵ Pri P II 128/1997 in P II 249/1997 gre za razvezi, ki spadata med zakonske spore, zato nista uvrščeni med klasične pravde (ti spori spadajo organizacijsko pod vpisnik P IV, ki je bil izvzet iz raziskave). V P I 2533/2006 je tekel spor zaradi izključitve družbenika iz družbe z omejeno odgovornostjo, kar ponovno ni klasična pravda, temveč gospodarski spor (1. točka prvega odstavka 482. člena ZPP). P III 1949/2005 pa se je začel kot nepravdni postopek za določitev odškodnine za razlastitev leta 1988 pred sodiščem v Grosupljem, leta 2005 pa se je zadeva znašla na Okrožnem sodišču v Ljubljani bolj kot ne po naključju, čeprav se je ves čas reševala v nepravdi.

4. OPISNE STATISTIKE

4.1. Primarne neodvisne spremenljivke (vrsta spora, vrednost spora, stranke)

Osnovno vodilo za nadaljnje preizkuse statističnih povezav so opisne statistike za izvirne neodvisne spremenljivke: materialnopravna vrsta spora, vrednost spornega predmeta in stranke.

Klasifikacija sporov po temelju in določitev vrste spora v vzorčenju sta bili velik izziv. Predvsem je bilo treba odkriti, kaj se skriva za kategorijo »drugi« oziroma »ostali« spori v uradnih statistikah Ministrstva za pravosodje RS pri začetih sporih koledarskih let, ki jih je z všteti družinskimi zadevami 13–18 odstotkov v letih 2001–2009, če domnevamo, da vsi »drugi« spori ne izvirajo iz družinskih, pa se ta delež giblje med 20 in 30 odstotki. Drugi klasifikacijski namen je bil največjo kategorijo odškodnin razčleniti na več smiselnih podkategorij. Pričakovano je v vzorcu (tabela 2) največ odškodnin (43,9 odstotka), med katerimi jih 45 odstotkov izvira iz prometnih nezgod. Sledijo spori iz pogodbenih obveznosti (30,7 odstotka), tem pa lastninski spori (22,4 odstotka); statistično nezanemljivi so spori iz obogatitvenih razmerij (2,9 odstotka), ki so bila izločena iz »odškodnin« uradnih statistik (uvrstiti jih je mogoče tudi med lastninske oziroma pogodbene glede na izvor obogatitve). Glede na majhen delež obogatitev je torej povsem smiselno njihovo obstoječe spremljanje v sklopu odškodninskih sporov v uradni statistiki. Dobljeni rezultati kažejo, da se v uradnih statistikah v rubriki »drugi« skrivajo predvsem pogodbeni in lastninski spori. V raziskavi je kategorija drugo na makroravni ostala prazna, neznačilne zadeve pa so bile prej izločene (1,9 odstotka).

Tabela 2: Vrsta spora po materialnopravnem temelju

Raziskava	Lastninski spori	Pogodbe	Odškodnine	Obogatitve	Skupno
Frek.	46	63	90	6	205
V %	22.4	30.7	43.9	2.9	100

Stranke so se pravdale zaradi pravice, povprečno vredne 8,174.700,00 SIT (34.112 evrov), zaradi visokega standardnega odklona pa je bolj reprezentativen kazalnik mediana, ki je pri 3,800.000,00 SIT (15.857 evrov), kar pomeni, da je malo manj kot polovica vseh sporov v razponu med 8.345 evrov (meja stvarne pristojnosti okrožnega sodišča) in 15.857 evrov (tabela 3). Minimum 250 evrov je bil dosežen v avtorskem sporu, v katerem vrednostni kriterij za pristojnost okrožnega sodišča izjemoma ne velja. V povprečju na tožeci strani (tožniki in intervenienti) nastopa 1,19 subjekta in na toženi (toženci in inter-

venienti) 1,28. Fizična oseba je med tožniki v 78 odstotkih zadev, med toženci pa v 49,8 odstotka. Na toženi strani so najpogostejše zavarovalnice, njihov delež je 30,7 odstotka, druge pravne osebe zasebnega prava so prisotne v 11,7 odstotka primerih pri tožnikih in 16,6 odstotka med toženci.

Tabela 3: Vrednost spora in število strank

	Vrednost spora v €	Tožniki	Toženci
Povprečje	34,112	1.190	1.288
Mediana	15,857	1	1
Stand. odklon	84,902	0.655	0.610

4.2. Aktivnost strank

Vsak pravdni postopek se začne s pisnim tožbenim aktom. Njegova povprečna dolžina v vzorcu je 4,3 strani. Tožbenemu aktu praviloma sledi odgovor na tožbo, kar je prvi procesni akt toženca. Odgovor na tožbo, pripravljalne vloge, dokazni predlogi in nekatere procesno pomembnejše vloge v raziskavi sestavljajo kategorijo vlog strank. Obrobne procesne vloge, kot so opravičila o odsotnosti z narokov in dostave različnih dokazil, niso bile spremljane. Vodilo pri pisnih vlogah sta bili pomenska in stroškovna relevantnost (katere vloge bi sodišče v primerih zastopanja po odvetnikih priznalo kot strošek zastopanja). Vloge in njihova dolžina v straneh so tako predvsem izraz trditvenega bremena strank o njihovi verziji resnice (in pravice) ter hkrati njihov stroškovni vložek za doseg končnega uspeha. Tako kot pri drugih kazalnikih obsega strankine aktivnosti so pri dolžini vlog prikazani kumulativni seštevki strani na določeno zadevo. Pri dolžini vlog je 5,91 strani povprečje tožnikovih vlog v zadevah, v katerih je vložena vsaj ena njegova vloga, toženčevih pa 5,98 (tabela 4). Tako povprečji in mediani za število in dolžino vlog kažeta na dokajšno zrcalnost delovanja tožnikov in tožencev, pri čemer je sicer treba upoštevati, da je skupna tožnikova aktivnost večja zaradi tožbenega akta, ki v primerjavah ni upoštevan. Analitično pa je lahko tožbeni akt pri vlogah zanemaren kot fiksni strošek pravde, ki je sicer nujen, vendar predvsem nadaljnja aktivnost strank v obliki variabilnega stroška vlog kaže pravno interaktivnost.

Tabela 4: Opisne statistike za vloge strank in njihovo dolžino

	Povprečje	Stand. odklon	Maksimum
Vloge tožnika	1.893	1.962	10
Vloge toženca	1.732	1.802	16
Dolžina vlog tožnika	5.919	5.512	31
Dolžina vlog toženca	5.970	5.596	47

Če vloge strank izražajo trditveno breme, so dokazi njegova komplementarna stran. Razvrščajo se v tri glavne skupine: listine, zaslišanja na narokih in izvedenska mnenja. Najnatančnejši približek strankinih listinskih dokazov so njene priloge (A, B), pri katerih je predstavljena njihova dolžina (število prilog pomnoženo z dva). Dolžina zaslišanj v straneh je bila izračunana glede na dolžino narokov in število zaslišanj na naroku, pri čemer so bile v izračunu odštete tri strani na določen narok, ki odpadejo na preostalo procesno aktivnost. Izdelanih je bilo tudi več izvedenskih mnenj (kot eno mnenje se šteje posamično dejanje izvedenca), ki so jih predlagali (plačali) tožniki – povprečje je 0,37 na zadevo, pri tožencih pa 0,07 (tabela 5). Za vsa dokazna sredstva se lahko opazi, da je tožnik bolj dejaven kot toženec, kar je posledica njegovega trditveno-dokaznega bremena.

Tabela 5: Opisne statistike za dokazno aktivnost strank

	Povprečje	Stand. odklon	Maksimum
Priloge – tožnik (strani)		84.816	946
Priloge – toženec (strani)	15.815	36.198	420
Št. zaslišanj tožnika, prič	0.990	2.339	17
Št. zaslišanj toženca, prič	0.576	1.397	9
Dolžina zaslišanja tožnika, prič (strani)	1.600	3.664	21
Dolžina zaslišanja toženca, prič (strani)	0.902	2.299	13
Tožnikova izvedenska mnenja	0.376	0.902	8
Toženčeva izvedenska mnenja	0.078	0.348	2
Dolžina tožnikovih izvedenskih mnenj (strani)	2.776	8.623	98
Dolžina toženčevih izvedenskih mnenj (strani)	0.283	1.393	10
Skupna izvedenska mnenja	0.068	0.321	2
Dolžina skupnih izv. mnenj (strani)	0.263	1.407	11

4.3. Aktivnost sodišča

Poglavitno procesno dejanje prvostopenjskega sodišča pred izdajo končne odločbe je nedvomno narok (za glavno obravnavo). Po (na) opravljeni glavni obravnavi se namreč izda meritorna odločba – sodba, če so izpolnjene procesne predpostavke. Vsaj en narok je bil izveden v 73 odstotkih vseh zadev, v 66 odstotkih pa je bil opravljen prvi narok za glavno obravnavo (tabela 6) – v nadaljevanju 1. NGO³⁶ (všteti začetni poravnalni naroki). Razlika med 137

³⁶ Kot 1. NGO je štet le res prvi narok za glavno obravnavo, ne pa morebitni naroki, na katerih se je obravnavo začela znova, npr. zaradi menjave sodnika.

zadevami s 1. NGO in 150 zadevami z vsaj enim narokom je v procesnih narokih, ko se obravnava na prvem naroku ni odprla in se je strankam do 1. NGO uspelo dogovoriti s (sodno) poravnavo oziroma se je zadeva zaključila na drug način. Med vsemi zadevami se jih 26,9 odstotka zaključi brez enega samega naroka, 38,5 odstotka zadev vsebuje enega ali dva naroka, 34,6 odstotka zadev pa tri naroke ali več.

Tabela 6: Opisne statistike za naroke

	Povprečje	Stand. odklon	Maksimum
1. narok za glavno obravnavo (1. NGO)	0.668	0.472	1
Število narokov	2.234	2.703	17
Dolžina narokov (strani)	9.507	12.776	72
Trajanje narokov v minutah	97.278	147.664	1152

Stranke v pravdi si prizadevajo za subjektivno zadovoljivo pravično rešitev, ki naj bi jo našlo sodišče po odkritju objektivne resničnosti po načelu materialne resnice in na katero bi apliciralo materialno pravo. Zastavlja pa se vprašanje, ali je sodna odločitev glede na avtonomnost subjektov pri urejanju civilnih pravnih razmerij res nujna in zadnja možnost za stranko, ki se spusti v sodni spor, in ali je pogajalsko neskladje v komunikaciji in pri racionalnem videnju območja možnega dogovora res tolikšno, da ureditev spora brez oblastvene odločitve ni več mogoča.

Rezultati analize v primerjavi z uradnimi statističnimi podatki za okrožna sodišča v Republiki Sloveniji, ki vključujejo družinske zadeve, kažejo dokaj presenetljivo visok delež zadev s prisotnostjo (ne)formalnih pogajanj. V kategoriji umik tožbe ne glede na razlog so zadeve (26,34 odstotka), v katerih je prišlo do umika tožbe s pisno vlogo oziroma do umika zaradi pomiritve, ki se je razbrala iz dejanja, s katerim je tožnik umaknil tožbo (tabela 7). Na državni ravni je sicer mogoče zaznati povečevanje deleža sodnih poravnav, vendar je vzorčni delež 22,44 odstotka precej višji od 16,31 odstotka za Republiko Slovenijo za leto 2009. Po uradni statistiki za leto 2009 je bilo 16,31 odstotka zadev tudi s sklepom ustavljenih (zaradi umika tožbe), kar je spet precej manj od vzorčnih 26,34 odstotka. Pomemben razlog za razlike pri poravnavanjih in večjem številu umikov je verjetno program alternativnega reševanja sporov z mediacijskim postopkom, ki je bil pionirsko uveden na Okrožnem sodišču v Ljubljani (druga sodišča so pri tem še v začetni fazi). Zaradi uspešnih mediacij se namreč poveča delež sodnih poravnav in zunajsodnih dogovorov, ki privedejo do umika tožbe.

Tabela 7: *Delež končnih odločb z izrazitim pogajalskim elementom in nasprotne tožbe (v odstotkih)*

Umik tožbe zaradi pomiritve	Umik tožbe z vlogo	Umik tožbe ne glede na razlog	Sodna poravnava	Zamudna sodba	Navadna sodba in delna ustavitev	Nasprotna tožba
15.12	23.41	26.34	22.44	8.29	7.32	3.41

V 8,29 odstotka zadev se je pravda končala z zamudno sodbo zaradi popolne pasivnosti toženca, ki na tožbo ni pravočasno odgovoril. Zadeve, ki so se na prvi stopnji zaključile s sodno poravnavo, zamudno sodbo ali umikom tožbe, imenujemo v nadaljevanju procesne odločbe (56 odstotkov), v katerih ni prišlo do klasične meritorne presoje utemeljenosti tožbenega zahtevka (do nje je prišlo le v slabih 44 odstotkih).

4.4. Trajanje postopka na prvi stopnji in v celoti

Ključno raziskovalno vprašanje je bilo, koliko časa stranke v pravnem postopku, končanem na pravnem oddelku Okrožnega sodišča v Ljubljani, potrebujejo, da pridobijo odgovor oziroma dogovor (tretjega) o pravični in učinkoviti rešitvi spornega razmerja. Vzorčni podatki kažejo, da postopek na prvi stopnji od prejema tožbe do izdaje prve končne prvostopenjske odločbe v povprečju traja 2,21 leta oziroma 26,91 meseca oziroma 807 dni (tabela 8). Od prejema tožbe do odprave v zadevi zadnje končne odločbe sodišča prve, druge ali tretje stopnje v povprečju mine 2,96 leta. Najdaljši postopek na prvi stopnji je trajal 10,8 leta, najkrajši pa 14 dni. Najdaljši celotni postopek do konca sodnega spora v vzorcu je trajal 18,1 leta.

Tabela 8: *Opisne statistike za trajanje postopka na 1. stopnji in celotno trajanje sodnega spora*

	Trajanje na 1. stopnji			Skupno trajanje		
	leto	mesec	dan	leto	mesec	dan
Povprečje	2.213	26.9	808	2.943	35.8	1075
Mediana	2.1	25.1	752	2.4	29.3	878
Stand. odklon	1.792	21.7	652	2.707	32.9	988
Minimum	0	0.5	14	0	0.6	17
Maksimum	10.8	131.3	3938	18.1	220.2	6607

Pristop iz raziskave in njeni podatki so težko primerljivi z uradnimi statistikami Ministrstva za pravosodje RS do 1. januarja 2012, saj je bilo do tega datuma iz njih mogoče le posredno izračunati dolžino postopka za posamezno sodišče, celotno trajanje sodnega spora pa je prav tako mogoče dobiti le s simulacijami izračunov posameznih scenarijev reševanja. Tudi po letu 2012 pa ni uradno dostopnih podatkov o pričakovani dolžini postopka na opazovanem oddelku ali o pričakovanem celotnem trajanju postopka za posamezno vrsto postopka. Vsekakor bi bilo dobro javnosti predstaviti podatke o tem, koliko časa trajajo posamezne zadeve po fazah postopka in skupno, kar pa je država storila šele nedavno. Raziskovalno načelo, da je sodni spor lahko končan tudi šele z odločitvijo o morebitnem izrednem pravnem sredstvu (in ne nujno s pravomočnostjo), pa je skladno tudi s stališči ESČP o pravici do sojenja v razumnem roku.

Glede na trajanje postopka v zadevi *Lukenda* je mogoče dobiti delež zadev, ki se niso končale v kritičnem času iz primera *Lukende* (tabela 9), kar daje poenostavljeno oceno, v koliko zadevah je bila kršena pravica do sojenja v razumnem roku (brez nepotrebnega odlašanja). Približno vsaka deseta zadeva traja do prve končne odločbe na prvi stopnji dlje od štirih let (11,7 odstotka), v vsaki dvajseti zadevi pa je celotni sodni spor daljši od petih let in treh mesecev (5,4 odstotka).

Tabela 9: Trajanje postopkov glede na čas reševanja v zadevi *Lukenda*

Trajanje	Na 1. stopnji		Celotno	
	frekvenca	%	frekvenca	%
Krajše od Lukende	181	88.3	194	94.6
Daljše od Lukenda	24	11.7	11	5.4
Skupno	205	100	205	100

5. REGRESIJSKA ANALIZA VPLIVOV NA TRAJANJE POSTOPKA

Glavno raziskovalno vprašanje je bilo, kolikšno je razmerje med številnimi dejavniki spora in časom reševanja zadeve kot odvisno spremenljivko. Z multiplo linearno regresijsko analizo smo preverili vplive na trajanje na prvi stopnji in v celoti s tremi nadgrajujočimi se modeli:

- v prvem modelu se preizkuša vpliv primarnih dejavnikov spora, in sicer vrste spora po temelju (lastninske pravde, pogodbe, obogatitve, medtem ko so odškodnine v modelih razvidne iz vpliva na konstante, saj so bile zaradi

svoje številnosti vzete za primerjalno oporo), vrednosti spora in skupnega števila strank v zadevi;

- v drugem modelu se primarnim dejavnikom dodajo spremenljivke, ki opisujejo naravo odločanja, in sicer vrsta končne odločbe (za primerjavo so določene procesne odločbe), izvedba prvega naroka za glavno obravnavo in število stopenj, na katerih se je odločalo o tožbeni zahtevi (števila stopenj razumljivo ni pri regresijski analizi za trajanje na prvi stopnji);
- v tretjem modelu so spremenljivkam iz drugega modela dodani kazalniki aktivnosti tožnika: dolžina njegovih vlog, dolžina njegovih izvedenskih mnenj ter dolžina iz naslova zaslišanja tožnika in njegovih prič na narokih (tožnikova aktivnost kot približek merila aktivnosti strank je bila izbrana zaradi značilnih korelacij med dejavnostmi tožnika in toženca).

V nadaljevanju zaradi lažje prepoznavnosti imenujemo prvi model tudi primarni dejavniki, drugi narava odločanja in tretji aktivnost strank.

Najprej preverimo, kakšen vpliv imajo neodvisne spremenljivke na trajanje postopka na prvi stopnji. Tako lahko za primarne dejavnike spora v prvem modelu ugotovimo (tabela 10), da trajanje postopka na prvi stopnji ni statistično značilno odvisno od teh spremenljivk (sprememba F je značilna pri 0,093) pri 5-odstotni stopnji tveganja, ki je v družboslovnem raziskovanju splošno sprejemljiva; je pa zaznana statistično značilna odvisnost pri 10-odstotni stopnji tveganja. Determinacijski koeficient (R^2) nam pove, da primarni dejavniki pojasnijo le 4,6 odstotka variance trajanja. Koeficient multiple korelacije primarnih dejavnikov s trajanjem na prvi stopnji izraža šibko pozitivno povezanost ($R = 0,214$). Stopnje prostosti (sp) pa kažejo vključevanje spremenljivk v model(e). Z dodajanjem narave odločanja v drugem modelu ta pri stopnji značilnosti, nižji od 0,001, za test F pojasni dodatnih 24,3 odstotka variance (sprememba R^2) trajanja na prvi stopnji. Koeficient multiple korelacije narave odločanja s trajanjem na prvi stopnji je 0,538 (R), kar že kaže na relativno močno povezanost. Statistično značilen ($p < 0,001$) je tudi tretji model, pri čemer dodajanje aktivnosti stranke pojasni dodatnih 5,3 odstotka variance odvisne spremenljivke (skupno pa 34,2 odstotka).

Ugotavljali smo tudi, kakšen vpliv imajo neodvisne spremenljivke na celotno trajanje spora. Tako je za primarne dejavnike spora v prvem modelu ugotovljeno (tabela 10), da celotno trajanje postopka na prvi stopnji ni statistično značilno odvisno od teh spremenljivk (sprememba F je značilna pri 0,34 – vpliv je torej še manjši kot pri prvostopenjskem trajanju, pri katerem je sprememba značilna pri 0,093). Determinacijski koeficient (R^2) nam pove, da primarni dejavniki pojasnijo le 2,8 odstotka variance trajanja (4,6 odstotka prva stopnja). Pri stopnjah prostosti se opazi razlika za 1 v drugem modelu, ker je dodana še

spremenljivka števila stopenj odločanja. Z dodajanjem narave odločanja v drugem modelu ta pri stopnji značilnosti, nižji od 0,001, za test F pojasni dodatnih 46,3 odstotka variance (sprememba R^2) celotnega trajanja. Koeficient multiple korelacije narave odločanja s celotnim trajanjem je 0,7 (R), kar kaže na srednje močno povezanost. Statistično značilen ($p < 0,001$) je tudi tretji model, pri čemer dodajanje aktivnosti stranke pojasni dodatnih 10 odstotkov variance celotnega trajanja (skupno pa 59 odstotkov).

Tabela 10: Osnovne statistike za regresijske modele pri trajanju postopka za trajanje na 1. stopnji in skupno trajanje

Model	TRAJANJE NA 1. STOPNJI						CELOTNO TRAJANJE					
	R	R^2	sprem. R^2	sp1	sp2	F-test sig.	R	R^2	sprem. R^2	sp1	sp2	F-test sig.
1	0.214	0.046	0.046	5	199	0.093	0.167	0.028	0.028	5	199	0.340
2	0.538	0.289	0.243	2	197	0.000	0.700	0.491	0.463	3	196	0.000
3	0.585	0.342	0.053	3	194	0.000	0.768	0.590	0.100	3	193	0.000

Podrobnejši pregled regresijskih modelov primarnih dejavnikov, narave odločanja in aktivnosti strank za trajanje na prvi stopnji pokaže (tabela 11), da ima v prvem modelu statistično značilen vpliv ($p = 0,017$) pri 5-odstotni stopnji tveganja parcialni regresijski koeficient za skupno število strank v posamezni pravdi, za katero je zaznana šibka pozitivna povezanost ($b = 0,337$ in korelacijski koeficient 0,145). V drugem modelu je statistično značilen vpliv pri obogatitvah ($p = 0,003$), najbolj značilen pa je dejavnik oprave 1. NGO (p je manjši od 0,001), ki tudi občutno podaljšuje pravdo ($b = 1,741$). Takoj moramo opozoriti, da so tu obogatitve zaradi majhnega števila statistično nezanimive in se njihov vpliv v smislu vrste spora na trajanje ne jemlje kot dokaz povezanosti med vrsto spora in odvisno spremenljivko. Če bi se dodale odškodninam, kot so zavedene v uradnih statistikah, potem v drugem modelu ni statistično dokazane povezave med vrsto spora in trajanjem. Pri 5-odstotni stopnji tveganja je spet viden pozitiven vpliv števila strank na dolžino postopka na prvi stopnji. Pri 10-odstotni stopnji tveganja (v družboslovnih raziskavah se sicer na zgornji meji tolerira 5-odstotni prag tveganja) je značilno različen parcialni koeficient korelacije procesnih odločb ($b = -0,416$ in korelacijski koeficient $-0,312$, kar daje oceno, da so postopki na prvih stopnjah pri procesnih odločbah relativno krajši). Pri aktivnosti strank so ponovno statistično najbolj značilni ($p < 0,001$) daljši spori s 1. NGO ($b = 1,331$), najpomembneje pa je, da dolžina tožnikovih vlog pri stopnji značilnosti 0,005 dokazano podaljša pravni spor, čeprav le za malo ($b = 0,07$). Statistično značilen ($p = 0,003$) je ponovno parcialni regresijski koeficient pri nerelevantnih obogatitvah. Pri 5-odstotni stopnji tveganja so

statistično značilni še vplivi števila strank (šibek pozitivni vpliv – $b = 0,248$). Drugi dejavniki regresijskega modela ne pojasnjujejo statistično značilno trajanje prvostopenjskega postopka, blizu je le izdaja procesne odločbe, ki pri $p = 0,104$ nakazuje daljše postopke pri izdaji meritornih odločb. Standardizirani koeficient pri 1. NGO (0,35) kaže največjo spremembo v standardnem odklonu trajanja, če se spremeni standardni odklon pri zadevah s 1. NGO – kar dodatno kaže močen vpliv tega dejavnika na dolžino (zanemarjene obogatitve). Navadni (Pearsonov) koeficient korelacije med zadevami s 1. NGO in trajanjem na prvi stopnji je 0,473, kar kaže na zmerno povezanost, delni koeficient korelacije ostaja razmeroma nespremenjen pri 0,319 (edinstven vpliv te spremenljivke na trajanje z izločenim skupnim vplivom preostalih pojasnjevalnih spremenljivk). Dolžina tožnikovih vlog ima relativno visok standardizirani koeficient 0,214, korelacijski koeficient 0,421 in delni korelacijski koeficient 0,19, kar dokazuje statistično značilno povezavo s trajanjem postopka na prvi stopnji. V regresijskih modelih ni opaznega problema multikolinearnosti med neodvisnimi spremenljivkami, saj so vrednosti tolerance nad 0,2 (0,605 pri 1. NGO), vrednosti VIF pa v bližini 1 (10 je kritično vrednost).

Za celotno trajanje statistično sicer neznačilen prvi regresijski model vsebuje parcialni regresijski koeficient 0,484 za število strank, ki je značilen pri 5-odstotni stopnji tveganja (tabela 11). Pregled statistično značilnih regresijskih modelov narave odločanja in aktivnosti strank pokaže, da ima v drugem modelu statistično značilen vpliv ($p = 0,012$) parcialni regresijski koeficient pri obogatitvah (ponovno občutno daljše od konstante), najbolj značilno (pri obeh je p nižji od 0,001) pa dejavnika oprave 1. NGO ($b = 2,086$) in število stopenj odločanja ($b = 2,209$) podaljšujeta sodni spor. Spet je razviden statistično značilen vpliv ($b = 0,437$) števila strank pri 1-odstotni stopnji tveganja. Po uvedbi aktivnosti strank v regresijo v tretjem modelu so najbolj statistično značilni ($p < 0,001$) vplivi števila stopenj, oprave 1. NGO in dolžina tožnikovih vlog. Pri tem ima največji dokazani vpliv število stopenj ($b = 1,681$), sledita oprava 1. NGO ($b = 1,324$) in dolžina tožnikovih vlog ($b = 0,108$). Pri 1-odstotni stopnji tveganja so statistično značilni vplivi dolžine tožnikovih zaslišanj ($b = 0,108$). Pri $p = 0,03$ je značilen tudi relativno nizek vpliv števila strank na podaljšanje spora ($b = 0,312$). Statistično značilni pri 10-odstotni stopnji tveganja so daljši lastninski spori ($b = 0,567$) glede na odškodnine (enako nezanimive obogatitve pri 5-odstotni stopnji tveganja) in spori z daljšimi izvedenskimi mnenji (sicer le minimalna ocenjena sprememba pri $b = 0,033$). Vsi posamezni dejavniki aktivnosti strank torej dokazano vplivajo na podaljševanje celotnega postopka (pri postopku na prvi stopnji je to veljalo le za dolžino tožnikovih vlog). Drugi dejavniki regresijskega modela (pogodbe, vrednost spora, procesna/meritorna odločba) ne pojasnjujejo statistično

Tabela 11: Regresijski model s koeficienti, t-testom, korelacijami za trajanje na prvi stopnji in za skupno trajanje

Model		TRAJANJE NA 1. STOPNJI					CELOTNO TRAJANJE				
		Nestandardizirani koef. B	Stand. koef. Beta	T-test sig.	Korelacije		Nestandardizirani koef. B	Stand. koef. Beta	T-test sig.	Korelacije	
					Pearsonov koeficient	delna				Pearsonov koeficient	delna
1	(Konstanta)	1.557		0.000			1.774		0.002		
	Lastninske pravde	-0.273	-0.064	0.403	-0.007	-0.059	0.027	0.004	0.957	0.036	0.004
	Pogodbe	-0.410	-0.106	0.169	-0.090	-0.097	-0.167	-0.028	0.713	-0.027	-0.026
	Obogatitve	1.038	0.098	0.167	0.101	0.098	0.730	0.046	0.523	0.034	0.045
	Vrednost spora	0.000	-0.031	0.658	-0.046	-0.031	0.000	-0.006	0.933	-0.011	-0.006
	Število strank	0.337	0.170	0.017	0.145	0.168	0.484	0.162	0.025	0.157	0.159
2	(Konstanta)	0.388		0.387			-3.000		0.000		
	Lastninske pravde	0.197	0.046	0.496	-0.007	0.048	0.524	0.081	0.160	0.036	0.100
	Pogodbe	0.166	0.043	0.540	-0.090	0.044	0.417	0.071	0.233	-0.027	0.085
	Obogatitve	1.961	0.185	0.003	0.101	0.207	2.161	0.135	0.012	0.034	0.179
	Vrednost spora	0.000	0.002	0.975	-0.046	0.002	0.000	0.021	0.688	-0.011	0.029
	Število strank	0.298	0.151	0.015	0.145	0.172	0.437	0.146	0.006	0.157	0.196
	S 1. NGO	1.741	0.459	0.000	0.473	0.418	2.086	0.364	0.000	0.482	0.388
	Procesna odločba	-0.416	-0.116	0.089	-0.312	-0.121	0.209	0.038	0.533	-0.344	0.045
3	Število stopenj						2.209	0.497	0.000	0.605	0.515
	(Konstanta)	0.402		0.357			-2.144		0.001		
	Lastninske pravde	0.219	0.051	0.443	-0.007	0.055	0.567	0.088	0.097	0.036	0.119
	Pogodbe	0.183	0.047	0.492	-0.090	0.049	0.411	0.070	0.199	-0.027	0.092
	Obogatitve	1.920	0.181	0.003	0.101	0.209	1.900	0.119	0.014	0.034	0.175
	Vrednost spora	0.000	-0.014	0.810	-0.046	-0.017	0.000	0.004	0.928	-0.011	0.006
	Število strank	0.248	0.125	0.039	0.145	0.148	0.312	0.104	0.030	0.157	0.156
	S 1. NGO	1.331	0.350	0.000	0.473	0.319	1.324	0.231	0.000	0.482	0.269
	Procesna odločba	-0.388	-0.108	0.104	-0.312	-0.116	0.101	0.019	0.740	-0.344	0.024
	Število stopenj						1.681	0.378	0.000	0.605	0.433
	Dolžina vlog tž	0.070	0.214	0.005	0.421	0.199	0.108	0.217	0.000	0.568	0.248
	Dolžina izvedenskih mnenj tožnika	0.014	0.067	0.318	0.263	0.072	0.033	0.105	0.050	0.358	0.141
	Dolžina tožnikovih zaslišanj	0.005	0.010	0.887	0.281	0.010	0.108	0.146	0.009	0.507	0.187

značilno celotnega trajanja sodnega spora. Standardizirani koeficient 0,378 pri številu stopenj kaže največjo spremembo v standardnem odklonu celotnega trajanja, če se spremeni standardni odklon pri številu stopenj – kar dodatno kaže najmočnejši vpliv tega dejavnika na celotno dolžino (zanemarjene obogatitve). Navadni (Pearsonov) koeficient korelacije med številom stopenj in skupnim trajanjem je 0,605, kar kaže na srednje močno povezanost, delni koeficient korelacije ostaja razmeroma nespremenjen pri 0,433 (edinstven vpliv te spremenljivke na trajanje z izločenim skupnim vplivom drugih pojasnjevalnih spremenljivk). Oprava 1. NGO ima standardizirani koeficient 0,231 in korelacijski koeficient 0,482 (delni 0,269). Tudi dolžina tožnikovih vlog ima relativno visok standardizirani koeficient (0,217), korelacijski koeficient 0,56 in delni korelacijski koeficient 0,248 (zmanjšanje za polovico glede na navadni koeficient korelacije kaže na relativno visoko skupno učinkovanje dolžine vlog in drugih odvisnih spremenljivk). V regresijskih modelih ni opaznega problema multikolinearnosti med neodvisnimi spremenljivkami, saj so vrednosti tolerance nad 0,2 (npr. 0,661 pri številu stopenj), vrednosti VIF pa v bližini 1.

Pri vključevanju posameznih neodvisnih spremenljivk (ne v sklopu modela) bi vsi novi dejavniki glede na prvi model statistično značilno dodatno pojasnili trajanje postopka na prvi stopnji (najbolj 1. NGO, sledijo procesne odločbe, dolžina tožnikovih vlog, dolžina izvedenskih mnenj, najmanj pa dolžina zaslišanj). Glede na drugi model je statistično značilna dodana dolžina vlog in izvedenskih mnenj, vpliv dolžine zaslišanj pa je neznačilen.

Pri vključevanju posameznih neodvisnih spremenljivk glede na prvi model vsi novi dejavniki statistično značilno dodatno pojasnijo celotno trajanje postopka (enako kot za prvostopenjsko trajanje najbolj 1. NGO, sledijo procesna odločba, število stopenj, dolžina tožnikovih vlog, dolžina izvedenskih mnenj, najmanj pa dolžina zaslišanj). Glede na drugi model sta pri aktivnosti strank statistično značilna dodana ne samo dolžina vlog in izvedenskih mnenj kot za prvo stopnjo, ampak tudi dolžina zaslišanj, ki je bila pri trajanju prve stopnje neznačilna.

Multipla linearna regresija je pokazala za trajanje na prvi stopnji značilen vpliv vrste spora pri obogatitvah, kar se lahko zanemari zaradi nerelevantnosti te skupine (majhnost in vprašljiva klasifikacija – če so vključene med odškodnine, vpliv vrste spora na dolžino ni dokazan). Večje število strank podaljšuje prvostopenjski postopek, vendar relativno malo glede na druge značilne vplive. Bolj značilen je namreč vpliv narave odločanja (oprava 1. NGO in procesna odločba v drugem modelu), medtem ko je dolžina prvostopenjskega postopka značilno odvisna od obsega aktivnosti tožnika le v manjši meri pri dolžini tožnikovih vlog (trditveno breme). Pri celotnem trajanju je to dokazano odvisno tako od vrste spora (lastninski pri 10-odstotni stopnji tveganja, število strank

pri 5-odstotni stopnji tveganja v tretjem modelu) kot tudi od narave odločanja (izjema so procesne odločbe) in aktivnosti strank (vsi trije dejavniki imajo dokazan vpliv). Z besediščem ESČP: če bi želeli vzeti vrednost spora kot približek pomena zadeve, ta ni značilen dejavnik za trajanje postopka niti na prvi stopnji niti celotno. Aktivnost strank (tako trditvena kot dokazna) pa zelo dobro pojasnjuje spremembe celotnega trajanja, kar je mogoče razložiti kot posledico večjega vložka strank na prvi stopnji (razvidno tudi iz dejstva oprave 1. NGO), ki ga v primeru zase neugodnih odločitev stranke želijo zaščiti z vložitvijo pritožbe, kar podaljša postopek (število stopenj je zato značilna neodvisna spremenljivka z največjim vplivom pri celotnem trajanju). Če se kot približek zapletenosti zadeve vzame izvedba dokaznega postopka (zaslišanja tožnikovih subjektov in dolžina njegovih izvedenskih mnenj), ta podaljšuje celotni spor; enako ga podaljšuje aktivnost sodišča (narava odločanja), ki pa je v tesni povezavi z aktivnostjo strank. Tak rezultat kaže, da ESČP kot kriterij za presojo (krivdno povzročene) dolgotrajnosti postopka upravičeno upošteva aktivnost strank (in sodišča).

Strankina aktivnost ima v regresijskem modelu statistično značilen vpliv le na trajanje (bolj sicer na celotno kot na prvostopenjsko). Tak rezultat primerjave je v okvirih pričakovanj, saj je logično, da se z večjo strankino aktivnostjo lahko postopek podaljša. Pomembna vloga (i)racionalnosti, njena normalna porazdeljenost in njeno prvinsko vplivanje na (ne)uspešnost se lahko razberejo iz tega, da vrednost spora ne vpliva na dolžino spora in da je pri 10-odstotni stopnji tveganja v regresijskih modelih vpliv vrednosti spora na uspeh stranke 0 oziroma izredno rahlo negativen (razlogovanje *in contrario* – če ne vpliva navzven zelo lahko razvidni in merljivi denarni kazalec vrednosti spora, potem mora delovati drug, očem skriti faktor). Za vrednost spora bi lahko namreč »logično« pričakovali, da bo povzročila daljši spor zaradi večjega naprežanja stranke, da bi dosegla svojo pravico, kar naj bi bilo sorazmerno vrednosti spora (potemtakem vrednost spora ni dokaz za pomembnost in zapletenost ob terminologiji ESČP). Tako pa je bilo v raziskavi opaženo, da delitev pogajalske (pravdne) pogače pri večjih in manjših vrednostih poteka po istih zakonitostih. Število strank je imelo značilen vpliv na trajanje postopka, vendar je bil ta šibek, zato pri večjem številu strank lahko le z obilo zadržanosti sprejmemo sklep, da pomeni večjo zapletenost zadeve, ki bi kot taka upravičevala daljši postopek. V vzorcu je bilo pri večjem številu strank pogosto skupno zastopanje, kar kaže na skupne interese, zato je v jeziku teorije iger dejansko manj igralcev kot na nominalni bazi (zapletenost se tako v takih primerih niti ne sme povečati). Povprečno presojanje o pravični rešitvi poteka sicer visoko nad zelenim novim državnim normativom 6 mesecev oziroma 1 leto (celotni postopek je tako v 23 odstotkih zadev daljši od štirih let), če se predpostavi

pritožba, vendar izsledki trajanja niso razlog za splošni preplah, prej za resen nadaljnji premislek, kakšne so lahko realno postavljene zahteve pri trajanju in kako jih na ravni vodenja skupine in dela posameznega sodnika doseči.

6. SKLEP

V prvem sklopu raziskovalnih vprašanj smo odkrivali primarne dejavnike (pravdnega) spora (vrsto spora, vrednost spora in strukturo strank), ki dajejo osnovni opis pogajalskega zastoja na prehodu iz neformalnega pogajanja v formalno pogajanje – pravdo. Spremljana pravdna aktivnost strank v okviru prvega sklopa (trditvena z vlogami, dokazna pa z zaslišanji na narokih, izvedenskimi mnenji, listinskimi dokazi) že pokaže vidni pogajalski vložek, ki pa ni več usmerjen le proti nasprotni strani, ampak se njegova prepričevalna moč usmeri predvsem proti tretjemu nepristranskemu udeležencu – sodišču. Aktivnost sodišča (oprava narokov in izdaja končnih odločb) skupaj z aktivnostjo strank pomeni transakcijski strošek za dosego pravične (tj. ekonomsko učinkovite) rešitve pogajalskega pat položaja. V drugem sklopu raziskovalnih vprašanj smo ugotovili aktualno politično najbolj pereči transakcijski strošek – čas poteka pravde, in sicer trajanje postopka na prvi stopnji (praviloma gre pri tem za pravdni oddelek Okrožnega sodišča v Ljubljani) in v celoti (odvisno od vložitve pravnih sredstev). Ta transakcijski strošek je bil v slovenskem prostoru brez pravega odziva vse do zadeve *Lukenda*, ki je bila zunanji signal slovenski družbi, naj ta strošek začne jemati resno, čeprav sam čas pravljanja zaradi neobstoja absolutnega zastaranja civilnih terjatev ne bi smel vplivati na tožnikovo pravico do pravične rešitve. Nato smo glede na primarne dejavnike spora, aktivnost sodišča in strank statistično testirali njihovo povezanost s trajanjem postopka. Takšna analiza daje vpogled v (pogajalske) mikrovplive na dolžino pravnega postopka, kar sledi praksi ESČP. To uporablja širše razloge le pri ravnanju državnih oblasti kot kriteriju za neupravičene zaostanke, v katerem se upošteva tudi (makro)organizacijski pristop države k odpravi zaostankov.

V prvem raziskovalnem sklopu se je pokazalo, da po vrsti spora prevladujejo odškodnine, med njimi pa prometne oziroma nepremoženjske na splošno. Odškodnine so bile nato zaradi svoje velikosti vzete kot primerjalni faktor, ki se je v regresijskih modelih izražal prek višine konstante. Analize so pokazale, da so obogatitve preozko postavljena kategorija, zato je bil njihov vpliv pri preizkušanju povezanosti zanemaren (sicer pa so se izkazale za homogeno skupino). Za vzorčne postopke, končane pred pravnim oddelkom Okrožnega sodišča v Ljubljani, je ugotovljeno, da vsebujejo povprečno 2,2 naroka, ki skupaj trajata uro in 37 minut. Med njimi se 26,9 odstotka zadev zaključijo brez enega samega naroka, 34,6 odstotka zadev pa ima vsaj tri naroke. Skupaj je za-

dev, ki se ne končajo s sodbo po opravljeni glavni obravnavi, več kot polovica. Poimenovane so bile kot procesne odločbe. Njihov visok delež kaže močno prisotnost pogajanja, ki kljub formalnemu postopku poteka v njegovi senci.

Pri drugem sklopu je bila ugotovljena pomanjkljivost uradnih statistik, ki povprečnih časov trajanja niti po stopnjah odločanja niti skupno ne prikažejo ustrezno. Že zaradi lažje odločitve posameznika o vstopu v pravdo bi bilo dobro prikazati povprečno trajanje postopka po stopnjah odločanja in simulacijsko predstaviti časovni potek pravde, ki poteka na več stopnjah, kar je bilo sicer v raziskavi napravljeno z vpeljavo skupnega trajanja do zadnje končne sodne določbe. Vzorčni postopek na prvi stopnji traja v povprečju 2,2 leta, celotni pa 2,9 leta. Dobrih 10 odstotkov prvostopenjskih postopkov je kritičnih glede na trajanje v zadevi *Lukenda*, pri skupnem trajanju pa dobrih 5 odstotkov. Z vidika pravice do sojenja v razumnem roku to povzroča zaskrbljenost, ne daje pa podlage za panični odziv.

V multipli linearni regresiji ima vrsta spora (primarni dejavniki) določen učinek na trajanje pri številu strank (zanemarijo se obogatitve), najbolj značilna in z največjim vplivom pa je narava sodnega določanja. Statistični vpliv vrednosti spora na trajanje postopka ni dokazan, čeprav bi lahko brez statističnega preverjanja »zdravorazumsko« skleпали, da bi večja vrednost zaradi domnevne večje aktivnosti strank in zapletenosti spor podaljševala. Vrednost spora torej ni primeren indic za pomembnost in zapletenost spora. Na trajanje postopka na prvi stopnji značilno (srednje močno pozitivno) najbolj vpliva oprava 1. NGO. Pri stopnji značilnosti, nižji od 0,001, v tretjem regresijskem modelu najbolj občutno podaljša celotni sodni spor število stopenj, zelo tesno mu sledi oprava 1. NGO. Pri aktivnosti strank na prvi stopnji značilno podaljšuje postopek dolžina tožnikovih vlog. Prav tako ima aktivnost strank značilno pozitiven vpliv na celotno trajanje pri dolžini tožnikovih vlog pri 0,1-odstotni stopnji tveganja ter njegova izvedenska mnenja pri 10-odstotni stopnji tveganja in zaslišanja pri 1-odstotni stopnji tveganja. Stranka, ki je torej bolj (dokazno) aktivna na prvi stopnji, bo statistično značilno podaljšala celotni postopek (nakazuje večjo verjetnost vložitev pritožbe), kar se ujema z značilnim vplivom števila stopenj na celotno trajanje. Aktivnost strank je torej statistično značilni faktor daljšega postopka, kar kaže, da se upravičeno uporablja kot kriterij za presojo strankinega (krivdnega) vplivanja na čas pravnega postopka.

Literatura

- Marko Bošnjak in drugi: Potek kazenskih postopkov v Sloveniji: analiza stanja in predlogi za spremembe. GV Revije, Ljubljana 2005.
- Robert Cooter, Thomas Ulen: Law and Economics. Addison-Wesley Educational Publishers, Reading 1997.
- Evropsko sodišče za človekove pravice: Lukenda vs. Slovenija (Pritožba št. 23032/02) <www.coe.si/sl/evropsko_sodisce_za_clovekove_pravice/slovenski_prevodi_sodb/1737/-> (11. 4. 2013).
- Aleš Galič: Ustavno civilno procesno pravo: ustavna procesna jamstva, ustavna pritožba – meje preizkusa in postopek. GV Založba, Ljubljana 2004.
- Klaus Mathis: Efficiency instead of Justice: Searching for the Philosophical Foundations of the Economic Analysis of Law. Springer Science, Luzern 2009.
- Ministrstvo za pravosodje Republike Slovenije: Projekt Lukenda. Ministrstvo za pravosodje Republike Slovenije, Ljubljana 2005; <www.mp.gov.si/fileadmin/mp.gov.si/pageuploads/2005/PDF/projekt_Lukenda.pdf> (11. 4. 2013).
- France Ocepek: Analiza časovnih zaostankov pravnega oddelka Okrožnega sodišča v Ljubljani. Magistrsko delo. Univerza v Ljubljani, Ekonomska fakulteta, Ljubljana 2011.
- Richard A. Posner: Economic Analysis of Law. Aspen Law & Business A Division of Aspen Publishers, New York 1998.
- Roscoe Pound: Law in Books and Law in Action, v: American Law Review, 44 (1910), str. 12–36.
- Lojze Ude: Civilno procesno pravo. Uradni list Republike Slovenije, Ljubljana 2002.
- Vlada RS: Program za povečanje učinkovitosti sodstva in odpravo sodnih zaostankov – Projekt Lukenda – Novo gradivo št. 3 – predlog za obravnavo. Ljubljana 2007, <www.mp.gov.si/fileadmin/mp.gov.si/pageuploads/2005/PDF/razpisna_dokumentacija/ostali_dokumenti/lukenda-gradivo3-211107.pdf> (11. 4. 2013).
- Vlada RS in Vrhovno sodišče RS: Sodni zaostanki v Republiki Sloveniji (analiza vzrokov in predlogi za zmanjšanje zaostankov). Ljubljana 2002, <www.mp.gov.si/fileadmin/mp.gov.si/pageuploads/mp.gov.si/PDF/Sodna_statistika/sodni_zaoostanki.pdf> (11. 4. 2013).

AMERIŠKA JUDIKATURA (AKREDITIVI IN BANČNE GARANCIJE): AMERICAN EXPRESS BANK LTD. V. BANCO ESPAÑOL DE CREDITO

Miran Jus,

magister ekonomskih znanosti in doktor pravnih znanosti, izvršni direktor za strukturirano financiranje in pravne zadeve, Korona inženiring, d. d., Ljubljana, docent za gospodarsko pravo, Ekonomska fakulteta Univerze v Ljubljani

1. UVOD

Dokumentarni in *stand-by* akreditivi ter bančne garancije, kljub ponekod zaradi krize porušenemu ali zamajanemu zaupanju v banke, ostajajo med najpomembnejšimi finančnimi instrumenti, ki se v poslovni praksi pogosto uporabljajo za zaščito pred riziki neplačil in kot učinkovite osebnepravne varščine (angl. *personal securities*) za zaščito pred riziki neizpolnitev drugih obveznosti dolžnikov iz različnih komercialnih in finančnih pogodb ter drugih osnovnih razmerij. Poleg redkih formalnih in spoznavnih pravnih virov je za njihovo uporabo poleg običajev in pravil avtonomnega mednarodnega gospodarskega prava nadvse pomembna tudi judikatura. Ta je v svetu po uveljavitvi teh instrumentov v sedemdesetih letih prejšnjega stoletja izredno bogata in zanimiva ter te instrumente in z njimi povezane obveznosti ne samo razlaga (lat. *optimus rerum interpret usus*), pač pa tudi močno vpliva na njihove učinke, zaščitno vrednost in uporabo teh instrumentov v poslovni in bančni praksi.

Na področju bančnih dokumentarnih poslov sta zaradi razvitosti pravnih sistemov ter močne vpetosti njunih finančnih trgov v mednarodne gospodarske odnose posebej pomembni angleška in ameriška sodna praksa, ki ju pogosto upoštevajo tudi sodišča v drugih državah. Med novejšimi pomembnimi primeri s področja bančnega prava, ki je in nedvomno tudi še bo deležen precejšnje pozornosti teorije in judikature, je tudi sodba newyorškega

okrožnega sodišča v zadevi *American Express Bank Ltd. v. Banco Espanol de Credito*.¹

Omenjena sodba je pomembna iz več razlogov. Prvič, ker je tokrat newyorško sodišče samostojne bančne garancije (angl. *independent bank guarantees*) izrecno izenačilo z njihovimi v svetu in v določeni meri tudi pri nas vse pogosteje uporabljanimi ameriškimi ekvivalenti, tj. *stand-by* akreditivi (angl. *stand-by letters of credit – L/C*). Drugič, od ameriškega sodišča se je v tem sporu zahtevalo, da odloči, kakšen vpliv ima odločba tuje arbitraže o sporu strank iz osnovne pogodbe (angl. *underlying contract*) na pravice in obveznosti iz akreditivov oziroma samostojnih garancij oziroma kontragarancije. Sodba je torej pomembna, ker se ukvarja z njihovo neodvisnostjo in pravno ločenostjo od drugih razmerij ter z mejami te samostojnosti, kar je še posebej pomembno ter celo ključno za njihove učinke in zaščitno vrednost, in to še posebej takrat, kadar se ti instrumenti, kar je v mednarodnih poslovnih transakcijah dokaj pogosto, izdajajo posredno (angl. *indirect guarantees*). Dejstvo je, da so samostojne bančne garancije in akreditivi iznajdba mednarodne poslovne oziroma bančne prakse ter kot produkt avtonomnega gospodarskega prava redko ali kvečjemu pomanjkljivo urejeni v nacionalnih civilnih zakonodajah. Zato je judikatura za te instrumente še toliko bolj pomemben pravni vir, meje neodvisnosti teh finančnih instrumentov od osnovnih pogodb in drugih razmerij pa v največji meri postavljajo prav sodišča, ki v izjemnih primerih (fr. *aléa exceptionnel*) jasnih bistvenih prevar oziroma zlorab beneficiarjevih pravic lahko odstopajo od načela samostojnosti teh obveznosti. Glede na standarde, ki se v zvezi s primeri *unfair calling*-a v teoriji in judikaturi razvijajo ter postavljajo za upravičenost sodnega vpletanja v avtonomijo strank ter zoper neodvisnost teh izjemno pomembnih finančnih instrumentov, pa je obravnavani primer ne nazadnje ilustrativen tudi za analizo ameriške sodne akreditivne prakse, pri čemer naj poudarim, da imajo sodbe sodišč iz New Yorka, ki je vodilni svetovni trgovinski in finančni center, še posebej velik pomen za pravo mednarodnih plačil, ki se nanaša na akreditive in bančne garancije ter njihovo uporabo v poslovni in bančni praksi.

2. DEJSTVA IN SPORI, KI SO VODILI DO POSTOPKA

Leta 1995 je pakistanska vladna agencija Water and Power Development Authority s špansko inženiring družbo Isolux Wat S.A. sklenila pogodbo

¹ District Court for the Southern District of New York – 597 F. Supp. 2d 394 (S.D.N.Y. 2009).

o izgradnji dveh elektrarn v vrednosti 35 milijonov USD. Investitorju (koristniku glavnih garancij) je za kritje obveznosti izvajalca lokalna podružnica American Express Bank po nalogu izvajalčeve Banco Español de Crédito izdala dve neodvisni garanciji na prvo zahtevo koristnika (angl. *guarantees on first demand*), ki sta kot potestativni garancijski pogoj predpisovali predložitev njegove pisne izjave o neizpolnitvi obveznosti izvajalca (angl. *written statement of default*). Regresna pravica lokalne banke – izdajateljice glavnih garancij (angl. *main guarantees*) je bila krita z izdano neodvisno kontragarancijo (angl. *counter-guarantee*) španske banke na prvo zahtevo, ki ni bila vezana na soglasje kontragaranta, nalogodajalca za izdajo kontragarancije ali tretje osebe.

Ker, kot je videti (sodišče namreč v sodbi o tem ni šlo v podrobnosti), izvajalec ni hotel dokončati nekih popravil, je med strankama osnovne pogodbe leta 2004 nastal spor, nato je izvajalec na podlagi arbitražne klavzule iz osnovne pogodbe pred arbitražo Mednarodne trgovinske zbornice – MTZ (International Chamber of Commerce – ICC), katere odločba v sporu iz ali v zvezi z osnovno pogodbo naj bi bila po sporazumu strank dokončna in zavezujoča (angl. *final and binding*), sprožil postopek za plačilo denarne odškodnine in vrnitev izdanih garancij ter sočasno pred španskim sodiščem pridobil začasno sodno prepoved plačila kontragarancije. Pet mesecev pozneje je investitor (koristnik glavnih garancij) obvestil lokalno banko, da izvajalec ni izpolnil garantiranih obveznosti, in zahteval honoriranje garancij, izdajateljica glavnih garancij pa je v pričakovanju plačila in zaradi bojazni glede regresiranja plačanih zneskov od banke – kontragaranta zahtevala plačilo kontragarancije, kar je le-ta zaradi sodne prepovedi zavrnila. Ob tem, da je koristnik glavnih garancij v Pakistanu vložil tožbo, je pristojna arbitraža 6. februarja 2007 odločila v prid izvajalcu, da naj ne bi bil investitorju nič dolžan, nasprotno pa naj bi bil investitor dolžan izvajalcu približno 788.066 USD, arbitri pa so ob tem investitorju tudi odredili, da naj odpove njemu izdani garanciji, ne glede na to pa si je koristnik pred pakistanskim sodiščem še naprej prizadeval za njihovo izvršbo. Še pred izdajo arbitražne odločbe (angl. *arbitral award*) je pakistanska podružnica ameriške banke (izdajateljica glavnih garancij) pred newyorškim okrožnim sodiščem zahtevala izdajo sumarne (hitre) sodbe (angl. *summary judgment*), ki naj bi brez opravljene glavne obravnave odločila o spornih pravnih vprašanjih in kontragarantu naložila obveznost reimbursiranja glavnega garanta, hkrati pa tudi izdajo ugotovitvene sodbe, da bo v primeru odločitve pakistanskega sodišča, da naj koristniku izplača garancijska zneska, upravičena do plačila kontragaranta.

3. IZ SODBE

Pristojno okrožno sodišče je uvodoma pravilno ter v skladu z doktrino,² judikatur³ in običajno mednarodno poslovno in bančno prakso *ugotovilo, da se za zadevni neodvisni garanciji in kontragarancijo (na prvo zahtevo) uporablja akreditivno pravo, ker te (dokumentarne) garancije s stand-by akreditivi delijo njihove opredelilne značilnosti, tj. bistvene značilnosti neodvisnosti in »pričakovanje strank, da bo [koristnik] prejel takojšnje plačilo, če bo predložil na videz veljavno potrdilo, da [nalogodajalec] ni izpolnil svojih obveznosti«*.⁴

Tudi tokrat je v tem novejšem primeru ameriško sodišče uporabilo v veliki večini dotedanjih primerov precej restriktivno interpretirano najpogostejšo izjemo, ko se v skladu s pravili iz 5-109. člena leta 1995 revidiranega Enotnega trgovinskega zakonika (Uniform Commercial Code (v nadaljevanju UCC)) in judikatur³ v ZDA v primeru jasnih, materialnih oziroma bistvenih prevar (bodisi v zvezi s samim instrumentom bodisi v zvezi z osnovno transakcijo), ponaredkov oziroma izkazanih očitnih zlorab koristnikovih pravic včasih v zvezi z zahtevo za plačilo akreditiva oziroma garancije lahko tudi odstopi od samostojne pravne narave takih jamčevalnih zavez (angl. *undertakings*), in v sodbi *ni ugodilo tožbenima zahtevkoma*. Pri tem je bilo sodišče mnenja, da so v luči arbitražne odločbe, ki je dokončno in zavezujoče za obe stranki odločila o njihovih pravicah in odgovornostih (res judicata) *ter od koristnika zahtevala, da odpove izdani (glavni) garanciji, nadaljnje zahteve koristnika odločno nezdržljive z obveznostmi koristnika glavnih garancij iz osnovne pogodbe ter prekludirane in da zahteve koristnika glavnih garancij, kakor tudi zahteva koristnice kontragarancije, nimajo nobene pravne ali dejanske podlage, in to ne po pogodbenem pravu ne po mednarodnem pravu in tudi ne po pravu države New York*,

² Glej o tem na primer v: R. Bertrams, nav. delo, str. 6–7, R. Goode, nav. delo (1985), str. 696 in nasl. (isti avtor v svojem nav. delu iz leta 1992, str. 8, 16 in 27, na primer trdi, da so izrazi garancije in podobna jamstva po tedanjih pravilih MTZ o garancijah na zahtevo (Publikacija MTZ št. 458) in *stand-by* akreditivi s pravnega vidika sinonimi, razlika med *stand-by* akreditivi in garancijami na zahtevo pa da ni pravna, pač pa v praksi in terminologiji), ter A. Davidson, nav. delo, str. 27, kjer ta pravi (vsi prevodi v članku so avtorjevi): »Oboji, neodvisne garancije in *stand-by* akreditivi, si delijo široko področje skupne uporabe in se pravno ne morejo razlikovati.«

³ Na primer *R. D. Harbottle (Mercantile) Ltd. v. National Westminster Bank Ltd.* ((1978) Q.B. 146/26, 1. 1977, 2 All E.R. 862), *Victory Carriers Inc. v. United States* (467 F. 2d. 1334; US Court of Claims – 1972) in *Edward Owen Engineering Ltd. v. Barclays Bank International Ltd. and Umma Bank (Court of Appeal of England*, 20. julij 1978, 6 BLR, 4; (1978) 1 Q.B. 159; (1978) 1 Lloyd's Rep. 166).

⁴ Po tem se ti instrumenti pomembno razlikujejo od jamstvenih zavarovanj (angl. *surety bonds*) in akcesornih garancij, izdanih iz naslova poročila, pri katerih je obveznost zavarovatelja oziroma poroka sekundarna.

ki je dobesedno sprejela omenjeni člen UCC, saj naj bi plačilo neodvisne garancije, ko naj bi po odločbi arbitraže koristnik tudi odpovedal garanciji, olajšalo koristnikovo materialno prevaro izdajatelja oziroma nalogodajalca. Posledično naj bi po mnenju sodišča tožnica ne imela nobene obveznosti plačila svojih sicer samostojnih garancij, pri čemer je sodišče v tem postopku tudi odločilo, da niti ona niti koristnik nimata nobene verjetne pravice (angl. »colorable right«) za dobroverno zahtevo za plačilo izdanih glavnih garancij oziroma kontragarancije, ki krije regresno zahtevo izdajateljice glavnih garancij.

4. KOMENTAR ODLOČITVE NEWYORŠKEGA SODIŠČA

4.1. Kritike sodbe

V literaturi je bila odločitev sodišča že kritizirana kot napačna, češ da je odstopanje od načela samostojnosti obveznosti izdajateljev teh instrumentov neupravičeno in brez podlage v standardni mednarodni praksi *stand-by* akreditivov, pogodbenem in mednarodnem pravu ter pravu države New York. Prav tako naj bi bila odločitev newyorškega sodišča neustrezna, ker da ima zaradi pomena tega foruma za mednarodne komercialne in finančne oziroma akreditivne posle lahko tudi velik negativni vpliv na možnost nastanka medsebojnih sporov med strankami garancijskega posla v širšem pomenu besede in udeleženci takih poslovnih transakcij, še posebej kadar gre za posredne garancije ter *fronting* garancije in so glavne garancije krite z regresno pravico ter samostojno kontragarancijo nalogodajalčeve banke iz dolžnikove države. To po mnenju kritikov pomeni višje stroške izdajateljev teh instrumentov, kar vpliva na višje cene izdajanja teh samostojnih bančnih instrumentov, pa tudi na njihovo manjšo učinkovitost in komercialno uporabljivost, tudi kadar se ti finančni instrumenti izdajajo posredno na podlagi izdane kontragarancije. Odločitvi newyorškega sodišča v tem primeru pa se prav tako očita, da naj bi bila tudi v nasprotju s standardi oziroma vodili, ki jih je ameriška judikatura izoblikovala za izdajo (začasnih) sodnih prepovedi plačil garancijskih oziroma akreditivnih zneskov.⁵

4.2. Načelo neodvisnosti garancijskih obveznosti in odstopanje od tega načela zaradi zlorab

Vsekakor ameriško pravo, še toliko bolj po sprejemu in poznejši reviziji UCC z njegovim 5-103(d) členom,⁶ vključno z njihovo sodno prakso, kar je v veliki

⁵ O teh obširno elaboriranih kritikah v A. Kuznetsov, nav. delo, str. 62–99.

⁶ Omenjeni člen UCC, podobno kot to za akreditive oziroma samostojne bančne garancije določata tudi pri nas še veljavna oziroma na podlagi prehodnih in končnih določb

večini primerov podobno in dokaj enotno v teoriji in judikaturi tudi druge v svetu, priznava samostojno pravno naravo *stand-by* akreditivov, ki so jih »izumile« newyorške banke in so danes v svetu vse bolj uveljavljeni ameriški pravni in ekonomski ekvivalenti ter ekonomsko gledano popolni substituti samostojnim bančnim garancijam na zahtevo.⁷ Pri tem ameriška sodišča uporabljajo doktrino o ločenosti in neodvisnosti bančnih garancij in akreditivov od osnovnih transakcij oziroma drugih razmerij (angl. *doctrine of distinct contracts*)⁸ kot logično posledico tega, da gre pri teh instrumentih za bančne dokumentarne posle, pri katerih velja načelo, da izdajatelji teh instrumentov »delajo z dokumenti, ne pa z blagom oziroma pravicami in obveznostmi iz osnovnih razmerij«.⁹ Ti instrumenti so zaradi ugleda in bonitete svojih izdajateljev ter prav zaradi njihove samostojne pravne narave, iz tega izvirajočih za koristnike ugodnih učinkov (»najprej plačaj, ugovarjaj (toži) pozneje«) in velike zaščitne vrednosti, kar velja tudi za kontragarancije oziroma *stand-by* akreditive v mednarodnih poslovnih transakcijah, zelo uveljavljeni v poslovni praksi kot učinkoviti osebnopravni oziroma finančni instrumenti zaščite pred riziki neizpolnitev in nepravilnih izpolnitev obveznosti dolžnikov iz različnih

iz drugega odstavka 1061. člena Obligacijskega zakonika – OZ-UPB1 (Ur. l. RS, št. 97/07) »smiselno uporabljana« 1074. in 1087. člen Zakona o obligacijskih razmerjih – ZOR (Ur. l. SFRJ, št. 29/78, 39/85, 52/89, 45/89 in 57/89) in pravila avtonomnega mednarodnega gospodarskega prava – na primer 5(a) in (b) člen Enotnih pravil o garancijah na zahtevo – EPGZ (Publikacija MTZ št. 758), 4. člen Enotnih običajev in prakse dokumentarnih akreditivov – EOPDA-600 (Publikacija MTZ št. 600), 1.06., 1.07. in 4.21. člen »Mednarodnih praks standby akreditivov« – ISP/98 (Publikacija MTZ št. 590) ter 3. in 6.(a) člen (UNCITRAL) Konvencije Združenih narodov o samostojnih garancijah in stand-by akreditivih z dne 11. decembra 1995 (<www.un.org/documents/ga/res/50/a50r048.htm> (26. 3. 2013); velja od leta 2000, ZDA so jo sicer podpisale, vendar ne ratificirale), izrecno govori o neodvisnosti teh instrumentov od obveznosti iz osnovnih in drugih razmerij.

⁷ M. Jus, nav. delo (1989), str. 479 in nasl.

⁸ Te obligacijskopravne varščine drugače kot stvarnopravne učinkujejo *inter partes* (angl. *privity of contracts*), njihova neakcesornost pa beneficiarjem nudi učinkovito pravno zaščito, saj se z izdajo takih samostojnih instrumentov in njihovo preprosto unovčljivostjo v skladu s pogodbeno voljo strank breme morebitnega dokazovanja neizpolnitev ali nepravilnih izpolnitev garantiranih obveznosti glavnega dolžnika iz osnovne pogodbe z upnika vsaj začasno do morebitnega uspešnega kondikcijskega ali odškodninskega zahtevka prenese na dolžnika (nalogodajalca za izdajo take garancije), ki v postopku sodnega ali arbitražnega reševanja sporov na primer dokaže, da je svoje obveznosti pravilno izpolnil in da je bil zato zaradi honoriranja garancije oškodovan, koristnik pa neupravičeno obogaten (angl. *unjust enrichment*).

⁹ Po 1.06(a) členu ISP/98 so *stand-by* akreditivi, ki so se razvili iz tradicionalnih komercialnih dokumentarnih akreditivov in so dejansko bančne garancije, izdane v formi akreditiva, instrumenti z zavezujočo, nepreklicno, samostojno in dokumentarno zavezo njihovih izdajateljev. O teh akreditivih, njihovi pravni naravi in ameriški judikaturi glej tudi M. Jus, nav. delo (2010), str. 118–131, 152, 181–185 in 418–434.

osnovnih razmerij, predvsem pri bolj zahtevnih in dolgotrajnejših poslih večje vrednosti.

S tega vidika bi zaradi samostojnosti akreditivne obveznosti newyorško sodišče tožnici moralo ugoditi, vendar pa neodvisnost teh instrumentov tudi po ameriškem pravu ni in ne sme biti absolutna. Daleč najpomembnejše izjeme, ko se tudi po ameriškemu pravu sodišča lahko vpletajo in zoper pogodbeno svobodo strank, ki dogovarjajo take obveznosti, odstopajo od samostojne narave teh jamčevalnih obveznosti, so tudi nesoglasja in spori med strankami osnovnih pogodb, ko gre za očitno ali precej verjetno izkazane prevare koristnikov v zvezi z akreditivi in njihovimi osnovnimi transakcijami oziroma materialne prevare koristnikov teh instrumentov in ko so ameriška sodišča tudi že pred sprejemom tega pravila leta 1978 v 5-114(2) oziroma zdaj v 5-109. členu leta 1995 revidiranega UCC (t. i. *fraud rule*) kot »sredstvo v skrajni sili« (lat. *ultimum remedium*) včasih izdajala začasne (predhodne) ali celo trajne odredbe, na primer sodne prepovedi plačil akreditivnih zneskov.¹⁰ S tem ameriška sodišča uveljavljajo staro pravno pravilo, da prevara povzroči neveljavnost (angl. *fraud unravels all*), zahteva koristnika garancije, za katero ta ve, da ni upravičena, pa je seveda zoper dobro vero in temeljno načelo vestnosti in poštenja.¹¹

Pri sporih v zvezi z izdanimi garancijami se torej nalogodajalci za izdajo garancij oziroma akreditivov s takimi postopki pred ameriškimi sodišči lahko včasih uspešno zaščitijo pred riziki *unfair calling*-a, kadar bi koristniki teh instrumentov v nasprotju s temeljnimi načeli obligacijskega prava zlorabljali svoje

¹⁰ Odstopanje od samostojne narave takih in podobnih obveznosti pozna sodna praksa vsaj že od leta 1765 – *Pillans v. Van Mierop* ((1765) 3 Burr 1663, 97 ER 1035). Vodilni in najpomembnejši tak primer iz ameriške judikature o akreditivih je *Sztejn v. J. Henry Schroder Banking Corp.* ((1941), 31. N.Y. Supp. (2d) 631), ko se je sodišče zaradi prevare (indijski kupec je namesto dogovorjenega blaga dobavil odpadke) odločilo, da bo banki, kateri je bila sicer predložena zahteva koristnika, ki je bila skladna z akreditivnimi pogoji, ob dokazani prevari prepovedalo plačilo izdanega akreditiva. Obrazložitev iz te sodbe *Vrhovnega sodišča države New York* je bila široko sprejeta in »kodificirana« v UCC, sodbi pa so sledila številna sodišča v ZDA in drugod (glej v M. Jus, prav tam, str. 424-425). Newyorško sodišče v obravnavani sodbi v zvezi z začasnimi odredbami navaja tudi naslednje mednarodne gradbene spore, ko so ameriška sodišča bankam izdala take prepovedi plačil, pri čemer pa sodišče ni elaboriralo, kako ti citirani primeri podpirajo sprejeto odločitev: *Brenntag Int'l Chem. Inc. v. Bank of India* (175 F.3d 245 (2d Cir. 1999)), *Rockwell Int'l Systems Inc. v. Citibank NA* (719 F.2d 583 (1983 USCA 2 Cir.)), *Roman Ceramics Corp. v. Peoples Nat'l Bank* (714 F.2d 1207 (3d Cir. 1983)), *3Com Corp. v. Banco do Brasil* (171 F.3d 739 (2d Cir. 1999)), *Ground Air Transfer, Inc. v. Westates Airlines, Inc.* (899 F.2d 1269 (1st Cir. 1990)) in *Recon/ Optical, Inc. v. Government of Israel* (816 F.2d 854 (2d Cir. 1987)).

¹¹ Glej 5. člen OZ.

pravice¹² in bi od njihovih izdajateljev zahtevali plačila ne glede na dospelost in pravilnost izvršitev garantirane obveznosti glavnega dolžnika iz osnovne pogodbe. Tak upravičen odstop od siceršnje neodvisnosti teh jamčevalnih obveznosti po mojem mnenju, v nasprotju z mnenjem prej omenjenega kritika sodbe newyorškega sodišča, predstavlja tudi omenjena arbitražna odločba, ki je dokončno in zavezujoče odločila, da izvajalec investitorju ni bil nič dolžan, in celo zahtevala odpoved izdanih garancij, ki so bile sicer res izdane kot neodvisne, vendar je tudi v ameriški judikaturi pripoznano, da je preprečevanje prevar z začasnimi odredbami vsaj toliko potrebno kot spodbujanje uporabe teh instrumentov, za katere so se dogovorile pogodbenne stranke v mednarodni trgovini,¹³ pri čemer pa zahteva vpletanje sodišč v samostojno naravo takih jamstvenih obveznosti bank zaradi njihovega ugleda ter integritete in komercialne uporabljivosti teh instrumentov posebno previdnost.¹⁴

Čeprav sicer argumenti za stališče o nepravilnosti odločitve newyorškega sodišča, ki izhajajo iz samostojnosti takih garancijskih obveznosti, *per se* vsaj načeloma držijo, gre v tem primeru po mojem mnenju vendarle za upravičeno odstopanje od načela samostojnosti, saj kljub samostojni naravi garancij, ki so bile v tem primeru plačljive na prvo zahtevo in ob predložitvi pisne izjave koristnika o neizpolnitvi garantiranih obveznosti (obe glavni garanciji) in ne glede na morebitne spore z garantom, nalogodajalcem ali tretjo stranjo, ne moremo zagovarjati vztrajanja pri plačilu takih garancij tudi v primerih, ko so ob zahtevi aktivno legitimiranega koristnika ali drugega pooblaščenega predložitelja (angl. *presenter*), ki je sicer morda skladna z garancijskimi pogoji (t. i. skladna predložitev – angl. *complying presentation*), podani jasni dokazi, da so bile garantirane obveznosti glavnega dolžnika iz osnovne pogodbe pravilno izpolnjene in da za zahtevo koristnika garancije ni ustrezne podlage (angl. *conceivable basis*) v osnovni pogodbi; in to ne glede na dejstvo, ali ima oškodovanec na voljo učinkovita pravna sredstva, da od koristnika garancij pozneje dobi nadomestilo utrpele škode oziroma povrnjen neupravičeno izplačan znesek garancij. Dokončna arbitražna odločba, čeprav se po vsebini nanaša na od garancij pravno ločene odnose iz osnovnega razmerja, je namreč gotovo eklatanten primer takega dokaza materialne prevare oziroma izkazane očitne fravdolozne zahteve oziroma zlorabe koristnikovih pravic, ki jih sodišča s svojimi odločitvami, ki bi temeljile na neodvisnosti teh instrumentov, ne bi smela podpirati.

¹² Glej 12. člen OZ.

¹³ *Dynamics Corp. of America v. Citizens & Southern National Bank* (356 F. Supp. 99, 1000 (N.D. Eq 1973)) in *Itek Corp. v. The First Nat'l Bank of Boston* (511 Supp. 1341, 1351 (D. Mass. 1981)).

¹⁴ *Roman Ceramics* (714 F.2d 1213) in *Southern Energy Homes, Inc. v. AmSouth of Alabama* (709 So. 2d 1185-86 (Ala. 1998)).

Iz tega razloga, ko gre torej za upravičeno odstopanje od načela samostojnosti akreditivnih oziroma garancijskih obveznosti, odločitev newyorškega sodišča ne more biti resno zamajana zaradi argumentov kritike, da se je arbitražna klavzula nanašala zgolj na osnovno pogodbo, da so bile pristojnosti arbitraže prekoračene (lat. *ultra petita*) in da je zato zadevna odločba arbitraže (ki je bila po dogovoru strank osnovne pogodbe pristojna za dokončno in zavezujočo odločitev o razlikah, sporih in vprašanjih, ki se nanašajo na osnovno pogodbo ali so z njo v zvezi) nerelevantna za neodvisna garancijska razmerja, pri čemer tudi pravo zvezne države New York priznava dokončnost mednarodnih arbitražnih odločb, za kar sta se stranki dogovorili v arbitražni klavzuli osnovne pogodbe.¹⁵ Zato se tudi v tem primeru niso uporabile in se tudi ne morejo uporabiti določbe 10. oddelka ameriškega Zveznega arbitražnega zakona (Federal Arbitration Act), določbe člena 190(1)(c) švicarskega zakona o mednarodnem zasebnem pravu iz leta 1987, ki se ob potrebni restriktivni razlagi taksativno naštetih razlogov za izpodbijanje arbitražnih odločb uporablja pri dogovorjenem arbitražnem postopku, ter določbe členov III in V-1(c) v svetu široko uporabljane ter tudi v ZDA in Pakistanu ratificirane (newyorške) Konvencije Združenih narodov o priznanju in izvrševanju tujih arbitražnih odločb iz leta 1958,¹⁶ ki veljavnost, priznanje in izvršljivost dokončnih arbitražnih odločb vežejo na odločitve, za katere je arbitraža pooblaščen, ne pa tudi na odločbe, pri katerih so arbitraže pri svojih odločitvah šle preko meja predloženih zahtevkov (lat. *punctum*) oziroma svojih pooblastil.

Res je, da v našem primeru za plačilo izdane (brezpogojne) kontragarancije na zahtevo glede na njeno besedilo ni bil postavljen noben izvengarancijski pogoj, še najmanj pogoj sodne ali arbitražne odločbe v korist upnika oziroma beneficiaryja, kar bi v tem primeru pomenilo, da bi bila garancijska obveznost akcesorna, ob tem pa je bila tudi izdana kontragarancija brezpogojna (angl. *unconditional*) in neodvisna od osnovne pogodbe. Vendar je šlo v pred newyorškim sodiščem obravnavanem primeru za izjemo in odstopanje od načela samostojnosti teh jamstvenih obveznosti, in sicer zaradi uporabe uveljavljenega pravila o (materialni) prevari oziroma zlorabi koristnikovih pravic, ki je bilo upravičeno zaradi dokončne arbitražne odločbe, iz katere je jasno izhajalo, da so bile obveznosti glavnega dolžnika iz osnovne pogodbe izpolnjene in da koristnik zato nima nobene utemeljene pravice unovčevati

¹⁵ Pri svoji odločitvi se je newyorško sodišče v zvezi s tem oprlo na odločitev v sporu *Synergy Gas Corporation v. Sasso* (835 F.2d 59, 63-64 (2d Cir. 1988)), ki navaja tudi citate iz sodbe v zadevi *Ottley v. Schwartzberg* (819 F.2d 373, 376 (2d Cir. 1987)), v podporo svojemu stališču pa je navajalo tudi citate iz sodbe v primeru *Guard-Life Corporation v. S. Parker Hardware Manufacturing Corporation* (428 N.Y.S.2d 628 (N.Y. 1980)).

¹⁶ Glej Zakon o ratifikaciji Konvencije o priznanju in izvrševanju tujih arbitražnih odločb (Ur. l. SFRJ – MP, št. 11/88).

garancij, ki krijejo te obveznosti glavnega dolžnika. S tega vidika gre torej po mojem mnenju v tem primeru zgolj za »navidezno« nasprotno stališče od stališča *pritožbenega oddelka Vrhovnega sodišča države New York* v primeru *Banco Nacional De Mexico, S.A. v. Société Générale* (820 N.Y.S.2d 588 (N.Y. App. Div. 2006)). V tem primeru je mehiški vladni agenciji lokalna banka honorirala *stand-by* akreditiva, med nalogodajalci, ki jim je uspelo pridobiti začasno odredbo o prepovedi plačila, in koristnikom pa sta se začela arbitražna spora, nato pa je potrdilna banka (angl. *confirming bank*) tožila akreditivno banko (angl. *issuing bank*) za reimbursiranje plačanega zneska. *Pritožbeno sodišče v New Yorku je odločilo, da mora akreditivna banka zaradi načela neodvisnosti odnosov med bankama od odnosov iz osnovne pogodbe honorirati predloženo zahtevo koristnika, ki je bila strogo skladna* (angl. *strict compliance*) *z akreditivnimi pogoji, ne glede na spor oziroma arbitražno odločbo, ki zadeva osnovno pogodbo*. Neodvisnost takih jamčevalnih obveznosti je seveda pravilo, ki ga ameriška zakonodaja in judikatura, kot rečeno, priznavata, sam obstoj spora iz pravno ločenega osnovnega razmerja pa seveda še ni tudi zadosten pogoj za uporabo predstavljene in nujno restriktivno interpretirane izjeme od samostojnosti teh instrumentov (materialna prevara),¹⁷ ki je temeljila na dokončni odločbi arbitraže v tukaj obravnavanem poznejšem sporu. Tako je po mojem mnenju v obravnavanem primeru newyorško sodišče pravilno uporabilo izjemo iz člena 5-109(b) UCC ter o sporu odločilo v skladu s tudi že pred sprejemom tega zakonika prevladujočimi stališči ameriške judikature o izdaji začasnih odredb, saj je bilo z dokončno arbitražno odločbo zadovoljeno tudi standardu, da tožnik obstoj (materialne) prevare v takem postopku dokaže v tej meri, da je že na prvi pogled verjetno in z zadostnimi oziroma jasnimi dokazi o dovolj resni prevari podprto, da bo primer pred sodiščem dobil (t. i. *prima facie case*).¹⁸

5. ZAKLJUČNE UGOTOVITVE

Dokončna arbitražna odločba, s katero se presodi, da glavni dolжник svojemu upniku in koristniku izdane garancije ni dolžan ničesar, da je torej svoje garantirane obveznosti iz osnovne pogodbe pravilno izpolnil oziroma da za njihovo morebitno neizpolnitev ni odgovoren, je eklatanten primer neupravičenega

¹⁷ O čemer se strinjajo tudi avtorji uradnega komentarja 1 (k 5-109. členu revidiranega) UCC (Uniform Commercial Code (1995 Official Text with Comment), West Publishing Co., St. Paul 1996, str. 403), ko trdijo, da koristnik akreditiva nima nobene pravice pričakovati plačilo, kadar za to ni nobene dejanske podlage. Glej tudi *Intraworld Industries v. Girard Trust Bank* (461 Pa. 343 (1975)).

¹⁸ *Brenntag Int'l* (175 F.3d 249-51), *Itek Corp.* (730 F.2d 24-25 (1st Cir. 1984)) in *Rockwell Int'l* (719 F. 2d. 583).

unovčevanja za te obveznosti izdane garancije na zahtevo, še posebej če se za zadostni dokaz utemeljenosti zatrjevanja *unfair calling*-a, ki kot vsaj potreben pogoj upravičuje nehonoriranje neodvisne garancije, lahko šteje med drugim že tudi podpisano potrdilo o (končnem) prevzemu (angl. *final take-over certificate*) – če na primer neodvisni inženir potrdi, da v pogodbenem roku niso bile reklamirane skrite napake (ali da je izvajalec del svoje pogodbene obveznosti pravilno izpolnil). Arbitražna odločba o izpolnitvi obveznosti glavnega dolžnika je gotovo še bolj očiten dokaz neutemeljenosti zahteve upnika za plačilo garancije kot omenjeno potrdilo svetovalnega inženirja, vendar bo zaradi narave in značilnosti teh poslov ter arbitražnih postopkov odločba arbitraže v praksi nalogodajalcu za izdajo garancije redko na voljo, ko bi ta želel s sodno odredbo koristniku oziroma banki garantu prepričati honoriranje garancij.¹⁹ Arbitražna odločba, ki je dokončno odločila o izpolnjenih garantiranih obveznostih in s tem vsaj implicitno tudi o neupravičenosti koristnikove zahteve, je bila verjetno tudi razlog, da sodišče v tem analiziranem primeru, na kar se je nanašala tudi kritika obravnavane odločbe, poleg zadosti jasnih dokazov o prevari – in kar je sodišče v našem primeru očitno štelo ne samo kot potrebni, pač pa tudi že kot zadostni pogoj – ni ugotavljalo tudi nekaterih dejstev in izpolnjevanja drugih pogojev, ki jih ameriška judikatura kot izoblikovan pravni standard sicer ponavadi tudi zahteva za izdajo začasnih odredb, s katerimi se na primer bankam izdajateljicam prepove honoriranje izdanih samostojnih bančnih garancij.

V zvezi z bistvenimi prevarami, ki so v izjemnih primerih lahko upravičen razlog za izdajanje takih začasnih sodnih odredb in odstopanje od samostojnosti akreditivnih oziroma garancijskih obveznosti, se je ameriška judikatura trudila izoblikovati standarde in vodila o tem, kakšna ravnanja in razmere so potrebni za izdajo takih odredb, da je na primer prevara koristnika dovolj resna in očitna. Pri teh postopkih (angl. *interlocutory injunction procedures*) na primer ameriška sodišča v nekaterih okrožjih opravljajo test »uravnoteženosti pravic« strank v sporu (angl. *»balancing of the equities« test*) in (začasne) sodne prepovedi honoriranja garancij oziroma akreditivov izdajajo, če je izkazano, da bi bile tožnikove težave ob zavrnitvi zahtevane sodne prepovedi večje od toženčevih, če bi dobil tako prepoved, ob tem pa tudi, da mu brez izdaje sodne prepovedi grozi nepopravljiva škoda (angl. *irreparable harm/injury*),²⁰ ki je od koristnika pozneje po končni rešitvi spora ne bi mogel povrniti ali bistveneje omiliti (restitucija oziroma satisfakcija). To zajema tudi primere škod, ki ne bi

¹⁹ M. Jus, nav. delo (2010), str. 394 in 470–471.

²⁰ Test nepopravljive škode je v ameriški judikaturi na primer elaboriran tudi v primeru *Caulfield v. Board of Education* ((583 F.2d. 605 (2d Cir. 1978)), v angleški pa v primeru *American Cyanamid Co. v. Ethicon Ltd.* ((1975) AC 396).

mogle biti povrnjene, na primer zaradi nesolventnosti²¹ oziroma neobstoja beneficijarjevih sredstev v ZDA, škode, ki jih razsodba na denarni znesek ne more odpraviti,²² težave z dokazovanjem zneska škode²³ ter, kot izhaja iz odločitev tudi v drugih t. i. iranskih primerih, tudi z neobstojem pravnih sredstev²⁴ in forumom za reševanje sporov.

Pri vsem tem gre v ameriški sodni praksi za dokaj fleksibilne kriterije, ki jih ameriška sodišča v posameznih primerih uporabljajo tudi tako, da privedejo do različnih rezultatov, v tukaj obravnavanem primeru pa ti razlogi zelo verjetno niso bili podani in jih newyorško sodišče tudi ni obravnavalo.

²¹ *Brenntag Int'l* (175 F.3d 250) in *Centauri Shipping Ltd. v. Western Bulk Carriers KS* (528 F. Supp. 2d 186, 194 (S.D.N.Y. 2007)).

²² *JSG Trading Corp. v. Tray-Wrap, Inc.* (917 F.2d 75, 79 (2d Cir. 1990)).

²³ *Rockwell Int'l* (719 F.2d. 586).

²⁴ *Itek Corp.* (730 F.2d 22) ter *Foxboro Co. v. Arabian American Oil Co.* (805 F.2d 34 (1st Cir. 1986)) in *Southern Energy Homes* (709 So. 2d 1187). V zadnjih dveh primerih, ki sta se nanašala na stranke v Savdski Arabiji oziroma Nemčiji, ni bila izkazana nepopravljiva škoda, saj so bila nalogodajalcem na voljo pravna sredstva (angl. *remedies*) za reševanje medsebojnih sporov in povrnitev neupravičeno izplačanih akreditivnih zneskov.

Literatura

- Roeland I. V. F. Bertrams: Bank Guarantees in International Trade, second revised edition/second reprint. ICC Publishing S.A./Kluwer Law International, Paris – New York/The Hague – London – Boston 1998.
- Alan Davidson: Fraud and the UN Convention on Independent Guarantees and Standby Letters of Credit, v: George Mason Journal of International Commercial Law, 1 (2010) 1, str. 25–47.
- Roy M. Goode: Commercial Law. Penguin Books, Harmondsworth Middlesex 1985.
- Roy Goode: Guide to the ICC Uniform Rules for Demand Guarantees. ICC Publication No. 510, ICC, Paris 1992.
- International Standby Practices (ISP/98), ICC Publication No. 590.
- Miran Jus: Stand-by akreditiv, v: Pravnik, 44 (1989) 11/12, str. 479–488.
- Miran Jus: Bančne garancije in sorodni instrumenti financiranja trgovine. Uradni list Republike Slovenije, Ljubljana 2010.
- Andrey V. Kuznetsov: Sacrificing the Utility of Counter-Guarantees and Counter-Standby Letters of Credit for International Infrastructure Projects by Neglecting the Virtues of Strict Adherence to the Independence Principle: American Express Bank Ltd. v. Banco Espanol de Credito, v: George Mason Journal of International Commercial Law, 2 (2010) 1, str. 62–99.
- Ljiljana Maurović: Bankarsko pravo. Sveučilište Jurija Dobrile u Puli, Odjel za ekonomiju i turizam »Dr. Mijo Mirković« i Mikrorad d.o.o., Zagreb 2009.
- Performance Bonds and Contract Guarantees with special reference to the risk of unfair calling and injunction procedures – Proceedings of the Seminar held in Paris in January, 1982, International Bar Association Section on Business Law (London) and Institute of International Business Law and Practice (Paris), May 1983.
- Michael Rowe: Guarantees, Standby Letters of Credit and Other Securities. Euromoney, London 1987.
- Michael Rowe: Letters of Credit, 2nd edition. Euromoney Books, London 1997.
- Uniform Customs and Practice for Documentary Credits – 2007 Revision (UCP 600), ICC Publication No. 600.
- Uniform Commercial Code (1995 Official Text with Comment), West Publishing Co., St. Paul 1996.
- Uniform Rules for Demand Guarantees Including Model Forms – 2010 Revision, ICC Publication No. 758.
- Philip R. Wood: Comparative Law of Security and Guarantees. Sweet & Maxwell, London 1995.

ZLORABA ZEMLJIŠKEGA DOLGA – KAZENSKOPRAVNI VIDIK ONEMOGOČANJA ODVZEMA PREMOŽENJSKE KORISTI, PRIDOBLENE S KAZNIVIM DEJANJEM, OZIROMA PREMOŽENJA NEZAKONITEGA IZVORA*

Nina Židanik,

*univerzitetna diplomirana pravnica, doktorska kandidatka na Pravni fakulteti
Univerze v Ljubljani, višja pravosodna svetovalka, Okrožno državno tožilstvo
v Mariboru*

1. ZEMLJIŠKI DOLG

Zemljiški dolg je pravica zahtevati poplačilo določenega denarnega zneska iz vrednosti nepremičnine pred drugimi upniki s slabšim vrstnim redom. Načeloma ga ustanovi lastnik nepremičnine, na podlagi enostranskega pravnega posla v obliki notarskega zapisa, z vpisom v zemljiško knjigo in izstavitvijo zemljiškega pisma.¹ Zemljiški dolg se prenaša skupaj z zemljiškim pismom, ki je stvarnopravni vrednostni papir po odredbi. Zemljiško pismo ustanovitelju izstavi zemljiškoknjižno sodišče, potem ko je izvršena vknjižba zemljiškega dolga. Lastnik obremenjene nepremičnine mora zemljiški dolg ob njegovi zapadlosti plačati upravičenemu imetniku zemljiškega pisma (ta se dokazuje z nepretrgano verigo indosamentov), pri čemer poplačila zemljiškega dolga ne more zahtevati lastnik obremenjene nepremičnine. Zemljiški dolg preneha z izbrisom iz zemljiške knjige, ki pa se lahko opravi samo ob predložitvi zemljiškega pisma.²

* Predstavljena so osebna mnenja avtorice in ne mnenja institucije, v kateri je zaposlena.

¹ Zemljiški dolg lahko ustanovi tudi hipotekarni upnik, ki v soglasju z lastnikom nepremičnine spremeni svojo hipoteko v enega ali več zemljiških dolgov, vendar takšna ustanovitev v praksi ni tako pogosta.

² Členi 192–200 Stvarnopravnega zakonika (SPZ), Ur. l. RS, št. 87/02 in 18/07.

Zemljiški dolg je oblika neakcesorne zastave nepremičnine, kar pomeni, da njegov obstoj ni pogojen z obstojem terjatve in je samostojno izterljiv. Zaradi navedenega je z istim zemljiškim dolgom mogoče zavarovati različne terjatve istega upnika. Ker se prenaša zunajknjižno, s prenosom zemljiškega pisma, je njegov prenos na drugega upnika povsem preprost – z indosamentom in izročitvijo zemljiškega pisma. Za prvega imetnika zemljiškega pisma se šteje ustanovitelj, medtem ko njegovi nadaljnji pridobitelji in s tem upravičenci do poplačila iz zemljiškega dolga navzven niso razvidni. Ko je terjatev, zavarovana z zemljiškim dolgom, plačana, upnik iz zemljiškega dolga zemljiško pismo vrne lastniku nepremičnine, ki lahko zahteva izbris zemljiškega dolga iz zemljiške knjige ali pa zemljiško pismo ponovno uporabi za zavarovanje druge terjatve. Če dolжник ne plača dolgovanega zneska ob njegovi zapadlosti, pa lahko upravičenec iz zemljiškega pisma predlaga izvršbo, ne da bi prej vložil hipotekarno tožbo, saj je zemljiško pismo izvršilni naslov.³

2. USTANOVITEV HIPOTEKE IN ZEMLJIŠKEGA DOLGA ZARADI ONEMOGOČANJA ODVZEMA PREMOŽENJSKE KORISTI OZIROMA PREMOŽENJA NEZAKONITEGA IZVORA

Odvzem premoženjske koristi izhaja iz temeljnega pravnega načela o nedovoljenem razpolaganju s premoženjem, ki je bilo pridobljeno na protipraven način. Kazenski zakonik (KZ-1)⁴ tako v 74. členu določa, da nihče ne more obdržati premoženjske koristi, ki je bila pridobljena s kaznivim dejanjem ali zaradi njega. Navedeno načelo izpeljuje tudi Zakon o odvzemu premoženja nezakonitega izvora (ZOPNI),⁵ ki določa odvzem premoženja nezakonitega izvora – premoženja, ki ga lastnik ni pridobil na zakonit način, vendar mu kaznivega dejanja, s katerim ga je pridobil, ni mogoče dokazati. Problem dokazovanja, da je bilo storjeno kaznivo dejanje, se namreč mnogokrat pokaže pri korupcijskih kaznivih dejanjih, pri katerih oškodovancev ni, ali pri kaznivih dejanjih, storjenih v hudodelski združbi, pri katerih oškodovanci in priče zaradi strahu pred povračilnimi ukrepi obdolžencev zoper njih ne upajo izpovedati. Pregon tovrstnih kaznivih dejanj je običajno uspešen le na podlagi izvedbe prikritih preiskovalnih ukrepov, katerih uporaba pa je časovno omejena. Tako se premoženje, ki ga je obdolženec pridobil v času pred storitvijo kaznivih dejanj

³ Več o tem Tomaž Keresteš: Zemljiški dolg, v: Miha Juhart in drugi: Stvarnopravni zakonik s komentarjem. GV Založba, Ljubljana 2004, str. 795–832.

⁴ Ur. l. RS, št. 50/12 (UPB2).

⁵ Ur. l. RS, št. 91/11 in 30/12.

pod obtožbo oziroma s kaznivim dejanjem, katerega storitve mu ni mogoče dokazati, lahko odvzame le na podlagi določil ZOPNI.

Iz letnega poročila policije izhaja, da so storilci kaznivih dejanj s področja gospodarske kriminalitete samo v prvi polovici leta 2012 povzročili premoženjsko škodo v vrednosti skoraj 125 milijonov evrov, leta 2011 v vrednosti skoraj 157 milijonov evrov in leta 2010 v vrednosti dobrih 418 milijonov evrov.⁶ Navedeni podatki kažejo, da sta nujno potrebna učinkovit sistem odvzema premoženjske koristi in preprečevanje zlorab, ki se pojavljajo v praksi.

2.1. Ustanovitev fiktivne hipoteke

V primeru, ko osumljenec ustanovi lažno hipoteko, s katero želi preprečiti kasnejši odvzem premoženjske koristi, pridobljene s kaznivim dejanjem, ali premoženja nezakonitega izvora, s svojim ravnanjem sicer oteži delo organov pregona, vendar samega odvzema ne onemogoči.

Tožilstvo mora v takem primeru sodišču predlagati, da na podlagi prvega odstavka 502. člena Zakona o kazenskem postopku (ZKP)⁷ odredi začasno zavarovanje zahtevka za odvzem premoženjske koristi z vpisom prepovedi odtujitve in obremenitve nepremičnine v zemljiško knjigo, hkrati pa mora pozvati državno pravobranilstvo na vložitev izbrisne tožbe.

Izbrisna tožba je stvarnopravna tožba, pri kateri je tožbeni zahtevek poleg zahtevka za ugotovitev neveljavnosti izpodbijane vknjižbe usmerjen tudi v izbris materialnopravno neveljavne vknjižbe in s tem v vzpostavitev prejšnjega zemljiškoknjižnega stanja. Zahtevek iz izbrisne tožbe je utemeljen, če je izpodbijana vknjižba iz materialnopravnega razloga nepravilna, če tožbo uveljavlja oseba, ki izkaže, da so s to vknjižbo kršene njene stvarne ali obligacijske pravice na nepremičnini (vprašanje aktivne legitimacije), in če je tožba vložena zoper osebo, v korist katere je bila z izpodbijano vknjižbo vknjižena pridobitev pravice, hkrati pa ni izkazana dobra vera pridobitelja (vprašanje pasivne legitimacije).⁸

Državno pravobranilstvo bi v obravnavanem primeru moralo vložiti izbrisno tožbo zoper upnika iz hipoteke, ki je razviden iz zemljiške knjige, ter dokazati ničnost ustanovljene hipoteke in s tem doseči vzpostavitev prejšnjega zemljiškoknjižnega stanja.

⁶ Pregled dela policije za prvo polletje 2012, <www.policija.si/images/stories/Statistika/LetnaPorocila/PDF/PorociloZaPrvoPolletje2012.pdf> (7. 4. 2013).

⁷ Ur. l. RS, št. 32/12 (UPB8), 36/12 in 55/12.

⁸ Člena 243 in 244 Zakona o zemljiški knjigi (ZZK-1), Ur. l. RS, št. 58/03, 37/08, 45/08, 28/09, 79/10 in 25/11.

Po pravnomočnosti obsodilne kazenske sodbe, s katero je sodišče odredilo odvzem premoženjske koristi obdolžencu, oziroma civilne sodbe, s katero je odredilo odvzem premoženja nezakonitega izvora, in po pravnomočnosti sodbe, s katero je bil odrejen izbris hipoteke iz zemljiške knjige, bi se lahko neovirano opravil odvzem ugotovljene premoženjske koristi oziroma premoženja nezakonitega izvora v skladu z določbami Zakona o davčnem postopku (ZDavP-2)⁹ oziroma Zakona o izvršbi in zavarovanju (ZIZ).¹⁰

2.2. Ustanovitev fiktivnega zemljiškega dolga

2.2.1. Zemljiški dolgovi oseb, osumljenih storitve kaznivih dejanj

V starejši strokovni literaturi lahko zasledimo mnjenja številnih pravnih strokovnjakov, ki vztrajno naštevajo prednosti zemljiškega dolga pred hipoteko in hkrati obžalujejo, da ta institut v praksi še ni povsem zaživel, medtem ko je v Nemčiji razmerje med ustanovitvami zemljiškega dolga in hipoteke približno 81 odstotkov proti 19 odstotkom v korist zemljiškega dolga.¹¹ V zadnjem času pa je ta institut zaživel tudi v slovenski praksi – mediji vse pogosteje poročajo o dvomljivih ustanovitvah zemljiškega dolga v izredno visokih zneskih.

Časnik Dnevnik je v članku Hiše padlih direktorjev varne pred upniki¹² poročal o posameznikih, zoper katere so sproženi kazenski postopki in ki imajo na svojih hišah vpisane zemljiške dolgove. Ne trdim, da so vsi zemljiški dolgovi, ki jih bom v nadaljevanju povzela iz navedenega članka, ustanovljeni z namenom preprečitve odvzema premoženja, je pa glede na njihovo višino, čas ustanovitve in tudi v enem primeru dospelost zemljiškega dolga nedvomno mogoče podvomiti o namenu njihove ustanovitve.

Domnevni vodja hudodelske združbe, obtožen kaznivega dejanja neupravičene proizvodnje in prometa s prepovedanimi drogami, naj bi v času, ko je bil v priporu, na svojem lokalu v Ljubljani ustanovil zemljiški dolg v višini 1,25 milijona evrov. Prav tako naj bi tudi osumljenca, za izročitev katerih si prizadevajo ameriški organi pregona zaradi nedovoljene spletne prodaje steroidov, na svoji vili v Ljubljani ustanovila zemljiški dolg v višini 5 milijonov evrov.

⁹ Ur. l. RS, št. 13/11 (UPB4), 32/12 in 94/12.

¹⁰ Ur. l. RS, št. 3/07 (UPB4), 93/07, 6/08, 37/08, 45/08, 113/08, 28/09, 47/09 (48/09), 57/09, 51/10, 26/11, 14/12, 17/13.

¹¹ T. Keresteš, nav. delo, str. 796; Renato Vrenčur: Moderne oblike zavarovanja plačil. GV Založba, Ljubljana 2005, str. 171.

¹² Tomaž Modic: Hiše padlih direktorjev varne pred upniki, v: Dnevnik, 22. januar 2013.

Bivše odgovorne osebe družb Primorje, Vegrad in SCT, ki so bile 30. marca 2012 na prvi stopnji obsojene zaradi prejemanja in dajanja podkupnin, naj bi avgusta oziroma septembra 2011, torej po tem, ko je zoper njih že bil sprožen kazenski postopek, na svojih nepremičninah ustanovile zemljiške dolgove v višini 1,5 milijona evrov, 600.000 evrov in 5 milijonov evrov.¹³

Nekdanji predsednik uprave Luke Koper, ki je bil 10. januarja 2013 na prvi stopnji obsojen zaradi zlorabe položaja ali zaupanja pri gospodarski dejavnosti in nedovoljenega sprejemanja daril, naj bi februarja 2010, torej takrat, ko je zoper njega že bil uveden kazenski postopek, na svoji hiši ustanovil zemljiški dolg v višini pet milijonov evrov. Luka Koper je v kazenskem postopku priglasila premoženjskopravni zahtevek v višini 1,7 milijona evrov.¹⁴

Nekdanji predsednik uprave družbe Viator & Vektor, osumljen zlorabe položaja pri gospodarski dejavnosti, naj bi avgusta leta 2011 na svoji hiši ustanovil zemljiški dolg v višini 700.000 evrov oziroma naj bi ga ustanovila njegova žena, saj je lastništvo pred tem prenesel na njo. Navedeni zemljiški dolg bo došel v plačilo leta 2099.¹⁵

Nekdanji predsednik uprave Istrabenza in nekdanji svetovalec za finance te družbe sta obtožena kaznivih dejanj, povezanih s preprodajo delnic Istrabenza leta 2007. Slednji naj bi decembra 2009 na svoji hiši ustanovil dva zemljiška dolgova v skupni višini šest milijonov evrov, žena bivšega predsednika uprave, na katero naj bi ta leta 2008 prepisal svojo hišo, pa 24. decembra 2012, v dneh, ko je sodišče zavrnilo njegov ugovor zoper obtožnico, zemljiški dolg v višini 360.000 evrov.¹⁶ Pivovarna Laško je v kazenskem postopku vložila premoženjskopravni zahtevek v višini 25,4 milijona evrov.¹⁷

2.2.2. Dokazovanje fiktivnosti zemljiškega dolga

Pri presojanju, ali je določena oseba ustanovila zemljiški dolg z namenom zavarovanja določene terjatve ali pa je podan sum, da ga je ustanovila z iz-

¹³ Neznani avtor (STA, T. P.): Čista lopata: Zidar, Tovšakova in Črnigoj obsojeni na zaporne kazni, na voljo na <www.dnevnik.si/ljubljana/1042520276> (1. 6. 2013).

¹⁴ Neznani avtor (STA): Pomurec Robert Časar dobil 6 let zaporne kazni, na voljo na <www.pomurec.com/vsebina/14491/Pomurec_Robert_Casar_dobil_sest_let_zaporne_kazni> (1. 6. 2013).

¹⁵ Neznani avtor (T. L.): So sunili milijone?, na voljo na <www.slovenskenovice.si/crni-scenarij/doma/so-sunili-milijone> (1. 6. 2013).

¹⁶ Tomaž Modic: Bavčar ščiti hišo pred organi pregona, v: Dnevnik, 12. marec 2013.

¹⁷ Neznani avtor (STA): Sojenje Bavčarju in Šrotu: 25 milijonov evrov škode za Pivovarno Laško, na voljo na <www.reporter.si/slovenija/sojenje-bav%C4%8Darju-%C5%A1rotu-25-milijonov-evrov-%C5%A1kode-za-pivovarno-la%C5%A1ko/15183> (1. 6. 2013).

ključnim namenom preprečitve odvzema premoženjske koristi ali premoženja nezakonitega izvora, je treba razumeti temeljne značilnosti zemljiškega dolga ter odgovoriti na vprašanja:

- ali je zoper lastnika obremenjene nepremičnine v času ustanovitve zemljiškega dolga že potekal predkazenski ali kazenski postopek, v katerem bi lahko prišlo do odvzema premoženjske koristi ali plačila premoženjskopopravnega zahtevka oškodovancu v večji vrednosti,¹⁸
- kolikšna je višina ustanovljenega zemljiškega dolga,
- kdaj je določena dospelost zemljiškega dolga,
- ali je lastnik obremenjene nepremičnine po ustanovitvi zemljiškega dolga razpolagal z večjo vsoto denarja, ki bi jo lahko pridobil na podlagi terjatve, zavarovane z zemljiškim dolgom,
- ali so podane kakšne druge okoliščine, ki kažejo na to, da želi lastnik obremenjene nepremičnine zavarovati svoje premoženje pred drugimi upniki s slabšim vrstnim redom.

Ker je zemljiški dolg stvarna pravica neakcesorne narave, se lahko ustanovi ne glede na to, ali v času njegove ustanovitve že obstaja določena terjatev. Povsem običajno je, da ga lastnik obremenjene nepremičnine ustanovi »na zalogo«, torej da ga bo kasneje prenesel na drugo osebo. Prednost zemljiškega dolga je prav v tem, da imetniku, ki išče kredit, omogoča, da kreditodajalcu že ob sklenitvi pogodbe lahko ponudi nepremičninsko zavarovanje.¹⁹ Iz navedenega razloga zgolj neobstoj zavarovane terjatve ob ustanovitvi zemljiškega dolga ne dokazuje njegove fiktivnosti.

Ker zemljiški dolg ni vezan na obstoj terjatve, tudi z njenim plačilom ne ugašne. Če ga je lastnik obremenjene nepremičnine ustanovil z namenom zavarovanja določene terjatve, se ob izročitvi zemljiškega pisma z upnikom običajno dogovori, da ima pravico do realizacije zemljiškega dolga le, če zavarovane terjatve ne bo plačal, in tudi, da mu je upnik po plačilu zavarovane terjatve dolžan vrniti zemljiško pismo in s tem opraviti povratni prenos zemljiškega dolga. Gre za obligacijsko pogodbo med upnikom in lastnikom nepremičnine, za katero ni zahtevana posebna oblika.²⁰ Šele takrat lahko lastnik nepremičnine zahteva izbris zemljiškega dolga iz zemljiške knjige, saj mora predložiti zemljiško pismo v izvirniku. Zemljiški dolg je torej nedeljiv, saj četudi pride do delnega plačila, obveznost iz zemljiškega dolga ostane nespremenjena. Zato je

¹⁸ Smiselno enako seveda velja tudi za sprožene odškodninske postopke.

¹⁹ Miha Juhart: Stvarnopravni zakonik, uvodna pojasnila, GV Založba, Ljubljana 2002, str. 69.

²⁰ Matjaž Tratnik: Stvarnopravni zakonik z uvodnimi pojasnili. Uradni list Republike Slovenije, Ljubljana 2002, str. 142.

pri večjih vrednostih smotrno, da lastnik nepremičnine za zavarovanje terjatve ustanovi več zemljiških dolgov in se z upnikom dogovori, da mu ob delnem plačilu v določeni višini vrne zemljiško pismo, v katerem je inkorporirana pravica do poplačila iz vrednosti obremenjene nepremičnine v enaki višini.

V notarskem zapisu, s katerim se ustanovi zemljiški dolg, in tudi v samem zemljiškem pismu morajo biti navedeni pogoji zapadlosti zneska. Ustanovitelj zemljiškega dolga lahko določi zapadlost zemljiškega pisma že ob izdaji, zapadlost lahko določi z rokom ali pa zapadlost veže na odpoklic.²¹ Če nekdo ustanovi zemljiški dolg z namenom zavarovanja terjatve, ki že obstaja, ali pa šele namerava zaprositi za določeno posojilo, bo zapadlost določil bodisi takoj ob izdaji zemljiškega pisma bodisi na odpoklic, če terjatev že obstaja, pa z rokom, ki ustreza zapadlosti terjatve. Nikakor pa ne bo zapadlosti določil z rokom 90 let, saj na podlagi takšnega zemljiškega dolga ne bo mogel pridobiti nobenega kredita.

2.2.3. Postopanje državnih organov v primeru suma ustanovitve fiktivnega zemljiškega dolga

Čeprav zemljiški dolg pravzaprav pomeni neakcesorno obliko hipoteke, zaradi česar 193. člen SPZ pri ureditvi zemljiškega dolga tudi napotuje na smiselno uporabo določil o hipoteki, pa postopanje državnih organov, kot pride v poštev v primeru ustanovitve lažne hipoteke, v primeru ustanovitve lažnega zemljiškega dolga ni uporabljivo. Člen 200 SPZ namreč določa, da zemljiški dolg preneha z izbrisom iz zemljiške knjige, ki pa se lahko opravi le ob predložitvi zemljiškega pisma. Navedeno onemogoča vložitev izbrisne tožbe, kar bom podrobneje opisala na konkretnem primeru v nadaljevanju.

2.2.3.1. Nesklepčnost izbrisne tožbe – primer iz prakse

A je B-ju leta 1997 prodal stanovanje. B je od takrat naprej v stanovanju živel, vendar svoje lastninske pravice ni vpisal v zemljiško knjigo. A je leta 1999 isto stanovanje podaril svojemu sinu C-ju, ki se je na podlagi darilne pogodbe kot lastnik stanovanja vknjižil v zemljiško knjigo. Zaradi tega je B proti C-ju vložil tožbo na izstavitev pravno veljavne listine, na podlagi katere se bo lahko kot lastnik vpisal v zemljiško knjigo, pri čemer se je pravdni postopek vlekel vse do leta 2007, ko je postala sodba, s katero je sodišče tožbenemu zahtevku ugodilo, pravnomočna.²²

C je v času teka pravnega postopka leta 2004 z D-jem sklenil posojilno pogodbo in sporazum o ustanovitvi hipoteke na spornem stanovanju v višini

²¹ T. Keresteš, nav. delo, str. 803.

²² Odločba VSK, št. I Cp 146/2007, z dne 13. novembra 2007.

38.000 evrov, leta 2005 pa še eno posojilno pogodbo in sporazum o ustanovitvi hipoteke v višini 32.000 evrov. Čez nekaj mesecev sta sklenila še kupoprodajno pogodbo, na podlagi katere je C, ki je bil v zemljiški knjigi še vedno vpisan kot lastnik, stanovanje prodal D-ju za 100.000 evrov. D je leta 2008, torej po tem, ko je postala opisana sodba pravnomočna, na spornem stanovanju ustanovil zemljiški dolg v višini 200.000 evrov. Zaradi opisanega ravnanja je B zoper C-ja in D-ja vložil izbrisno tožbo.

Sodišče prve stopnje je leta 2010 odločilo, da so posojilni pogodbi in sporazuma o ustanovitvi hipoteke, prodajna pogodba ter notarski zapis o ustanovitvi zemljiškega dolga nični, saj so bili sklenjeni v nasprotju z vestnostjo in poštenjem ter z namenom izigrati B-ja. Zaradi neveljavnosti vknjižb je sodišče odredilo izbris lastninske pravice D-ja, zemljiškega dolga in obeh hipotek iz zemljiške knjige ter s tem vzpostavitev prejšnjega zemljiškoknjižnega stanja.

Zoper opisano sodbo sta C in D vložila pritožbi, na podlagi katerih je višje sodišče zahtevke za ugotovitev neveljavnosti vknjižbe in za izbris zemljiškega dolga zavrnilo, v preostalem delu pa sodbo razveljavilo in vrnilo sodišču prve stopnje v novo sojenje.

Obrazložitev odločitve višjega sodišča v zvezi z zavrnitvijo tožbenega zahtevka v delu, ki se nanaša na zemljiški dolg:

»Tožba na ugotovitev neveljavnosti vknjižbe zemljiškega dolga in na izbris te vknjižbe, tako kot je zastavljena, ni sklepčna. Zemljiški dolg je specifična stvarna pravica. Njegova posebnost je v tem, da za njegov nastanek ne zadošča zgolj vpis v zemljiško knjigo, temveč mora biti izstavljeno tudi zemljiško pismo (194. člen SPZ). Za zemljiško pismo je značilna njegova abstraktna narava, ko je enkrat izstavljeno se zemljiški dolg ne prenaša z vpisi v zemljiški knjigi, temveč skupaj z zemljiškim pismom (197. člen SPZ) kot stvarnopravnim vrednostnim papirjem po odredbi, kar pomeni, da je imetnik pravice iz zemljiškega dolga vsakokratni imetnik zemljiškega pisma. V predmetni zadevi je bilo zemljiško pismo izdano in torej obstaja, dobrovernemu imetniku daje upravičenja iz zemljiškega dolga. Nenazadnje 200. člen SPZ določa, da se izbris zemljiškega dolga lahko opravi samo ob predložitvi zemljiškega pisma. Zahtevke na izbris zemljiškega dolga brez zahtevka v zvezi s predložitvijo zemljiškega pisma na podlagi povedanega ni sklepčen in je pritožbeno sodišče v tem delu pritožbama ugodilo ter sodbo glede odločitve o izbrisu zemljiškega dolga spremenilo, tako da je zahtevke na neveljavnost vpisa zemljiškega dolga in na izbris vknjižbe zemljiškega dolga zavrnilo.«²³

²³ Odločba VSK, št. Cp 1324/2010, z dne 18. oktobra 2011.

B je zoper opisano sodbo višjega sodišča vložil predlog za dopustitev revizije. Zemljiško pismo je namreč ordrski vrednostni papir, ki se prenaša z indosamentom. Ker se prenosi zemljiškega pisma ne vpisujejo v zemljiško knjigo, razen njegovemu imetniku in prenositelju niso znani širšemu krogu ljudi. Zaradi navedenega B ne more vedeti, ali ima D zemljiško pismo v svoji posesti ali pa ga je že prenesel na tretjo osebo, tožbe zoper neznanega imetnika zemljiškega pisma pa ni mogoče vložiti, saj mora biti tožena stranka določno opredeljena.

Vrhovno sodišče je predlog za dopustitev revizije zavrglo zaradi nepopolnosti predloga, ker B ni izkazal, da je v pravnem postopku pravočasno navedel vrednost spornega predmeta za vsakega od nepovezanih zahtevkov, ki jih je s tožbo uveljavljal.²⁴

2.2.3.2. Ugotovitev identitete imetnika zemljiškega pisma

Zahtevek za predložitev zemljiškega pisma se lahko vloži le zoper njegovega imetnika. Iz evidence izstavljenih zemljiških pisem, ki jo vodi zemljiškoknjižno sodišče, imetnik in prenosi zemljiškega pisma niso razvidni, saj se zemljiški dolg prenaša zunajknjižno. V arhivu zemljiških pisem zemljiškoknjižno sodišče hrani kopijo zemljiškega pisma, iz katerega pa so razvidni podatki le o prvem imetniku zemljiškega pisma (ustanovitelju zemljiškega dolga).²⁵

Izbrisna tožba se torej lahko vloži le zoper ustanovitelja zemljiškega dolga, čigar identiteta je razvidna iz zemljiške knjige. Zakon o pravnem postopku (ZPP)²⁶ v 190. členu določa, da če katera od strank odtuji stvar ali pravico, o kateri teče pravda, to ni ovira, da se pravda med istima strankama ne dokonča. Ker bi ustanovitelj zemljiškega dolga v primeru zahtevka za predložitev zemljiškega pisma brez dvoma zatrjeval, da ga je, še preden mu je bila tožba vročena, prenesel na drugo osebo, tožnik pa navedbe, da je še vedno v njegovi posesti, ne bi mogel dokazati, bi sodišče moralo tak tožbeni zahtevek zaradi pomanjkanja pasivne legitimacije zavrniti.

ZZK-1 v 244. členu določa, da se zahtevek za izbris izpodbijane vknjižbe lahko uveljavlja proti tistemu, v čigar korist je bila z izpodbijano vknjižbo vknjižena pridobitev ali izbris pravice. Zemljiški dolg ustanovi lastnik nepremičnine z namenom zavarovati določeno terjatev, z namenom podaritve, vložka v gospodarsko družbo. Zemljiškoknjižno sodišče mu izstavi zemljiško pismo, v katerem je inkorporirana pravica do zemljiškega dolga. Ne glede na to, da

²⁴ Sklep VSRS, št. II DoR 15/2012, z dne 5. aprila 2012.

²⁵ Člen 10 v zvezi s 7. členom Pravilnika o zemljiškem pismu (Ur. l. RS, št. 15/03, 16/12, 45/12, 67/12 in 99/12).

²⁶ Ur. l. RS, št. 73/07 (UPB3), 101/07, 102/07, 45/08, 45/08, 62/08, 111/08, 116/08, 121/08 (48/09), 57/09, 12/10, 49/10, 50/10, 107/10, 43/11, 58/11, 75/12 (76/12) in 40/13.

lastnik obremenjene nepremičnine v skladu s tretjim odstavkom 199. člena SPZ ne more zahtevati poplačila zemljiškega dolga, je zemljiški dolg vknjižen v njegovo korist, saj lahko z izstavljenim zemljiškim pismom prosto razpolaga in zaradi zavarovanja, ki ga ponuja, pridobi tudi določeno korist. V skladu z ZZK-1 je torej ustanovitelj zemljiškega dolga, čigar identiteta je znana, nedvomno pasivno legitimiran za vložitev izbrisne tožbe. Ker pa SPZ v 200. členu določa, da se izbris zemljiškega dolga lahko opravi samo ob predložitvi zemljiškega pisma, s čimer naj bi bil varovan morebitni dobroverni pridobitelj zemljiškega pisma, pa ni možna ugoditev tožbenemu zahtevku, s katerim se zasleduje izbris lažnega zemljiškega dolga iz zemljiške knjige. Kot je že obrazložilo višje sodišče v opisanem primeru, takšen tožbeni zahtevek ni sklepčen, saj brez predložitve zemljiškega pisma ni mogoče doseči zasledovane pravne posledice. Za ugotovitev ničnosti zemljiškega dolga pa je treba izkazati pravni interes, ki pa zaradi nemožnosti izbrisa zemljiškega dolga iz zemljiške knjige brez predložitve zemljiškega pisma ne obstaja.

Tudi če bi zaradi odvzema premoženjske koristi oziroma premoženja nezakonitega izvora predlagali izvršbo nad obremenjeno nepremičnino, z namenom ugotovitve identitete imetnika zemljiškega pisma in kasnejše vložitve izbrisne tožbe, takšno postopanje, kot bom obrazložila v nadaljevanju, ne bi bilo smiselno.

Temeljno načelo stvarnega prava, ki mu sledi tudi ureditev na zemljiškoknjižnem in izvršilnem področju, načelo vrstnega reda oziroma prednostno načelo, določa, da ima prej pridobljena stvarna pravica iste vrste prednost pred pozneje pridobljeno stvarno pravico.²⁷ Zaradi navedenega načela se v primeru, ko več upnikov uveljavlja svoje denarne terjatve proti istemu dolžniku in na istem predmetu izvršbe, upniki poplačajo po vrstnem redu, po katerem so pridobili pravico do poplačila iz tega predmeta. V primeru ustanovitve zemljiškega dolga v vrednosti nepremičnine pri kasnejšem odvzemu premoženjske koristi oziroma premoženja nezakonitega izvora tako ne bi prišli do poplačila.

Če bi kljub temu predlagali izvršbo nad obremenjeno nepremičnino, z namenom ugotovitve identitete imetnika zemljiškega pisma, bi ta bodisi predlagal sodišču, naj ustavi izvršbo, ker ugotovljena vrednost nepremičnine niti delno ne krije terjatve upnika, ki je predlagal izvršbo,²⁸ bodisi ne bi pristopil k že začeti izvršbi, s čimer ne bi razkril svoje identitete.

V prvem primeru bo iz predloga po ustavitvi izvršbe upravičenca iz zemljiškega dolga razvidna identiteta imetnika zemljiškega pisma. Ker pa je zemljiško

²⁷ Člen 6 SPZ, 10. člen ZZK-1, 12. člen ZIZ.

²⁸ Člen 180 ZIZ.

pismo vrednostni papir, ki se prenaša z indosamentom in izročitvijo, ga bo upravičenec iz zemljiškega dolga lahko prenesel na drugo osebo, katere identiteta ponovno ne bo razkrita, še preden mu bo vročena tožba na predložitev zemljiškega pisma, torej še pred začetkom pravde.

V skladu s 172. členom ZIZ pri izvršbi na nepremičnino dobi poplačilo tudi zastavni upnik oziroma upnik zemljiškega dolga, ki ni predlagal izvršbe. Zemljiški dolg, ki je vknjižen na nepremičnini, ugasne z dnem, ko postane sklep o izročitvi nepremičnine kupcu pravnomočen.²⁹ V drugem primeru, ko imetnik zemljiškega pisma svoje identitete ne bi razkril, bi sodišče ravnalo v skladu s šestim odstavkom 208. člena ZIZ in bi prejeto kupnino iz prodaje obremenjene nepremičnine za upnika iz zemljiškega dolga hranilo na računu sodnih pologov.³⁰

V skladu s 177. členom Zakona o nepravdnem postopku (ZNP)³¹ pravica do dviga deponiranega predmeta zastara po preteku petih let od pravnomočnosti sklepa sodišča o depozitu, kar pomeni, da ima upravičenec iz zemljiškega dolga skoraj pet let časa, da položeni znesek dvigne. Takrat razkrije svojo identiteto, kar omogoča vložitev tožbe zaradi neupravičene obogatitve.

V tem primeru bi po letih pravedanja morda celo lahko prišli do vračila premoženjske koristi oziroma premoženja nezakonitega izvora. Ali takšen odvzem izraža učinkovitost dela organov pregona in pravosodja, je stvar presoje vsakega posameznika. Nedvomno pa je treba upoštevati čas, ki je potekel od storitve kaznivega dejanja in vse do odvzema premoženjske koristi, ki je bila z njim pridobljena. Potem ko se pojavi sum, da je bilo storjeno kaznivo dejanje, policija v predkazenskem postopku zbira dokaze in ugotavlja dejansko stanje, zatem zadevo presoja tožilstvo in jo bodisi vrne policiji v dopolnitev ali pa na sodišče vložijo zahtevo za preiskavo. V tej fazi postopka smo lahko priča številnim ugovorom obrambe, predlogom za izločitve dokazov, izmikanju obdolžencev, kar se vse še enkrat ponovi, ko zadeva pride v obravnavo pred sodišče. Po izpeljavi celotnega postopka je treba počakati še na odločitev višjega sodišča, da lahko na podlagi pravnomočne sodbe predlagamo izvršbo. Postopek izvršbe tudi traja nekaj časa, nepremičnina gotovo ni prodana že na prvi dražbi, nato pa je treba čakati še pet let, da izvemo, proti komu je sploh mogoče vložiti tožbo za vrnitev kupnine, pridobljene na podlagi lažnega zemljiškega dolga. Zatem je

²⁹ Člen 173 ZIZ.

³⁰ Šesti odstavek 208. člena ZIZ določa, da če sodišču po stanju iz spisov in podatkih iz zemljiške knjige oziroma iz drugih okoliščin ni znano, kdo je upnik zemljiškega dolga, sodišče znesek, ki upniku pripada po sklepu o poplačilu, hrani zanj na računu sodnih pologov.

³¹ Ur. l. SRS, št. 30/86 (20/88), 87/02, 131/03 in 77/08.

treba sprožiti še pravdni postopek in seveda po izdaji sodbe ponovno čakati na odločitev višjega sodišča. Tako se hitro znajdemo v podobni situaciji kot B, ki je leta 1997 kupil stanovanje, pa se kljub 16-letnemu pravdanju še vedno ne more vpisati kot njegov lastnik v zemljiški knjigi.

3. PREDLOG SPREMEMBE UREDITVE ZEMLJIŠKEGA DOLGA

3.1. Nemška ureditev zemljiškega dolga

Institut zemljiškega dolga je bil v slovenski pravni red vpeljan po zgledu nemške ureditve, ki med drugim pozna dva različna prenosa zemljiškega dolga in izbrisni zahtevek.

3.1.1. Knjižni zemljiški dolg

Nemška pravna ureditev omogoča ustanovitev knjižnega (*Buchgrundschuld*) ali pisemskega zemljiškega dolga (*Briefgrundschuld*). Oba se ustanovita z vpisom v zemljiško knjigo, pri čemer se knjižni zemljiški dolg prenaša z vpisi v zemljiško knjigo, medtem ko se pisemski zemljiški dolg prenaša zunajknjižno, z izročitvijo zemljiškega pisma (*Grundschuldbrief*).³²

Ker SPZ omogoča ustanovitev pisemskega zemljiškega dolga, imetnik zemljiškega pisma in s tem upravičenec do zemljiškega dolga ni znan. Če pa bi se zemljiški dolg prenašal z vpisom v zemljiško knjigo na pridobitelja, tako kot v Nemčiji, bi bilo onemogočanje zlorab zemljiškega dolga precej poenostavljeno, saj bi bil upravičenec iz zemljiškega dolga razviden iz zemljiške knjige.

Prednost pisemskega zemljiškega dolga pred knjižnim je v njegovi lahki prenosljivosti. Zaradi tega omogoča izredno učinkovito in hitro zavarovanje terjatve. Prenaša se namreč zgolj z indosamentom in izročitvijo, medtem ko se za prenos knjižnega zemljiškega dolga zahtevata sporazum strank in vpis v zemljiško knjigo. Prav tako pa je njegov zunajknjižni prenos brezplačen, medtem ko je pri knjižnem zemljiškem dolgu treba plačati sklenitev sporazuma pred notarjem ali zemljiškoknjižnim sodiščem in vpis v zemljiško knjigo.

Zaradi navedenih prednosti pisemskega zemljiškega dolga pred knjižnim sprememba zakonodaje v smeri knjižnega prenosa zemljiškega dolga ne bi bila smotrna.

³² Renato Vrenčur: Zemljiški dolg kot neakcesorna zemljiška zastava – nemški model, v: Podjetje in delo, št. 5/2000, str. 708–716.

3.1.2. Izbrisni zahtevek

Zemljiški dolg omogoča še drug način izigravanja upnikov s slabšim vrstnim redom: po plačilu zavarovane terjatve se zemljiško pismo lahko ponovno uporabi, ne da bi prišlo do spremembe vrstnega reda upnikov, vpisanih v zemljiški knjigi. Kot že opisano, lastnik obremenjene nepremičnine se z upnikom običajno dogovori, da mu ob plačilu zavarovane terjatve vrne zemljiško pismo. Takrat lahko zahteva izbris zemljiškega dolga iz zemljiške knjige ali pa ga ponovno uporabi za zavarovanje nove terjatve. Zaradi navedenega je zemljiški dolg s stroškovnega vidika veliko ugodnejši kot hipoteka, ki se lahko prenese le skupaj s prenosom zavarovane terjatve, vendar hkrati krši načelo vrstnega reda, saj novemu upniku kljub kasnejšemu nastanku njegove terjatve daje pravico do prednostnega poplačila pred upniki, ki so svoje pravice v zemljiško knjigo vpisali po ustanovitvi zemljiškega dolga.

Nemško pravo za takšne primere predvideva izbrisni zahtevek (*Gesetzlicher Löschungsanspruch*), ki gre upniku istega ali kasnejšega vrstnega reda nasproti lastniku, neposredno na podlagi zakona. Z izbrisnim zahtevkom upnik z istim ali s slabšim vrstnim redom zahteva izbris zemljiškega dolga iz zemljiške knjige, ko se ta zaradi plačila ponovno spremeni v lastniški zemljiški dolg. Če upnik, čigar terjatev je bila zavarovana z zemljiškim dolgom, lastniku nepremičnine zemljiškega pisma ne vrne, pa se upnik s slabšim vrstnim redom lahko z lastnikom nepremičnine dogovori za odstop zahtevka po povratnem prenosu zemljiškega dolga.³³

Nemška ureditev je torej zakonsko uredila izbrisni zahtevek, ki je na voljo upnikom s slabšim vrstnim redom, medtem ko SPZ takega izbrisa ne omogoča. Do izbrisa zemljiškega dolga je upravičen le lastnik obremenjene nepremičnine pod pogojem, da je upravičeni imetnik zemljiškega pisma. V teoriji je sprejeto stališče, da naj bi le lastnik nepremičnine bil upravičen predlagati izbris zemljiškega dolga, saj naj bi le on imel za to zahtevani pravni interes iz 128. člena ZZK-1.³⁴ Toda kot je razvidno že iz nemške ureditve zemljiškega dolga in tudi iz primerov zlorab tega instituta, imajo pravni interes za izbris zemljiškega dolga iz zemljiške knjige tudi vsi drugi upniki z istim ali s slabšim vrstnim redom.

Določba tretjega odstavka 199. člena SPZ, da lastnik obremenjene nepremičnine sam ne more zahtevati poplačila zemljiškega dolga, je sicer namenjena preprečevanju oškodovanja upnikov, vendar zlorabe zemljiškega dolga ne preprečuje. Navedena določba sicer preprečuje, da bi lastnik na vseh svojih nepre-

³³ Prav tam.

³⁴ T. Keresteš, nav. delo, str. 831–832.

mičinah ustanovil zemljiški dolg v najboljšem vrstnem redu, in če bi kasneje katerikoli upnik želel doseči poplačilo iz teh nepremičnin, bi imel pri poplačilu prednost, vendar lahko lastnik obremenjene nepremičnine izigra predpis s tem, da zemljiško pismo antedatirano prenese na neko zaupno osebo, ki potem v svojem imenu, a za njegov račun uveljavlja zemljiški dolg v izvršbi.³⁵

Namen določbe 200. člena SPZ, da se izbris zemljiškega dolga lahko opravi samo ob predložitvi zemljiškega pisma, je v preprečitvi možnosti, da bi lastnik obremenjene nepremičnine predlagal izbris zemljiškega dolga v času, ko bi bil upravičeni imetnik zemljiškega pisma nekdo drug.³⁶ Nedvomno je treba varovati interese upravičenega imetnika zemljiškega pisma, vendar v primeru ustanovitve lažnega zemljiškega dolga nevarnosti, da bi bil oškodovan dobroverni pridobitelj zemljiškega pisma, ni.

Lažni zemljiški dolg je namreč ustanovljen z izključnim namenom onemogočiti poplačilo upnikov s slabšim vrstnim redom, in ne z namenom zavarovanja določene terjatve. Lastnik nepremičnine zemljiškega pisma tako ne izroči tretji osebi, saj bi ga ta lahko izigrala in predlagala izvršbo nad njegovo nepremičnino zaradi izplačila zemljiškega dolga. Zemljiško pismo enostavno shrani v bančni sef in še naprej brezskrbno živi v svoji vili.

Zaradi navedenega je nujna sprememba 200. člena SPZ, ki bi po zgledu nemške pravne ureditve omogočala vložitev izbrisnega zahtevka v primeru, ko želi lastnik obremenjene nepremičnine izigrati upnike s slabšim vrstnim redom.

3.2. Predlog spremembe 200. člena SPZ

Pregon kaznivih dejanj s področja gospodarske kriminalitete in korupcije je prednostna naloga organov pregona, saj tovrstna kazniva dejanja ogrožajo temelje pravne in socialne države. Ker slovenska sodišča izrekajo dokaj nizke zaporne kazni, je treba storilcem ob zaporni kazni izreči tudi visoko denarno kazen in odvzeti vso premoženjsko korist, ki so jo s kaznivim dejanjem pridobili (oziroma ugoditi oškodovančevemu premoženjskopravnemu zahtevku). Tudi načelo generalne prevencije izrekanja kazenskih sankcij zahteva, da mora biti izrečena kazen takšna, da bo tudi druge odvrgla od storitve podobnega kaznivega dejanja. Po domače povedano: pokazati je treba, da se krasti in goljufati preprosto ne splača. To pa se lahko doseže le s pomočjo učinkovitega odvzema tako premoženjske koristi kot tudi drugega premoženja nezakonitega izvora.

Zaradi navedenega predlagam, da se drugi odstavek 200. člena spremeni tako, da se bo glasil:

³⁵ Prav tam, str. 827.

³⁶ Prav tam, str. 831.

»Izbris zemljiškega dolga se lahko opravi samo ob predložitvi zemljiškega pisma ali na podlagi pravnomočne sodne odločbe, s katero je sodišče ugotovilo neveljavnost njegove vknjižbe.«

Predlagana sprememba bi omogočala vložitev izbrisne tožbe zoper ustanovitelja zemljiškega dolga, ne da bi bilo ob tem treba tožiti tudi imetnika zemljiškega pisma. Kot že pojasnjeno, ker ustanovitelj lažnega zemljiškega dolga zemljiškega pisma ne izroči tretji osebi, temveč ga hrani sam, nevarnost, da bi zaradi takšnega izbrisa bil oškodovan dobroverni pridobitelj zemljiškega pisma, ne obstaja. Tudi če ga ustanovitelj izroči tretji osebi, da v svojem imenu in za njegov račun predlaga izvršbo, takšni osebi zaradi njene slabovernosti ne gre pravno varstvo.

Prav tako predlagam, da se v prehodnih in končnih določbah sprejete novele določi:

»Postopki za izbris neveljavne vknjižbe zemljiškega dolga, v katerih je bil zemljiški dolg ustanovljen pred uveljavitvijo tega zakona, se nadaljujejo in končajo po določbah tega zakona.«

Navedena sprememba bi omogočila, da se postopki, v katerih je že bila vložena izbrisna tožba, dokončajo po določbah spremenjenega zakona. Ker so številni osumljenci že zavarovali svoje nepremično premoženje z ustanovitvijo lažnih zemljiških dolgov, bi bilo v nasprotju z javnim interesom, da bi zaradi pomanjkljive zakonodaje s svojim ravnanjem lahko uspešno izigrali upnike s slabšim vrstnim redom.

Predlagana sprememba ne pomeni prepovedanega posega v pridobljene pravice z učinkom za nazaj, ampak gre za t. i. nepravo retroaktivnost, pri kateri gre za poseg v pravni položaj, ki je nastal v preteklosti v času veljavnosti prvotne ureditve. Takšna povratna veljava predpisa načeloma ni ustavno prepovedana, razen če gre za nedopusten poseg v načelo varstva zaupanja v pravo kot eno izmed načel pravne države.³⁷

Kot že navedeno, lastnik nepremičnine lahko zemljiški dolg ustanovi »na zalo-go«, z namenom, da ga bo kasneje prenesel na tretjo osebo, z namenom zavarovanja določene terjatve, kot darilo, stvarni vložek v gospodarsko družbo itd. Če ga ustanovi z izključnim namenom onemogočiti poplačilo bodočih upnikov, pa je ustanovljen v nasprotju z načelom vestnosti in poštenja iz 5. člena Obligacijskega zakonika (OZ)³⁸ ter tudi v nasprotju s 7. členom tega zakona, ki določa prepoved zlorabe pravic.

³⁷ Odločba US RS, št. U-I-39/95, z dne 23. septembra 1998.

³⁸ Ur. l. RS, št. 97/07 (UPB1) in 20/10.

Ustava RS³⁹ v 155. členu prepoveduje povratno veljavo pravnih aktov, kar pomeni, da zakoni, drugi predpisi in splošni akti ne morejo imeti učinka za nazaj. Izjemoma lahko zakon določi, da imajo posamezne njegove določbe učinek za nazaj, če to zahteva javna korist in če se s tem ne posega v pridobljene pravice. Ustava torej ne preprečuje, da bi zakon spreminjal prej zakonsko določene pravice ali pogoje za njihovo uveljavljanje oziroma prenehanje z učinkom za naprej, če te spremembe ne nasprotujejo z ustavo določenim načelom oziroma drugim ustavnim določbam, zlasti načelu varstva zaupanja v pravo kot enemu od načel pravne države (2. člen Ustave). Spreminjanje ureditve samo po sebi torej ne nasprotuje ustavnim načelom pravne države in drugim ustavnim določbam. Zoženje oziroma zmanjšanje že uveljavljenih pravic ne pomeni učinkovanja predpisa za nazaj, če se pravice zmanjšajo za čas po uveljavitvi zakona oziroma po spremembi odločb, izdanih na podlagi take zakonske spremembe.⁴⁰

Prepoved retroaktivnosti ne ščiti lastnikov nepremičnin, ki se z ustanovitvijo lažnega zemljiškega dolga skušajo izogniti plačilu s sodno odločbo ugotovljene premoženjske koristi oziroma premoženja nezakonitega izvora, saj zloraba pravice ne pomeni ustavno dopustnega uveljavljanja pravice. Ker določba SPZ, ki omogoča izbris zemljiškega dolga izključno ob predložitvi zemljiškega pisma, vodi do zlorabe pravic, predlagana sprememba ureditve pa zasleduje javni interes, predlagana določba ne pomeni nedopustnega retroaktivnega posega v SPZ.

Opisani predlog spremembe 200. člena SPZ je Okrožno državno tožilstvo v Mariboru 4. januarja 2013 posredovalo Ministrstvu za pravosodje in javno upravo.

3.2.1. Postopanje državnih organov v primeru suma ustanovitve fiktivnega zemljiškega dolga po ustrezni spremembi zakonodaje

Če bo zakonodajalec sledil predlagani spremembi, se bo v primeru ustanovitve lažnega zemljiškega dolga lahko postopalo enako kot v primeru, ko osumljenec ustanovi lažno hipoteko z namenom onemogočanja odvzema premoženjske koristi oziroma premoženja nezakonitega izvora.

Tožilstvo bo že v predkazenskem postopku oziroma v času finančne preiskave vložilo predlog za začasno zavarovanje zahtevka, s katerim se bo prepovedalo izplačilo zemljiškega dolga iz vrednosti nepremičnine in tudi nadaljnje obremenjevanje ali odtujitev nepremičnine, hkrati pa bo pozvalo državno pra-

³⁹ Ur. l. RS, št. 33I/91, 42/97, 66/00, 24/03, 69/04, 69/04, 69/04 in 68/06.

⁴⁰ Odločba US RS, št. U-I-135/00, z dne 21. oktobra 2002.

vobranilstvo, da vloži izbrisno tožbo. S tem, ko bo sodišče odredilo začasno zavarovanje zahtevka za odvzem premoženjske koristi oziroma premoženja nezakonitega izvora, bo podan pravni interes države za vložitev izbrisne tožbe.

Ker bosta kazenski postopek oziroma postopek po ZOPNI tekla hkrati s pravnim postopkom zaradi izbrisa lažnega zemljiškega dolga iz zemljiške knjige, je mogoče pričakovati, da bo pravdni postopek pravnomočno končan, še preden bo sodišče odredilo odvzem premoženjske koristi oziroma premoženja nezakonitega izvora. Tako bo po končanem kazenskem postopku omogočena nemotena izvršba na prej obremenjeno nepremičnino in s tem uspešna in učinkovita izvršitev pravnomočne sodne odločbe.

4. KAZENSKOPRAVNO SANKCIONIRANJE ZLORABE ZEMLJIŠKEGA DOLGA

Naloga organov pregona ni zgolj odpraviti škodljive posledice ustanovitve lažnega zemljiškega dolga oziroma hipoteke, njihova temeljna naloga je kazenski pregon lastnika nepremičnine in morebitnih udeležencev, ki so mu pomagali pri hrambi zemljiškega pisma ali pri uveljavljanju lažnega zemljiškega dolga v izvršbi v svojem imenu, a na račun lastnika obremenjene nepremičnine. Kazniva dejanja, ki bodo najpogostejše storjena z zlorabo zemljiškega dolga, bom v nadaljevanju podrobneje opisala.⁴¹

4.1. Kaznivo dejanje overitve lažne vsebine

Zemljiški dolg se ustanovi z enostranskim pravnim aktom v obliki notarskega zapisa, z vpisom v zemljiško knjigo in z izstavitvijo zemljiškega pisma.

V skladu s prvim odstavkom 23. člena Zakona o notariatu (ZN)⁴² notar ne sme sestaviti javne listine o pravnem poslu, ki je po zakonu nedopusten ali o katerem sumi, da ga stranke sklepajo samo navidezno ali zato, da bi se izognile zakonskim obveznostim ali da bi protipravno oškodovale tretjo osebo. Zaradi navedene določbe mora stranka pred notarjem izrecno izjaviti, da ni okoliščin, na podlagi katerih bi bil pravni posel v notarskem zapisu nedopusten, kakor tudi, da posla ne sklepa zgolj navidezno ali zato, da bi se izognila zakonskim obveznostim ali da bi protipravno oškodovala tretjo osebo. Notarski zapis z navedeno izjavo ustanovitelj zemljiškega dolga, čigar identiteto je notar predhodno preveril, lastnoročno podpiše.

⁴¹ Glede kaznivih dejanj, storjenih z zlorabo zemljiškega dolga, smiselno enako izhaja iz izhodišč za ustrezno ukrepanje državnih tožilcev, ki jih je oblikoval Kolegij kazenskega oddelka Vrhovnega državnega tožilstva RS 2. aprila 2013.

⁴² Ur. l. RS, št. 2/07 (UPB3), 33/07 in 45/08.

ZN v 3. členu določa, da so notarske listine, med katere spada tudi notarski zapis, javne listine.

Kaznivo dejanje overitve lažne vsebine po prvem odstavku 253. člena KZ-1 stori, kdor spravi notarja v zmoto in s tem doseže, da ta v javni listini potrdi karkoli lažnega, kar naj bi bil dokaz v pravnem prometu. Zagrožena kazen za storitev navedenega kaznivega dejanja je zapor do treh let.

Na podlagi navedenega je nedvomno mogoče zaključiti, da kdor ustanovi zemljiški dolg z izključnim namenom oškodovanja upnikov s slabšim vrstnim redom, izpolni vse zakonske znake navedenega kaznivega dejanja.

Enostranski pravni akt, s katerim je lastnik nepremičnine ustanovil zemljiški dolg, je namreč nedopusten, saj krši temeljna načela pogodbenega prava, ustanavlja ga zgolj navidezno, zato, da bi protipravno oškodoval tretjo osebo. S tem, ko je notarju zagotovil, da ustanavlja zemljiški dolg z dopustnim namenom, ga je spravil v zmoto, zaradi česar je notar sestavil notarski zapis o ustanovitvi zemljiškega dolga, ki je javna listina, in na zemljiškoknjižno sodišče vložil predlog za vpis zemljiškega dolga, na podlagi katerega je zemljiškoknjižno sodišče izstavilo zemljiško pismo.

Če pa je notar vedel, da lastnik nepremičnine ustanavlja lažni zemljiški dolg z namenom izigrati bodoče upnike, ki še niso vpisani v zemljiško knjigo, navedeno kaznivo dejanje sicer ni podano, je pa notar za pomoč ustanovitelju zemljiškega dolga disciplinsko odgovoren. Notar namreč stori hujšo disciplinsko kršitev, za katero so predlagani denarna kazen, določena v razponu med 5.000 in 15.000 evri, odvzem pravice opravljati notariat za dobo petih let ali celo trajen odvzem pravice opravljati notariat, če posluje v nasprotju z ZN in zaradi tega nastanejo škodljive posledice za stranke ali druge udeležence pravnega posla ali če sestavi nično listino.⁴³

Pri dokazovanju storitve navedenega kaznivega dejanja bo tako nedvomno treba kot pričo zaslišati notarja, ki je zapisal akt o ustanovitvi zemljiškega dolga. Če bo izpovedal, da ni vedel, da lastnik nepremičnine želi ustanoviti fiktivni zemljiški dolg, bo dokazana njegova zmota in s tem storitev kaznivega dejanja ustanovitelju zemljiškega dolga. Če bo želel zaščititi osumljenca in bo izpovedal, da mu je bil namen ustanovitve zemljiškega dolga znan, pa bo sam v disciplinskem postopku odgovarjal za storjeno kršitev.

Seveda bosta kaznivo dejanje overitve lažne vsebine oziroma notarjeva disciplinska kršitev podana le, če bo dokazano, da je lastnik nepremičnine ustanovil fiktivni zemljiški dolg z izključnim namenom preprečitve poplčila upnikov s slabšim vrstnim redom.

⁴³ Členi 112–113a ZN.

4.2. Kazniva dejanja zoper gospodarstvo

Če storilec fiktivni zemljiški dolg ustanovi pri opravljanju gospodarske dejavnosti, lahko poleg storitve kaznivega dejanja overitve lažne vsebine izpolni tudi zakonske znake kaznivega dejanja oškodovanja upnikov po 227. členu KZ-1,⁴⁴ za katero je zagrožena zaporna kazen do petih let, ali kaznivega dejanja povzročitve stečaja z goljufijo ali nevestnim poslovanjem po 226. členu KZ-1,⁴⁵ za katero je v primeru nastanka velike premoženjske škode zagrožena zaporna kazen od enega do osmih let.

S tem, ko nekdo ustanovi fiktivni zemljiški dolg na nepremičnini v lasti gospodarske družbe, ki jo vodi oziroma je kot njen prokurist pooblaščen tudi za odtujitev in obremenjevanje nepremičnin, bodočim upnikom onemogoči poplačilo iz vrednosti nepremičnine do višine ustanovljenega zemljiškega dolga. Če je na tak način zavaroval vse premoženje družbe in s tem drugim upnikom onemogočil poplačilo njihovih terjatev, je postal nezmožen za plačilo, kar je zakonski znak kaznivega dejanja oškodovanja upnikov.

⁴⁴ Člen 227 KZ-1: »(1) Kdor pri opravljanju gospodarske dejavnosti ve, da je sam ali kdo drug kot dolжник postal nezmožen za plačilo, pa iz zadolženega premoženja izplača dolg ali kako drugače namenoma spravi kakšnega upnika v ugodnejši položaj in tako povzroči veliko premoženjsko škodo drugim upnikom, se kaznuje z zaporom do petih let. (2) Enako se kaznuje, kdor ve, da je sam ali kdo drug kot dolжник postal nezmožen za plačilo, pa zato da bi izigral in oškodoval upnike, prizna neresnično terjatev, sestavi lažno pogodbo ali s kakšnim drugim goljufivim dejanjem povzroči veliko premoženjsko škodo upnikom.«

⁴⁵ Člen 226 KZ-1: »(1) Kdor, zato da obveznosti ne bi bile plačane, navidezno ali dejansko poslabša svoje premoženjsko stanje ali premoženjsko stanje drugega dolžnika in s tem povzroči stečaj ali kdor z enakim namenom povzroči izpolnitev pogojev za izbris gospodarske družbe iz sodnega registra po uradni dolžnosti brez likvidacije, tako da:

1) premoženje ali njegov del, ki bi sodil v stečajno maso, navidezno proda, odsvoji brezplačno ali za izredno nizko ceno ali uniči;

2) sklene lažno pogodbo o dolgu ali prizna neresnične terjatve;

3) prikrije, uniči, spremeni ali tako vodi poslovne knjige ali listine, da se iz njih ne more ugotoviti dejanskega premoženjskega stanja ali plačilne sposobnosti;

4) na drug goljufiv način doseže, da se začne stečajni postopek ali postopek za izbris gospodarske družbe iz sodnega registra po uradni dolžnosti brez likvidacije, se kaznuje z zaporom od šestih mesecev do petih let.

(2) Kdor ve, da sam ali kdo drug kot plačnik ni zmožen plačila, pa nesmotrno troši sredstva, se čezmerno zadolžuje, sklepa škodljive pogodbe, neodplačno ali navidezno ali pod ceno prenaša premoženje na druge osebe ali na drug način zmanjšuje vrednost svojega premoženja ali premoženja oziroma podjetja, ki ga upravlja ali opušča pravočasno zavarovanje ali uveljavljanje terjatev, ali kako drugače očitno krši svoje dolžnosti pri vodenju gospodarske dejavnosti ali finančnem poslovanju in s tem povzroči dolgoročno plačilno nesposobnost ali prezadolženost, pa zaradi tega pride do stečaja ali izpolnitve pogojev za izbris gospodarske družbe po uradni dolžnosti brez likvidacije in do večje premoženjske škode za upnike, se kaznuje z zaporom do petih let.

(3) Če je zaradi dejanj iz prejšnjih odstavkov nastala velika premoženjska škoda, se storilec kaznuje z zaporom od enega do osmih let.«

Če je bil s pravnomočno sodno odločbo odrejen odvzem velike premoženjske koristi pravni osebi, kazensko odgovorni za storitev kaznivega dejanja, pa je bil odvzem zaradi ustanovitve zemljiškega dolga onemogočen, je ustanovitelja zemljiškega dolga treba preganjati zaradi storitve kaznivega dejanja oškodovanja upnikov. Če pa je tretja oseba v postopku izvršbe dosegla poplačilo fiktivnega zemljiškega dolga v svojem imenu in na račun njegovega ustanovitelja, zaradi česar je bil zoper pravno osebo uveden postopek stečaja ali izbrisa gospodarske družbe iz sodnega registra po uradni dolžnosti brez likvidacije, je izpolnil zakonske znake kaznivega dejanja povzročitve stečaja z goljufijo.

4.1.1. Udeleženci

Če lastnik nepremičnine lažnega zemljiškega pisma ne shrani sam, ampak ga v hrambo izroči tretji osebi, je treba sprožiti kazenski postopek tudi zoper to osebo.

Če ta oseba to zemljiško pismo zanj hrani, čeprav ve ali bi morala in mogla vedeti, da je bilo pridobljeno s kaznivim dejanjem, izpolni zakonske znake kaznivega dejanja prikrivanja po 217. členu KZ-1.

Če pa na podlagi takega zemljiškega pisma predlaga izvršbo nad obremenjeno nepremičnino, pristopi k že začeti izvršbi, predlaga ustavitev izvršbe ali dvigne deponirani znesek iz prejete kupnine, izpolni zakonske znake kaznivega dejanja overitve lažne vsebine po drugem odstavku 253. člena KZ-1, ki predpisuje zaporno kazen do treh let za tistega, ki uporabi javno listino, čeprav ve, da je lažna.

V primeru ustanovitve fiktivnega zemljiškega dolga na nepremičnini pravne osebe pa je treba udeležbo osebe, ki je lažno zemljiško pismo hranila ali z njim razpolagala, šteti bodisi za sotorilstvo bodisi za pomoč pri kaznivem dejanju oškodovanja upnikov oziroma pri kaznivem dejanju povzročitve stečaja z goljufijo.

5. SKLEP

Ustanovitev zemljiškega dolga z namenom izigravanja upnikov s slabšim vrstnim redom je nedvomno zavržno dejanje, ki zahteva strogo kazenskopravno sankcioniranje. V primerih, ko je zemljiški dolg ustanovljen z namenom, da bi se državnim organom preprečil odvzem premoženjske koristi oziroma premoženja nezakonitega izvora ali da bi se oškodovancu onemogočilo, da bi dosegel poplačilo prisojenega premoženjskoppravnega zahtevka, pa so škodljive posledice njegove ustanovitve še veliko bolj daljnosežne – krhajo zaupanje državljanov v pravno državo.

Zaradi onemogočanja takšnega izigravanja pravnega sistema je treba vzpostaviti učinkovit sistem odvzema premoženjske koristi in premoženja nezakonitega izvora. Ker veljavna zakonska ureditev izbrisa fiktivnega zemljiškega dolga upniku s slabšim vrstnim redom ne omogoča, je nujna ustrezna sprememba SPZ.

Na Ministrstvu za pravosodje naj bi na podlagi predlaganih sprememb Okrožnega državnega tožilstva v Mariboru že preučevali opisano problematiko ter pripravljali rešitve, ki bi nadaljnjo zlorabo zemljiškega dolga onemogočale, obenem pa bi omogočile učinkovitejša pravna sredstva zoper zemljiške dolgovce, ki so že ustanovljeni.⁴⁶

⁴⁶ Tomaž Modic: Hiše menedžerjev varne tudi pred tožilci, v: Dnevnik, 8. marec 2013.



UPORABA SPLOŠNO VELJAVNIH NAČEL MEDNARODNEGA PRAVA V PRAVNEM REDU REPUBLIKE SLOVENIJE Z VIDIKA PRAVNE VARNOSTI

Anton Olaj,

*univerzitetni diplomirani pravnik, doktor pravnih znanosti, nekdanji direktor
Polijske uprave Novo mesto, višji policijski svetnik v pokojju*

1. UVOD

Splošno veljavna načela mednarodnega prava so norme mednarodnega javnega prava, ki veljajo in se uporabljajo v pravnem redu Republike Slovenije (v nadaljevanju: RS) avtomatsko, z nastankom, torej *per se*. V hierarhiji notranjega prava jih uvrščamo pod ustavo in nad zakone. Teoretiki niso enotnega mnenja o tem, katere pravne norme vse obsega imenovana sintagma. Navedena besedna zveza gramatikalno namreč ni istovetna s termini, znanimi v mednarodnem pravu. Razširjeno je mnenje, da bi bil prepoznavnejši in s tem primernejši nadomestni izraz običajna pravila občega mednarodnega prava.

Mednarodno pravo je drugače od državnega prava decentralizirano, njegova osrednja značilnost pa je suverenost držav. Običajne norme občega mednarodnega prava tako zavezujejo Slovenijo le v mednarodni skupnosti, vendar pa nekatere urejajo tudi pravice pravnih subjektov v notranjem pravu države, ki jih sicer praviloma določa država in katerih pravno delovanje je uokvirjeno z načelom pravne države.¹

2. OPREDELITEV PROBLEMA

V Sloveniji sprejema najpomembnejše družbene odločitve Državni zbor RS v obliki splošnih pravnih aktov. Vsebina splošnih pravnih aktov so pravna pravila,

¹ Ustava RS, 2. člen: »Slovenija je pravna in socialna država.«, in 87. člen: »Pravice in obveznosti državljanov ter drugih oseb lahko državni zbor določa samo z zakonom.«

ki določajo, kako naj se pravni subjekti vedejo in kako naj ravnajo v družbenih razmerjih.² Določanje pravic in obveznosti za državljane in druge osebe je po 87. členu Ustave RS materija zakonskega pridržka,³ o kateri lahko odloča državni zbor z zakoni, razen če ustava določa pravice in obveznosti pravnih subjektov.

Vendar pa se pravice fizičnih oseb v Sloveniji ne določajo le z zakoni, ampak tudi z običajnimi pravili občega mednarodnega prava, odkar je za subjekte mednarodnega prava škodi tudi človeka, kar pomeni, da se lahko pravni subjekti sklicujejo na tovrstne norme neposredno pred slovenskimi sodišči.

Türk meni, da se z razvojem sistema mednarodnega prava vse bolj širi obseg norm, ki neposredno urejajo pravice in odgovornosti človeka kot posameznika.⁴ Po Casseseju mednarodno pravo ni več *ius inter potestates*,⁵ temveč zajema tudi posameznike, bodisi da jim daje neposredne pravice bodisi jim nalaga obveznosti.⁶ Tudi Škrkova in Wedam Lukićeva navajata, da mednarodno pravo že dolgo ne ureja samo razmerij med državami oziroma drugimi subjekti mednarodnega prava, ampak vse bolj pridobiva pomen tudi pri urejanju mednarodnih razmerij med zasebnimi subjekti oziroma med zasebnimi subjekti in drugimi državami.⁷ Ta mnenja so tesno povezana s težnjami sodobnega mednarodnega prava, da bi varovalo posameznika tudi v razmerju do njegove lastne države, meni Conforti in nadaljuje, da mu zagon daje predvsem množenje tistih konvencijskih predpisov, ki vse države zavezujejo k varstvu temeljnih človekovih pravic.⁸ Vendar pa so to lahko le izjeme, da mednarodno pravo neposredno obvezuje ali pooblašča človeka, da bi v primeru, če bi to postalo pravilo, izginila meja, ki ločuje mednarodno in državno pravo.⁹

Iz navedenega je mogoče razumeti, da 87. člen Ustave glede določanja pravic in obveznosti pravnim subjektom z zakoni ni absoluten. Pravice fizičnih oseb se določajo namreč tudi z mednarodnim pravom.¹⁰

Če se vrnemo na področje notranjega prava, ugotovimo, da je zakone zaradi splošnosti in abstraktnosti, s katerima se njihova vsebina nanaša na širok krog

² M. Mozetič, v: L. Šturm, nav. delo, str. 797.

³ Ustava RS, 87. člen (zakonska pristojnost državnega zbora): »Pravice in obveznosti državljanov ter drugih oseb lahko državni zbor določa samo z zakonom.«

⁴ D. Türk, nav. delo, str. 19.

⁵ Pravo, ki ureja odnose med suverenimi entitetami.

⁶ A. Cassese: International law, 2001, str. 166, v: M. Škrk, nav. delo (2007), str. 279.

⁷ M. Škrk, D. Wedam Lukić, nav. delo, str. 833.

⁸ B. Conforti, nav. delo, str. 19.

⁹ H. Kelsen, nav. delo, str. 830.

¹⁰ Na primer v Splošni deklaraciji človekovih pravic, ki v RS ne velja kot mednarodna pogodba, ampak kot mednarodno običajno pravo.

individualno nedoločenih naslovnikov, ki se lahko pojavijo v zamišljenih tipičnih razmerjih, šteti za predpise.¹¹ Menim, da so tudi nekatere običajno obče norme mednarodnega prava,¹² ki dovolj natančno neposredno urejajo pravice ljudi, vsebinsko take, da jih lahko zaradi »enakih« značilnosti kot zakoni v materialnem smislu označimo za predpise. V mislih imam seveda norme, ki imajo lahko neposreden učinek (angl. *self-executing*) in na katere se lahko posamezniki neposredno sklicujejo pred domačim sodiščem. Vendar take norme zato še ne postanejo norme notranjega prava in s tem predpisi v formalnem pomenu. Take norme še vedno obdržijo naravo norm mednarodnega prava. Za predpise (norme notranjega prava) je v 154. členu¹³ Ustave RS določeno, da morajo biti, preden začnejo veljati, objavljeni. Urejanje pravic in obveznosti pravnih subjektov po notranjem pravnem redu se torej pogojuje z vnaprejšnjim *promulgiranjem* in *publiciranjem* predpisa. S tem se sledi enemu temeljnih načel pravne države¹⁴ – načelu pravne varnosti. Pravna varnost namreč pomeni predvidljivost pravil vedenja in ravnanja pravnih subjektov, pomeni uresničevanje pravno urejenega vedenja in ravnanja (zanesljivost prava) ter možnost načrtovanja vedenja v prihodnje (zaupanje v pravo).¹⁵

Pa pogledajmo, kako je s tem na področju mednarodnega prava.

Za sistem Organizacije združenih narodov (v nadaljevanju: OZN) pomeni vladavina prava načelo upravljanja, v katerem so vse osebe, institucije in subjekti, tako javni kot zasebni, vključno z državo, odgovorni javno *promulgiranemu* pravu.¹⁶ Pomembnost transparentnosti mednarodnega prava je mogoče razbrati tudi iz 102. člena Ustanovne listine Združenih narodov, ki določa, da je treba vsako veljavno mednarodno pogodbo in mednarodni sporazum, ki ga sklene kateri koli član Združenih narodov (v nadaljevanju: ZN), brž ko je to mogoče, registrirati v sekretariatu ZN, ta pa ga tudi objavi. Nobena stranka take pogodbe ali meddržavnega dogovora, ki ne bi bila registrirana, se ne more

¹¹ US RS, št. U-I-219/93, z dne 13. januarja 1994.

¹² Na primer norme iz Splošne deklaracije človekovih pravic, ki v slovenskem pravnem redu veljajo *per se* kot mednarodno običajno pravo po določbi točke b) prvega odstavka 38. člena Statuta ICJ.

¹³ Ustava RS, 154. člen (veljavnost predpisov in njihovo objavljanje): »Predpisi morajo biti objavljeni, preden začno veljati. Predpis začne veljati petnajsti dan po objavi, če ni v njem drugače določeno. Državni predpisi se objavljajo v državnem uradnem listu, predpisi lokalnih skupnosti pa v uradnem glasilu, ki ga te same določijo.«

¹⁴ Ustava RS, 2. člen: »Slovenija je pravna in socialna država.«

¹⁵ M. Pavčnik, nav. delo (2007), str. 595 in 627.

¹⁶ Security Council: The rule of law and transitional justice in conflict and post-conflict societies, Report of the Secretary-General, 23 August 2004, str. 4, paragraf 6, <www.unrol.org/files/2004%20report.pdf> (10. 5. 2013).

sklicevati na to pogodbo ali dogovor pred nobenim organom ZN.¹⁷ Če smiselno primerjamo 154. člen Ustave RS in 102. člen Ustanovne listine, vidimo, da obstajajo podobnosti v smislu pogojevanja, da se pravo objavi, preden se lahko uporabi oziroma preden se je mogoče nanj sklicevati pred organi. To pogojevanje lahko razumemo kot element zagotavljanja pravne predvidljivosti, ki je sestavni del pravne varnosti, kot enega od elementov vladavine prava. Vendar podobne določbe v Ustanovni listini ZN, kot velja za mednarodne pogodbe in sporazume (102. člen), ni za druge vire mednarodnega prava iz 38. člena Statuta Meddržavnega sodišča (v nadaljevanju: ICJ).

V zvezi s pravno predvidljivostjo kot sestavnim delom načela pravne varnosti je v segmentu mednarodnih pogodb mogoče ugotoviti, da vstopajo v pravni red RS šele potem, ko so ratificirane z zakonom oziroma uredbo vlade. To pomeni, da so adoptirane mednarodne pogodbe v nespremenjeni obliki kot priloga akta o ratifikaciji skladno s 154. členom Ustave tudi objavljene v uradnem glasilu in s tem dostopne uporabnikom prava, kar pomeni, da so pravno predvidljive.

Drugače pa velja za mednarodno pravo v segmentu splošno veljavnih načel mednarodnega prava, ki ni pravno akulturirano v notranjepravni red z zakonom ali uredbo. Posledično tudi ni objavljeno v uradnem glasilu in ni na voljo uporabnikom prava za seznanitev v državi.

Gre za pravni problem, ki ga artikuliram v nadaljevanju v obliki hipoteze: neposredna uporaba tistih neobjavljenih splošno veljavnih načel mednarodnega prava, ki za posameznike ustvarjajo neposredne pravice in obveznosti (angl. *self-executing*), pomeni odmik od načela pravne varnosti.

3. SPLOŠNO VELJAVNA NAČELA MEDNARODNEGA PRAVA

Za razumevanje vsebine članka je treba prej natančneje predstaviti, kaj sploh so splošno veljavna načela mednarodnega prava, ki veljajo v slovenskem pravnem redu *per se*. Formalno logična razlaga 8. člena Ustave RS kaže, da je določilo »zakoni in drugi predpisi morajo biti v skladu s splošno veljavnimi načeli mednarodnega prava /.../« (poudaril A. O.) blanketna določba notranjega prava, ki napotuje na dopolnilno konkretno normo (načelo) mednarodnega prava, ki mora biti taka, da se v širšem smislu (*senso latu*) ujema s pravnim pravilom in jo je treba pred sklicevanjem nanjo v notranjem pravu šele identificirati, saj

¹⁷ Čeprav 102. člen ne postavlja nobenih časovnih omejitev, do kdaj naj se opravi registracija, objave ratificiranih mednarodnih pogodb sistematično niso urejene. Hague Academy of International Law: Recueil des Cours, 2002, str. 47.

nekatera pravila mednarodnega prava lahko izgubijo značaj obveznih pravil in transformirajo v vljudnostno pravilo ali obrnjeno.¹⁸

Za izhodišče si je mogoče pomagati kar z mednarodnim pravom – konkretno z razsodbo nekdanjega Stalnega mednarodnega sodišča (v nadaljevanju: PCIJ) v zadevi *Lotus*, ki v običajnem pomenu sintagmo »splošna načela mednarodnega prava« razume mednarodno pravo, ki velja med vsemi državami, ki so del mednarodne skupnosti.¹⁹

Statut ICJ v 38. členu med viri mednarodnega prava navaja tudi »obča pravna načela, ki jih pripoznavajo civilizirani narodi« (angl. *general principles of law recognized by civilized nations*), vendar razmerje med tem pojmom in terminom iz slovenske ustave »splošno priznana načela mednarodnega prava« ni povsem jasno in neproblematično, pravi Krivic²⁰ in nadaljuje, da je neprimer- no enačiti mnogo širši pojem »splošnih pravnih načel, ki jih priznavajo civili- zirani narodi« z načeli, ki so »splošno priznana v mednarodnem pravu«. Prva namreč veljajo za vsa pravna razmerja med vsemi pravnimi subjekti, druga le za razmerja med subjekti mednarodnega prava, torej zlasti med državami. Podobno meni Türk, ki pravi, da med načeli iz 8. člena Ustave RS in »splošni- mi pravnimi načeli, ki jih pripoznavajo civilizirani narodi« iz točke c) prvega odstavka 38. člena Statuta ICJ obstaja opazna razlika. Slednja so načela, ki so se razvila znotraj pravnih sistemov držav in so temeljnega pomena za delovanje prava nasploh, medtem ko se 8. člen Ustave RS sklicuje na splošno veljavna načela mednarodnega prava, torej tista, ki so nastala v mednarodni praksi in se uveljavila kot splošno veljavne obveznosti držav. Poleg njih je treba v to ka- tegorijo uvrstiti tudi načela OZN, določena v 2. členu Ustanovne listine, ki so torej pogodbenega izvora, vendar so dobila tudi običajnopravno naravo in so sestavni del širše kategorije splošno veljavnih načel mednarodnega prava. Upoštevati je treba tudi možnost prekrivanja, torej položaj, v katerem neko na- čelo spada v obe kategoriji – na primer načelo dobre vere, ki zahteva, da se vse pravne obveznosti izpolnjujejo vestno in pošteno.²¹

Pogačnik pa meni, da je imel ustavodajalec v 8. členu s »splošno veljavnimi načeli mednarodnega prava« v mislih običajna pravila občega mednarodnega prava (angl. *customary rules of general international law*).²² Enako meni Grad, da je treba z besedno zvezo »splošno veljavna načela mednarodnega prava«

¹⁸ V. Đ. Degan, nav. delo, str. 4.

¹⁹ M. Škrk (2007), nav. delo, str. 281.

²⁰ M. Krivic, v: M. Pavčnik in A. Mavčič, nav. delo, str. 56.

²¹ D. Türk, nav. delo, str. 75.

²² M. Pogačnik, nav. delo (1996), str. 366.

razumeti običajne norme občega mednarodnega prava.²³ Grasselli nekoliko drugače trdi, da je pojem »splošno veljavna načela mednarodnega prava« širok in zajema predvsem pravila mednarodnega običajnega prava in splošna pravna načela, ki jih priznavajo civilizirani narodi,²⁴ in nadaljuje, da pri splošno veljavnih načelih mednarodnega prava pravzaprav ni pomembno, ali neko pravilo spada v okvir mednarodnega običajnega prava ali splošnih pravnih načel civiliziranih narodov;²⁵ bistveno je, da pravila priznava prepričljiva večina držav v svetu, med katerimi morajo biti tudi pristojne države, ter da so države, ki priznavajo tako pravilo, iz različnih delov sveta.²⁶ Škrkova pa meni, da gre za termin, ki ga je razumeti širše od pojma, opredeljenega v točki c) prvega odstavka 38. člena Statuta ICJ. Med splošno veljavna načela mednarodnega prava šteje: mednarodna načela *stricto sensu*,²⁷ splošna pravna načela, ki jih priznavajo civilizirani narodi (točka c) prvega odstavka 38. člena Statuta ICJ), in pravila običajnega mednarodnega prava (točka b) prvega odstavka 38. člena Statuta ICJ).²⁸

Enotnega mnenja o tem, kaj kot vir mednarodnega prava pomenijo »splošno veljavna načela mednarodnega prava«, ki v veliki meri niso zapisana (zlasti mednarodno običajno pravo), večinoma pa zavezujejo države in njihove organe ter samo v manjšem delu ustvarjajo neposredne pravice in obveznosti za posameznike, ni.

Ustavno sodišče RS (v nadaljevanju: US RS) je na seji z dne 9. novembra 2006 odločilo z odločbo št. U-I-266/04-105 in zapisalo, da ta pojem zajema predvsem:

- a) pravila mednarodnega običajnega prava in
- b) splošna pravna načela, ki jih priznavajo civilizirani narodi,

in sta kot vira mednarodnega prava naštet v Statutu Meddržavnega sodišča v točkah b) in c) prvega odstavka 38. člena.²⁹ Mogoče je razumeti, da zapisani pridevnik »predvsem« v judikatu US RS pušča pomensko odprt prostor nadaljnji morebitni konkretizaciji načel, ki sicer niso uvrščena med vire mednarodnega prava po točki b) ali točki c) prvega odstavka 38. člena Statuta ICJ.

²³ Glej F. Grad in drugi, nav. delo, str. 321.

²⁴ A. Grasselli, v: L. Šturm, nav. delo, str. 141.

²⁵ Točki b) in c) prvega odstavka 38. člena Statuta Meddržavnega sodišča.

²⁶ A. Grasselli, v: L. Šturm, nav. delo, str. 140.

²⁷ Na primer prepoved uporabe sile ali grožnje s silo, obveznost reševanja mednarodnih sporov z mirnimi sredstvi, nedotakljivost meja, nevmešavanje v notranje zadeve držav, načelo izpolnjevanja mednarodnih obveznosti v dobri veri. M. Škrk, nav. delo (2007), str. 283.

²⁸ M. Škrk, nav. delo (2008), str. 1159.

²⁹ US RS, št. U-I-266/04-105, z dne 9. novembra 2006, paragraf 14 obrazložitve.

V nadaljevanju se bomo zato vsebinsko seznanili s točkama b) in c) prvega odstavka 38. člena Statuta, ki vsebinsko vrednostno zapolnjujeta oziroma pojasnjujeta pojem »splošno veljavna načela mednarodnega prava« v 8. členu Ustave.

3.1. Mednarodni običaj kot dokaz obče prakse, ki je sprejet kot pravo (točka b) prvega odstavka 38. člena Statuta ICJ)

Običajno pravo vsebuje pravno zavezujoča pravila, ki so se v praksi oblikovala v medsebojnih razmerjih med državami in drugimi mednarodnopravnimi subjekti z namenom nadaljnjega urejanja konkretnih odnosov.³⁰ Lahko pride tudi do njihove kodifikacije v mednarodnih pogodbah oziroma zapisa v različnih mednarodnopravnih dokumentih.³¹ Obča privolitev držav ustvarja pravila obče uporabe, kar je v bistvu definicija mednarodnega običajnega prava.³² Besedilo definicije, kaj ICJ šteje za mednarodno običajno pravo, je v točki b) prvega odstavka 38. člena Statuta tega sodišča, ki določa, da sodišče pri odločanju o mednarodnih sporih iz svoje pristojnosti uporablja kot vir »mednarodne običaje kot dokaz obče prakse, ki je sprejeta kot pravo«. Omenjena določba vsebuje tako objektivni kot subjektivni element, ki skupaj tvorita običajno pravo. Objektivni element (*corpus*) temelji na dejanskem ravnanju držav, subjektivni (*animus*) pa na prepričanju, da je dejanje pravno zapovedano.³³ Ali povedano nekoliko drugače, kot objektivni kriterij se navaja dokaz »obče prakse«, kot subjektivni kriterij pa *opinio juris sive necessitatis*, to je pravna zavest, ki pomeni, da države ravnaajo na določen način zato, ker se zavedajo, da je tako ravnanje zanje obvezno po pravilih mednarodnega prava. Oba pogoja morata biti izpolnjena kumulativno.³⁴ Tako poimenovanje prvin običaja lahko označimo tudi za dualistično, ki v doktrini ni naletelo na popolno soglasje, pravi Conforti in nadaljuje: »Nekateri pisci so namreč zatrjevali, da običaj nastaja že s prakso, saj bi v primeru, da bi privolili v nujnost *opinio juris*, neizogibno prišli do ugotovitve, da norma izvira iz zmote.«³⁵ Najbolj uporabna metoda za jasno definiranje obveznosti iz običajnih obligacij je kodifikacija teh v obliki mednarodne pogodbe. Številne obsežne multilateralne mednarodne pogodbe

³⁰ Fitzmaurice: Expression of Consent to be Bound by a Treaty as Developed in Certain Environmental Treaties, v: V. Sancin, nav. delo (2007), str. 47.

³¹ Fitzmaurice: Expression of Consent to be Bound by a Treaty as Developed in Certain Environmental Treaties, v: V. Sancin, nav. delo (2009), str. 51.

³² I. Brownlie, nav. delo, str. 2.

³³ M. Shaw, nav. delo, str. 58.

³⁴ Schwarzenberger: A Manual of International Law, 1967, str. 32, v: H. Thirlway, nav. delo, str. 46.

³⁵ B. Conforti, nav. delo, str. 34.

so bile namenjene prav temu. Na primer³⁶ v Dunajski konvenciji o pravu mednarodnih pogodb in Dunajski konvenciji o diplomatskih odnosih so notificirane številne običajne mednarodne norme. Dejansko so se v zadnjem stoletju številna področja mednarodnega prava, kot sta človekove pravice in vojno pravo, ki so bila prej ekskluzivno urejena z mednarodnim običajnim pravom, uredila z mednarodnimi pogodbami.³⁷

Kot zanimivost naj omenim imenovanje načel mednarodnega običajnega prava v sklepnem predlogu generalne pravobranilke Sodišča Evropske unije iz oktobra 2011, ki jih sicer uvršča v okvir točke b) prvega odstavka 38. člena Statuta ICJ, in sicer: načelo suverenosti držav nad njihovim zračnim prostorom; načelo pravne neveljavnosti zahtev po suverenosti nad odprtim morjem; načelo svobode letenja nad odprtim morjem.³⁸ Mogoče je meniti, da bi bila navedena načela razumljiveje uvrščena pod točko c) prvega odstavka 38. člena Statuta ICJ (obča pravna načela, ki jih prepoznavajo civilizirani narodi), posebno še ker se v nadaljevanju besedila v 109. paragrafu sklepnega predloga navaja, da se je mednarodno običajno pravo v sodni praksi Sodišča Evropske unije do zdaj uporabljalo le za razlago predpisov in načel prava Unije.³⁹

3.2. Obča pravna načela, ki jih prepoznavajo civilizirani narodi (točka c) prvega odstavka 38. člena Statuta ICJ)

ICJ mora v sporih, ki se mu predložijo, kot vir prava uporabiti tudi obča načela, ki jih prepoznavajo civilizirani narodi. Teoretiki niso enotni, kaj ta določba vsebinsko pomeni. Nekateri naravnost zanikajo možnost, da bi imela splošna

³⁶ Nekatere določbe Čikaške konvencije; Konvencija o odprtem morju; del Konvencije o pomorskem mednarodnem pravu, <curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?doclang=SL&text=&pageIndex=1&mode=lst&docid=110742&occ=first&dir=&cid=541015> (10. 5. 2013).

³⁷ R. A. Miller in drugi, nav. delo, str. 209.

³⁸ Sklepni predlog Sodišča Evropske unije v zadevi C-366/10 z dne 6. oktobra 2011.

³⁹ Mednarodno običajno pravo je v sodbah z dne 24. novembra 1993 v zadevi *Mondiet* (C-405/92, Recueil, str. I-6133, točke od 11 do 16), *Poulsen* in *Diva Navigation* (navedena v opombi 29, točka 11, zadnji stavek) in *Brita* (navedena v opombi 41, predvsem točka 45) uporabljeno le za razlago aktov institucij Unije. V sodbi *Racke* (navedena v opombi 29, točka 47) je poudarjeno, da se vprašanje veljavnosti uredbe postavlja le naključno, pri čemer je tožeča stranka na drugi strani svoje dejanske zahtevke utemeljevala neposredno s sporazumom, sklenjenim med Skupnostjo in tretjo državo. Splošno sodišče je v sodbi *Opel Austria proti Svetu* (navedena v opombi 102, točki 93 in 94) uporabilo splošno načelo varstva legitimnih pričakovanj, ki je priznано v pravu Unije, za katero je menilo, da ustreza načelu dobre vere, ki ga pozna mednarodno običajno pravo; merilo za presojo veljavnosti spornega akta Unije pa je bil na koncu mednarodni sporazum (Sporazum EGP), in ne splošno načelo prava Unije ali mednarodnega običajnega prava (sodba *Opel Austria proti Svetu*, točka 95).

načela veljavnost mednarodnega pravnega pravila, drugi pa na primer poudarjajo integrativno funkcijo mednarodnega prava. Po mnenju Phillimorea so splošna načela v bistvu pravila, ki so jih sprejeli vsi civilizirani narodi *in foro domestico*.⁴⁰ Podobno meni Maloneeva, ki pravi, da drugače od mednarodne pogodbe ali mednarodnega običajnega prava splošna načela izvirajo iz notranjega prava držav in niso načela, ki bi izhajala iz mednarodnih odnosov ali obveznosti.⁴¹ Nasprotno meni Guggenheim, ki izrecno navaja, da načelom, ki se uporabljajo *in foro domestico*, ni mogoče dati enakega predznaka kot splošnim načelom prava, ki nimajo značilnosti pravil notranjega prava.⁴² Verdross pa na podlagi analize mednarodne judikature po sprejetju Statuta ICJ deli splošna načela v tri skupine: načela, ki izvirajo iz notranjega prava držav, načela, ki se izpeljujejo neposredno iz ideje prava, in načela, ki se izpeljujejo iz narave določenega instituta mednarodnega prava.⁴³

V praksi se ta določba Statuta pogosto tolmači kot pooblastilo, dano sodišču, da v primeru praznin v mednarodnem pravu uporabi analogijo z notranjepravnimi pravili držav.⁴⁴ Podobno meni tudi Conforti, da je splošno sprejeta razlaga 38. člena Statuta ICJ, po kateri gre za vir, ki ga je moč uporabiti tam, kjer ni pogodbenih ali običajnih norm. Poseganje po splošnih pravnih načelih naj bi bilo neke vrste *analogija juris*, namen takega poseganja pa naj bi bil zapolnjevanje vrzeli v pogodbenem ali običajnem pravu, opravili pa naj bi ga, preden bi prišli do sklepa, da v zvezi s konkretnim primerom ne obstajajo mednarodne obveznosti.⁴⁵

Škrkova med načela po točki c) prvega odstavka 38. člena Statuta ICJ uvršča na primer načelo zakonitosti, prepoved retroaktivnosti, *res iudicata*, *litispidencia*, nedopustnost neupravičene obogatitve, *lex specialis derogat legi generalis*,⁴⁶ *actor sequitur forum rei*⁴⁷ (tožnik sledi območju sodne pristojnosti obtožene) ipd. Türk temu dodaja še načela, da nihče ne more prenesti na drugega več pravic, kot jih ima sam, načelo *bona fides*.⁴⁸ V delih teoretikov Bartoša,

⁴⁰ Waldock: General Course on Public International Law, RC, 1962-II, 55, v: B. Vukas, nav. delo, str. 256.

⁴¹ L. Malone, nav. delo, str. 25.

⁴² Guggenheim: Traité de Droit international public, Tome I, deuxième édition revue et argumentée, Ženeva, 1967, 295–296, v: B. Vukas, nav. delo, str. 256.

⁴³ Verdross: Les principes généraux du droit dans la jurisprudence internationale, RC, 1935-II, 204, 205, 243, 244 in 249, v: B. Vukas, nav. delo, str. 256–257.

⁴⁴ V. Đ. Degan, nav. delo, str. 73.

⁴⁵ B. Conforti, nav. delo, str. 41.

⁴⁶ M. Škrk, nav. delo (2007), str. 282–283.

⁴⁷ M. Škrk, nav. delo (2001).

⁴⁸ D. Türk, nav. delo, str. 59.

Guggenheima, Andrassyja, Shawa in Pelleta pa se najdejo še ta:⁴⁹ prepoved zlorabe prava; prepoved neupravičenega bogatenja; prepoved okoriščenja iz lastne napake; zastaranje; obveznost povrnitve škode, tako neposredne kot tudi posredne; načelo, da cesionar ne more imeti več pravic kot cedent (*nemo plus iuris ad alium transfere potest quam ipse habet*); načelo *estoppel*; načela sodnega postopka (pravica do izločitve sodnika, načelo enakosti strank, pravila o dokazih, načelo *audiatur et altera pars*, *res iudicata*, načelo *nemo iudex in sua causa*).

Conforti meni, da gre za prakso, ki so jo v mednarodnih odnosih, zlasti na arbitražnih sodiščih, ubirali že od nekdaj in ki razkriva bolj ali manj obsežno rabo splošnih načel, zlasti načel pravičnosti ali vsaj pravne logike, ki so zraščena z zamisljo o pravu in ki jih še dandanes izražajo starodavni pravni predpisi kot *exempli gratia*: nihče ne more biti sodnik v svoji zadevi (*nemo iudex in causa sua*); če je predpis jasen, je interpretacija nedopustna (*in claris non fit interpretation*); nikomur ni moč soditi dvakrat za isto dejanje (*ne bis in idem*) itd.⁵⁰

Tunkin pa nasprotno ne priznava splošnih pravnih načel kot vira mednarodnega prava, ker po njegovem ni pravnih norm, ki bi bile lahko skupne socialističnemu in kapitalističnemu pravnemu sistemu; dopušča pa obstoj nekih skupnih pojmov (*legal notions*), ki praviloma pridejo v mednarodno pravo le s pogodbo ali z običajnim pravom ter jih sodišče ne more uporabiti kot podlago za odločbo, temveč lahko služijo le v procesu uporabe in tolmačenja prava.⁵¹

Iz navedenega je mogoče ugotoviti, da obstaja problem nezadostne stopnje določnosti mednarodnega prava, navedenega pod točkama b) in c) prvega odstavka 38. člena Statuta ICJ.

4. UPORABA SPLOŠNO VELJAVNIH NAČEL MEDNARODNEGA PRAVA

»Znotraj slovenskega notranjega prava se z odnosom med mednarodnim in notranjim pravom ne srečuje le US RS, temveč praviloma vsa sodišča v državi in državni organi v okviru svojih pristojnosti.«⁵² Ustava RS v 8. členu⁵³

⁴⁹ Bartoš, Guggenheim, Andrassy, Shaw, Pellet, v: B. Vukas, nav. delo, str. 259.

⁵⁰ B. Conforti, nav. delo, str. 41–42.

⁵¹ Tunkin: *International Law in the International System*, 1978, str. 103–106, v: M. Škrk, nav. delo (1985), str. 153.

⁵² M. Škrk, nav. delo (2007), str. 275.

⁵³ Ustava RS, 8. člen: »Zakoni in drugi predpisi morajo biti v skladu s splošnoveljavnimi načeli mednarodnega prava in z mednarodnimi pogodbami, ki obvezujejo Slovenijo. Ratificirane in objavljene mednarodne pogodbe se uporabljajo neposredno.«

opredeljuje pravno akulturacijo mednarodnega prava v slovenski pravni red v obliki mednarodnih pogodb in v obliki splošno veljavnih načel mednarodnega prava. Za mednarodne pogodbe je eksplicitno določena neposredna uporaba, za splošno veljavna načela mednarodnega prava pa tovrstne določbe v Ustavi ni. Pogačnik meni, da glede na naravo običajnih norm občega mednarodnega prava ob obstoju modela ustavne adopcije njegove vsebine načelno ni ovir za neposredno izvršljivost (angl. *self-executing rules*), če je le zadevna norma vsebinsko dovolj specificirana.⁵⁴ Pravno pomembno je poudariti, da se za splošno veljavna načela mednarodnega prava deklarira presumpcija njihove inkorporiranosti v slovenski pravni red brez ratifikacije,⁵⁵ kar potrjuje tudi praksa US RS, da slovenski pravni red na podlagi 8. člena Ustave RS avtomatsko sprejema v svoje nacionalno pravo »splošno veljavna načela mednarodnega prava«.⁵⁶ Zato pred uporabo ni potrebna njihova dodatna transformacija v ustreznem zakonu.

Torej so poleg mednarodnih pogodb tudi splošno veljavna načela mednarodnega prava *de facto* neposredno uporabljiva.

V doktrini velja, da so nekatere norme običajnega mednarodnega prava neposredno uporabljive (angl. *direct applicability*), nekatere pa ne ter da so očitno nekatere neposredno izvršljive (angl. *self executing*) in nekatere ne. Norme, ki so preveč ohlapne in neprecizne, seveda ne morejo biti neposredno izvršljive in se seveda ne morejo neposredno uporabiti v notranjem pravu.⁵⁷ Take norme bi bilo pred uporabo treba transformirati, s tem pa bi izgubile naravo norme mednarodnega prava in postale norme notranjega prava. »Vsaka neposredno uporabna določba torej nima tudi neposrednega učinka; nasprotno pa ima lahko neposredni učinek samo določba, ki je neposredno uporabna.«⁵⁸

Pri presoji pred uporabo, ali je v konkretnem primeru v okviru termina splošno veljavna načela mednarodnega prava že nastala norma mednarodnega običajnega prava, ki zavezuje Republiko Slovenijo, obstaja široko odprto polje interpretacije v eno ali drugo smer, kar je z vidika pravne varnosti problematično. Na primer pri presoji ustavne pritožbe zoper sodbo Vrhovnega sodišča RS (v nadaljevanju tudi: VS) je US v odločbi št. UP-97/02 na seji 12. marca 2004 spremenilo svoje dotedanje stališče glede statusa Splošne deklaracije o človekovih pravicah. S prejšnjo odločitvijo št. U-I-90/91 z dne 7. maja 1992 ob obravnavi pobude Sveta za varstvo človekovih pravic in temeljnih svoboščin za

⁵⁴ F. Grad in drugi, nav. delo, str. 322.

⁵⁵ A. Weingerl, nav. delo, str. 355.

⁵⁶ M. Škrk, nav. delo (2007), str. 80.

⁵⁷ S. K. Swan in drugi, nav. delo, str. 159.

⁵⁸ M. Ilešič, nav. delo, str. 1326.

oceno ustavnosti Zakona o tujcih se je US izreklo, da Deklaracija o človekovih pravicah nima značaja in moči mednarodne pogodbe, zato ocena skladnosti izpodbijane zakonske določbe z njo ni mogoča.⁵⁹ V spremenjenem stališču leta 2004 pa je *inter alia* sklenilo:

»Pritožnik zatrjuje kršitev 7. člena⁶⁰ Splošne deklaracije o človekovih pravicah. Ta deklaracija, ki ni bila sprejeta v obliki mednarodne pogodbe, predstavlja mednarodno običajno pravo.«⁶¹

O tem je mogoče sklepati tudi iz mednarodne prakse. Mednarodna sodišča brez jasne logike enkrat izhajajo iz presumpcije neobstoja norme mednarodnega običajnega prava, ki zahteva ugotovitev obstoja te norme, drugič pa iz nasprotne presumpcije. To je mogoče razumeti kot obstoj impliciranega vrednostnega odnosa do obravnavane zadeve.⁶²

»Vendar če je za US RS skorajda nujno, da pri svojem odločanju nepretrgoma (tudi na podlagi vrednot) kreira pravo, pa to nikakor ne velja v enaki meri za sodišča splošne pristojnosti. /.../ Opozoriti je treba tudi na nevarnost subjektivnega vrednostnega odločanja /.../, ki je odvisno od vrste subjektivnih dejavnikov in posamičnih interesov, pri odločanju pa lahko pripelje do popolne arbitrarnosti,«⁶³ kar je z vidika pravne države nedopustno.

5. PRAVNA VARNOST

Pred nadaljevanjem razprave si nekoliko podrobneje oglejmo pojem in pomen pravne varnosti oziroma okvir, iz katerega izhaja to pravno načelo.

Mednarodno pravo (in norme, ki so zajete v sintagmi »splošno veljavna načela mednarodnega prava«, spadajo v to kategorijo) je drugače od državnega prava decentralizirano, s poglobitno značilnostjo – suverenostjo držav. Če so nacionalni pravni sistemi visoko razviti, tega ne moremo trditi za mednarodno skupnost, kjer je moč razdeljena in razpršena.⁶⁴ V tako decentraliziranem sistemu mednarodne skupnosti, kjer tudi notranje ureditve držav nimajo skupnih standardov pravne države, težko govorimo o vladavini prava kot načelu

⁵⁹ US RS, št. U-I-90/91, z dne 7. maja 1992.

⁶⁰ Člen 7: Vsi so enaki pred zakonom, vsi, brez diskriminacije, imajo pravico do enakega pravnega varstva. Vsi imajo pravico do enakega varstva pred sleherno diskriminacijo, ki bi kršila to Deklaracijo, kakor tudi pred vsakim škovanjem k takšni diskriminaciji.

⁶¹ US RS, št. UP-97/02, z dne 12. marca 2004, paragraf 4.

⁶² A. Weingerl, nav. delo, str. 356.

⁶³ L. Ude, nav. delo, str. 1129.

⁶⁴ M. Škrk, nav. delo (2008), str. 1156.

mednarodnega prava,⁶⁵ mu pa lahko pripišemo, kot navaja Škrkova, naravo postulata mednarodnega prava v nastajanju.⁶⁶ Johnson meni, da je velika pridobitev zadnjega tisočletja uveljavljanje vladavine prava v okviru nacionalnih držav in da je projekt novega tisočletja gradnja vladavine prava na mednarodni oziroma globalni ravni. Prvi projekt še vedno poteka, na drugem pa se je delo šele začelo.⁶⁷ Vladavina prava (angl. *rule of law*) je temelj vsem državnim ustavnopravnim sistemom. To načelo je tako zelo pomembno, da brez njega ne bi bilo ustavnega prava, s katerim se urejajo odnosi izvrševanja državne oblasti ter odnosi med državljani in državo.⁶⁸ Teoretično izhodišče tega pravnega načela izhaja iz naravnega prava⁶⁹ in sloni po mnenju Saunderseve in Le Royeve na treh temeljnih načelih. Po prvem načelu politiko urejajo splošna pravila, ki so določena vnaprej. Drugo načelo govori, da je ta pravila treba uporabljati in uveljavljati, in tretje načelo je, da je spore o pravilih treba reševati učinkovito in pravično.⁷⁰ Koncept vladavine prava je vključen v Ustanovno listino ZN. Deklaracija o načelih mednarodnega prava o prijateljskih odnosih in sodelovanju med državami v skladu z Ustanovno listino ZN iz leta 1970 priznava neločljivo povezavo med ZN in mednarodno vladavino prava. V preambuli se poudarja izreden pomen Ustanovne listine ZN za spodbujanje vladavine prava med narodi, ki izhaja iz že sprejetih obveznosti mednarodnega prava.⁷¹ Generalna skupščina OZN je 16. septembra 2005 sprejela resolucijo št. 60/1 po zasedanju svetovnega vrha 2005 in s sklepi v poglavju Vladavina prava *inter alia* prepoznava potrebo po splošnem pristopu k implementaciji vladavine prava na nacionalni in mednarodni ravni.⁷² Generalna skupščina OZN je 18. decembra 2006 sprejela resolucijo št. 61/39 z naslovom Vladavina prava na nacionalni in mednarodni ravni. V preambuli se potrjujeta univerzalna potreba po udejanjanju vladavine prava, tako na državni kot mednarodni ravni, ter slovesna zavezanost k mednarodnemu redu na podlagi vladavine prava in mednarodnega prava, ki skupaj z načeli pravičnosti prispevata k mirnemu sobivanju in sodelovanju med državami.⁷³ Za sistem OZN pomeni vladavina

⁶⁵ Prav tam, str. 1169.

⁶⁶ Prav tam.

⁶⁷ Johnson, v: B. Tamanaha, nav. delo, str. 127.

⁶⁸ T. Hartley, nav. delo, str. 313.

⁶⁹ Z. Jelić, nav. delo, str. 858.

⁷⁰ C. Saunders in K. Le Roy, nav. delo, str. 5.

⁷¹ The Declaration of Principles of International Law Concerning Friendly Relations and Co-operation Among States in Accordance with the Charter of the United Nations, 24 October 1970.

⁷² Resolutions 60/1. adopted by the General Assembly: 2005 World Summit Outcome, 2005.

⁷³ M. Škrk, nav. delo (2008), str. 1156–1157.

prava načelo upravljanja, v katerem so vse osebe, institucije in subjekti, tako javni kot zasebni, vključno z državo samo, odgovorni javno promulgiranemu pravu. Odgovorni so pravu, ki je enako uveljavljeno in neodvisno obravnavano in ki je v skladu z mednarodnimi pravili ter standardi človekovih pravic. Vladavina prava predpostavlja tudi ukrepe zagotovitve spoštovanja načel primarnosti prava in enakosti pred zakoni, pravičnosti uporabe prava, načela delitve oblasti, sodelovanja v postopku odločanja, načela pravne varnosti, izogibanja arbitrarnosti ter postopkovne in pravne preglednosti. Pojem vladavine prava je zelo povezan z načelom pravičnosti, ki vključuje ideal odgovornosti in pravičnosti pri zaščiti in zagovarjanju pravic ter preprečevanju in kaznovanju krivic. Administrativno uveljavljanje vladavine prava vključuje tako formalnopravne kot tudi neformalne/običajne/tradicionalne mehanizme.⁷⁴ Generalni sekretar OZN je aprila 2008 sprejel Napotke ZN pri pristopanju k vladavini prava v obliki načel.⁷⁵ Zaznati je bilo, da obstajajo tudi pomisleki, saj jih je bilo mogoče razumeti tudi kot motnjo nacionalnim suverenostim.⁷⁶

Sintagma »vladavina prava« se delno vsebinsko pokriva s pojmom »pravna država« (nem. *Rechtsstaat*), vendar ne gre za istovetna pojma.⁷⁷ Veen Dicey meni, da je vladavina prava drugo ime za supremacijo prava, pod katerim se razume odsotnost arbitrarne oblasti in enakost pred zakonom.⁷⁸ Podvržena je le naravnopravnim omejitvam v nasprotju s pojmom pravne države, za katerega je značilna striktna uporaba pozitivnega prava, menita Prokopijević in Šuković.⁷⁹ Po mnenju slednjega ni vladavine prava brez pravičnega prava. Hayek pa meni, da je vladavina prava zlasti univerzalni, in ne nacionalni problem. Gre za skrb celotne družbe, da bo pravo splošno, da bo zagotavljalo enako zaščito vsem, da ne bo retroaktivno in da bo potrjeno z delom sodišč.⁸⁰

V slovenskem pravnem redu je načelo pravne države določeno v 2. členu Ustave.

⁷⁴ Security Council: The rule of law and transitional justice in conflict and post-conflict societies, Report of the Secretary-General, 23 August 2004. str. 4, paragraf 6, <www.unrol.org/files/2004%20report.pdf> (10. 5. 2013).

⁷⁵ Guidance note of the Secretary-General, UN Approach to Rule of Law Assistance, 2008.

⁷⁶ J. Kely, nav. delo.

⁷⁷ D. Čepulo, nav. delo, str. 1338.

⁷⁸ A. V. Dicey, nav. delo, str. 185.

⁷⁹ Prokopijević in Šuković, v: Z. Jelić, nav. delo, str. 857.

⁸⁰ Friedrich August von Hayek, v: Z. Jelić, nav. delo, str. 858.

V teoriji, še bolj pa v praksi (politični) se pojavljajo različni pogledi na pravno državo in tudi na pravo.⁸¹ Znanstveni pojem prava kot rezultat njegove aplikativne razsežnosti vsebuje idejo prava, ki predpostavlja pravno varnost kot vrednost, ki nastaja z njegovim nastajanjem in nastankom, pravi Aksić.⁸² Podobno meni Pavčnik, ki pravi, da je pravo vrednostni pojav, pri katerem je smisel pravnih posledic ta, da *se z njimi in prek njih uresničujejo vrednote, ki so pomembne za pravo*, in ena od njih je pravna varnost, in nadaljuje, da pravna varnost pomeni:

- a) predvidljivost pravil vedenja in ravnanja pravnih subjektov,
- b) uresničevanje pravno urejenega vedenja in ravnanja (zanesljivost prava),
- c) možnost načrtovanja vedenja v prihodnje (zaupanje v pravo).⁸³

Seveda zapisano velja predvsem za »državno« pravo.

V pravni državi so temeljne pravice naravnopravno izhodišče, ki jih ustavodajalec sprejema in jih ustrezno pravno pozitivizira.⁸⁴ Zapoved jasnosti in določnosti predpisov kot izvedbeno načelo pravne države zahteva, da so zakonske rešitve splošne in abstraktne. Če norma ni jasno opredeljena, obstaja možnost različne uporabe in arbitrarnosti organov, ki odločajo o pravicah posameznikov.⁸⁵ Predpis, ki ni dovolj jasen, razumljiv in nedvoumen, povzroča pravno negotovost in s tem nezaupanje v pravo.⁸⁶ Načelo pravne države je univerzalne narave in je zavezujoče; ne gre za programsko določbo, ampak za določbo, ki zavezuje državo in njene državne organe, nanaša pa se na vse osebe, tako na državljane države kot na tujce.⁸⁷ Zahteva tudi, da so pravne norme javnosti dostopne na običen način, tako da se prizadeti lahko zanesljivo seznanijo z njihovo vsebino. Pravilnost objavljanih predpisov je torej eden glavnih pogojev za začetek veljavnosti abstraktnih pravnih norm.⁸⁸ Razglasitev (*promulgacija*) je akt, s katerim se ugotavlja, da je predpis sprejet po določenem postopku, objava (*publikacija*) pa je dejanje, s katerim predpis postane navzven spoznaven in imajo naslovljenci možnost seznaniti se z vsebino, preden dobi obvezno moč in jih zavezuje.⁸⁹ Kaj pa lahko v tej zvezi rečemo za mednarodno pravo?

⁸¹ J. Šinkovec, nav. delo, str. 25.

⁸² S. Aksić, nav. delo, str. 1031.

⁸³ M. Pavčnik, nav. delo (2007), str. 595 in 627.

⁸⁴ M. Pavčnik, nav. delo (1998), str. 28.

⁸⁵ L. Šturm, nav. delo, str. 58.

⁸⁶ Prav tam.

⁸⁷ Prav tam.

⁸⁸ Prav tam, str. 1025.

⁸⁹ Prav tam, str. 1028.

Če smiselno povzamemo Pavčnika, je mogoče reči, da je tudi mednarodno pravo vrednostni pojav, pri katerem je smisel posledic ta, da se z njimi in prek njih uresničujejo vrednote, ki so za mednarodno pravo pomembne.

In katere so te vrednote?

Če Pavčnik kot eno od pomembnih vrednot prava (državnega prava) vidi pravno varnost, vidi Nippold kot pomembno vrednoto mednarodnega prava predvsem stanje miru med državami, ki je za mednarodno pravo normalno stanje. To pa je hkrati pogoj za mogočo resnično vladavino prava med narodi, zato je interes mednarodnih pravnih redov, da se mir ohrani.⁹⁰ Spodbujanje vladavine prava je temeljno za ohranitev mednarodnega miru in varnosti, za doseg gospodarskega in socialnega napredka ter razvoja in za spodbujanje spoštovanja človekovih pravic ter temeljnih svoboščin.⁹¹

5.1. Pravna varnost in zaveze Slovenije, ki izhajajo iz mednarodnih pogodb

Člen 154 Ustave RS je razumeti kot obvezo za objavljane predpisov notranjega prava. Pri recepciji mednarodnih pogodb, ki se veljavno umestijo v slovenski pravni red z zakonom oziroma uredbo o ratifikaciji, pride sicer do objave zakona oziroma uredbe o ratifikaciji v Uradnem listu RS, ker se objavlja notranje pravo, in zakon oziroma uredba o ratifikaciji to je. Relevantno pa je, da je sočasno ratifikacijskemu notranjepravnemu aktu v izvirniku priložena priloga, mednarodna pogodba, zato je v teh primerih posredna seznanitev uporabnikov prava z mednarodno pogodbo mogoča in zagotovljena.

Pri mednarodnih pogodbah je vsebina mednarodnega prava zaradi pisne oblike državam podpisnicam dobro znana. Mogoče se je strinjati, da je s tem v celoti ali vsaj delno dosežena pravna predvidljivost pravil mednarodnega prava za države pogodbenice. Delno zato, ker v primeru nejasnosti vsaki državi podpisnici mednarodne pogodbe pripada pristojnost za razlago konkretne mednarodne pogodbe, in mogoče je, da si bodo države različno razlagale posamezna pogodbeno določila, kar lahko privede do mednarodnega spora (angl. *international dispute*). Splošna pravila razlage mednarodnih pogodb so vsebovana v 31. členu Dunajske konvencije o pravu mednarodnih pogodb in v 31. členu Dunajske konvencije o pravu mednarodnih pogodb med državami in mednarodnimi organizacijami in mednarodnimi organizacijami med seboj, ki predhodnico v tem določenem obsegu le povzema.⁹²

⁹⁰ O. Nippold, nav. delo, str. 13.

⁹¹ Guidance note of the Secretary-General, UN Approach to Rule of Law Assistance, 2008, str. 2.

⁹² M. Pogačnik, nav. delo (1999), str. 5.

Kot relevantno materijo si oglejmo odločbo US RS, ki je v njej izrazilo skrb glede določnosti mednarodnih norm zaradi pravne varnosti. US je v odločbi št. U-I-128/98 na seji 23. septembra 1998 v postopku za preizkus pobude za začetek postopka ocene ustavnosti Sporazuma med Vlado RS – slovenskim ministrstvom za obrambo in Vlado Izraela – izraelskim ministrstvom za obrambo v sklepih zapisalo, da morajo biti predpisi po določbi prvega odstavka 154. člena Ustave RS objavljeni, preden začnejo veljati. Namen, zaradi katerega je določena ustavna zahteva po objavi predpisov, je mogoče pripisati tudi zahtevi po objavi mednarodnih pogodb, posebno tistih, s katerimi se uvajajo pravice in obveznosti za pravne in fizične osebe v državi – to je pogodb, ki so neposredno uporabne (*self-executing*). Pravice in obveznosti, ki izhajajo za pravne in fizične osebe iz neposredno uporabnih in mednarodnopravno veljavnih mednarodnih pogodb, se glede na določbo 8. člena Ustave RS lahko uveljavljajo neposredno na podlagi mednarodne pogodbe. Mednarodne pogodbe, ki niso neposredno uporabne, pa prav tako postanejo sestavni del notranjega prava in se uporabljajo enako kot drugi pravni viri, ki za svojo uporabo v konkretnem primeru potrebujejo izvedbene predpise.⁹³

Predstavljeni judikat se sicer nanaša na mednarodno pravo iz segmenta mednarodnih pogodb, in ne splošno veljavnih načel mednarodnega prava. Pa vendarle se lahko vprašamo, ali lahko glede na vsebino odločbe US RS sklepamo po podobnosti (*a simili ad simile*) iz materije mednarodnih pogodb na materijo splošno veljavnih načel mednarodnega prava.

5.2. Pravna varnost in zaveze Slovenije na podlagi splošno veljavnih načel mednarodnega prava

Splošno veljavna načela mednarodnega prava se umeščajo v notranje pravo Slovenije z avtomatsko trajno inkorporacijo (angl. *automatic standing incorporation*), ne da bi prišlo pri tem do spremembe adresatov in spremembe narave pravnega pravila, kar pomeni, da morajo državni organi in posamezniki *ipso facto* in brez kakršnega koli ravnanja spoštovati v mednarodni skupnosti uveljavljena pravila mednarodnega običajnega prava.⁹⁴ Pri tem je mišljeno tudi tista, ki se kot vsebina *lex lata* nahajajo v materialni obliki in še niso bila kodificirana in jih mora uporabnik prava šele odkriti, kar je svojevrsten problem.

Obstaja prepričanje, da mednarodno pravo ne pozna hierarhije virov mednarodnega prava. Virov iz prvega odstavka 38. člena⁹⁵ Statuta ICJ zato ne gre

⁹³ US RS, št. U-I-128/98, z dne 23. septembra 1998, paragraf 10.

⁹⁴ Cassese: *International law*, 2001, str. 166, v: M. Škrk, nav. delo (2007), str. 279.

⁹⁵ Statut ICJ, 38. člen: Sodišče, katerega naloga je odločati v skladu z mednarodnim pravom v sporih, ki se mu predložijo, naj uporablja: a) meddržavne dogovore, bodisi splošne

obravnavati po hierarhičnem vrstnem redu, kot si sledijo od točke a) do d), čeprav naj bi bil tak namen pri sprejemanju osnutka, trdi Brownlie.⁹⁶ Formalno so zgoraj naštetе skupine virov mednarodnega prava v točkah a), b) in c) enakopravne in med njimi ni hierarhije, pravi Škrkova.⁹⁷ Villiger navaja, da razlog, da v 38. členu ni določitve hierarhičnega reda, natančno odslikava strukturo mednarodnega pravnega reda, ki mu je *a priori* določena hierarhija virov tuja, saj sta običajno pravo in pogodbe avtonomna in neodvisna vira.⁹⁸ Zato je mogoče sklepati, da sta mednarodna norma, ki izvira iz mednarodne pogodbe, in norma, ki izvira iz splošno veljavnih načel mednarodnega prava, enakopravni.

Zato je na podlagi predstavljenega stališča US RS št. U-I-128/98 z dne 23. septembra 1998, ki izhaja iz obrazložitve odločbe: »Namen, zaradi katerega je določena ustavna zahteva po objavi predpisov, je mogoče pripisati tudi zahtevi po objavi mednarodnih pogodb, posebej tistih, s katerimi se uvajajo pravice in obveznosti za pravne in fizične osebe v državi – to je pogodb, ki so neposredno uporabne (*self-executing* pogodbe)«, mogoče z argumentiranjem s pomočjo sklepanja *a simili ad simile* zatrjevati, da za splošno veljavna načela mednarodnega prava, tista, s katerimi se uvajajo pravice in obveznosti za pravne in fizične osebe v državi (angl. *self-executing rules*), ki veljajo v slovenskem pravnem redu *per se*, obstajajo enako močni argumenti glede objave zavezujoče mednarodne norme, kot to velja za mednarodne pogodbe.

Poudariti je treba, da ugotavljanje mednarodne norme, ki se nahaja v nepisani materialni obliki, ne more preiti v tolmačenje te, ker vsako tolmačenje pomeni lahko že kreiranje in pri tem v bistvu pride do transformacije izvirne mednarodne norme v notranjepravno normo. Videti je, da lahko pridejo v poštev le tiste običajne mednarodne norme, ki so kodificirane in iz različnih razlogov nimajo moči veljavne mednarodne pogodbe, kot je to v primeru Splošne deklaracije človekovih pravic. V teh primerih gre za zapisano običajno mednarodnopravno materijo in uporaba te zaradi natančnosti zapisov ne pomeni kreiranja prava, ampak zgolj uporabo.

Pri tovrstnih izjemah je mogoče ugotoviti, da bi jih bilo mogoče objaviti in pri tem slediti argumentiranim pričakovanjem US RS in navsezadnje pričakovanjem mednarodne skupnosti, artikulirane v mednarodnih dokumentih, ki

bodisi posebne, s katerimi so postavljena pravila, ki jih države v sporu izrečno pripoznajo, b) mednarodni običaj kot dokaz obče prakse, ki je sprejeta kot pravo, c) obča pravna načela, ki jih pripoznava civilizirani narodi, d) sodne odločbe, s pridržkom določbe 59. člena, in nauk najbolj kvalificiranih pravnih strokovnjakov različnih narodov kot pomožno sredstvo za ugotavljanje pravnih pravil. Ta določba ne omejuje pravice Sodišča, da odloča o zadevi *ex aequo et bono*, če se pravdne stranke o tem sporazumejo.

⁹⁶ I. Brownlie, nav. delo, str. 3 in 4.

⁹⁷ M. Škrk, nav. delo (1985), str. 149–150.

⁹⁸ M. Villiger, nav. delo, str. 58.

zadevajo vladavino prava na državni in mednarodni ravni. Obstoječi predpisi notranjega prava v Sloveniji namreč omogočajo objavo tudi tovrstnih norm, čeprav so običajnega mednarodnega izvora. Podrobnosti objav pravnih norm v Sloveniji urejata Zakon o Uradnem listu in Uredba o objavljanju v Uradnem listu Republike Slovenije, ki določata, da se v Uradnem listu objavljajo »drugi akti, katerih objavo v Uradnem listu določa zakon ali drug predpis«. Zakon o zunanjih zadevah pa v tretjem odstavku 77. člena določa, da se v Uradnem listu lahko objavijo »po sklepu vlade oziroma državnega zbora /.../ tudi mednarodni akti, ki niso mednarodne pogodbe«. Iz teh določb je mogoče razumeti, da obstaja v navedenih predpisih pravna podlaga za objavljanje identificiranih običajnih norm občega mednarodnega prava.

Tu je videti potencial za morebitno spremembo prakse Slovenije pri objavljanju mednarodnih norm, ki je zdaj razvita le v smeri objavljanja mednarodnih pogodb, ne pa tudi splošno veljavnih načel mednarodnega prava.

6. SKLEP

V začetnem delu prispevka je bila zastavljena raziskovalna trditev, da je neposredna uporaba tistih neobjavljenih splošno veljavnih načel mednarodnega prava, ki ustvarjajo neposredne pravice in obveznosti za posameznike (*self-executing*), odmik od načela pravne varnosti.

V članku predstavljeni vsebinski argumenti tej hipotezi pritrjujejo. Splošno veljavna načela mednarodnega prava so namreč pravna materija (pogosto nezapisana), ki jih je pred uporabo treba šele identificirati. V pravni red so umeščena *per se*, brez javne objave, na obličen način. Določnejše so tiste običajne obče mednarodne norme, ki so kodificirane, pa niso bile umeščene v pravni red RS kot mednarodna pogodba. Manj problematično je, če splošno veljavna načela mednarodnega prava zavezujejo le državo na meddržavni ravni.⁹⁹ Če pa so te norme *self-executing* in urejajo pravice ljudi, pa tak pristop z vidika notranjega prava pomeni »moteč« odmik od načela pravne varnosti, saj je odprt prostor za subjektivno vrednostno razumevanje prava. Videti je, da je pri uporabi splošno veljavnih načel mednarodnega prava z vidika pravne varnosti temeljni vzrok problema izbris meje, ki ločuje mednarodno in državno pravo. Namreč, *self-executing* mednarodne običajne obče pravne norme, ki kot splošni pravni akti delujejo v notranjem pravu in urejajo pravice ljudi, pa zato, ker niso norme notranjega prava, niso neposredno uokvirjene z načelom pravne države, čeprav enako kot notranje pravo neposredno učinkujejo v pravnem redu RS.

⁹⁹ V slovenskem pravnem redu se objavljajo vse zavezujoče pogodbe, ne glede na to, koga zavezujejo, in ne glede na to, ali so zaradi decidiranosti *self-executing* ali pa je pred uporabo potrebna dodatna intervencija zakonodajalca.

Literatura

- Sava Aksić: Pravo i pravna sigurnost, v: *Pravni život*, št. 12/2005, str. 1031.
- Ian Brownlie: *Principles of public international law*, 4. izdaja. Clarendon Press, Oxford 1995.
- Benedetto Conforti: *Mednarodno pravo*, šesta izdaja. Fakulteta za družbene vede Univerze v Ljubljani, Ljubljana 2005.
- Dalibor Čepulo: Vladavina prava in pravna država – evropska i hrvatska pravna tradicija i suvremeni izazovi, v: *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, št. 51/2001, str. 1337–1361.
- Vladimir Đuro Degan: *Međunarodno pravo*, 2., posodobljena izdaja. Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci, Reka 2006.
- Albert Venn Dicey: *Introduction to the study of the law of the constitution*, 8. izdaja. Liberty Fund, Indianapolis 1982.
- Franc Grad in drugi: *Constitutional System of the Republic of Slovenia*. SECLI–Zavod, Ljubljana 2002.
- Guidance note of the Secretary-General, UN Approach to Rule of Law Assistance, 2008, <www.unrol.org/files/RoL%20Guidance%20Note%20UN%20Approach%20FINAL.pdf> (10. 5. 2013).
- Hague Academy of International Law: *Recueil des Cours (Recueil Des Cours)*, Center for Studies and Research, Brill Academic Publishers, 2002, <books.google.com/books?id=G9QV-349zAUC&printsec> (10. 5. 2013).
- Trevor Hartley: *Osnovi prava Evropske zajednice*. COLPI – Institut za ustavnu i pravnu politiku, Beogradski centar za ljudska prava, Beograd 1998.
- Mirko Ilešić: Pridružitveni sporazum in njegovi učinki v notranjem pravnem redu, v: *Podjetje in delo*, št. 8/1997, str. 1323–1351.
- Zoran Jelić: *Moderna koncepcija vladavine prava*. Dosije, Beograd 2006.
- Hans Kelsen: *Opšta teorija prava i države*. Arhiv za pravne i društvene nauke, Beograd 1951.
- Jim Kely: United Nations Rule of Law Activities Threaten National Sovereignty. Global Governance Watch, <www.globalgovernancewatch.org/spotlight_on_sovereignty/united-nations-rule-of-law-activities-threaten-national-sovereignty> (10. 5. 2013).
- Linda Malone: *International Law: Emanuel Law Outlines Series*. Aspen Publisher, New York 2008, <books.google.com/books?id=NmAPHlyvPzMC&printsec> (10. 5. 2013).
- Rusel A. Miller in drugi: *Progress in International Law (Developments in International Law)*. Martinus Nijhof Publishers, Leiden 2008, <books.google.com/books?id=8K9kL1h79uC&pg> (10. 5. 2013).

- Nippold Otfried: *The Development of International Law After the World War*. Clark, New Jersey 2004, <books.google.com/books?id=_L_eNPYUVcQC&printsec> (10. 5. 2013).
- Marijan Pavčnik: Temeljne pravice, v: *Pravna praksa*, 17 (1998) 1, str. 28–29.
- Marijan Pavčnik: *Teorija prava, prispevek k razumevanju prava*, 3., razširjena, spremenjena in dopolnjena izdaja. GV Založba, Ljubljana 2007.
- Marijan Pavčnik in Arne Mavčič: *Ustavno sodstvo*. Cankarjeva založba, Ljubljana 2000.
- Miha Pogačnik: Veljavnost mednarodnih pogodb v Republiki Sloveniji, v: *Pravnik*, 51 (1996) 6–8, str. 361–373.
- Miha Pogačnik: Veljavnost mednarodnopravnih pogodb v domači zakonodaji. KUD France Prešeren, Ljubljana 1997, str. 31–46.
- Miha Pogačnik: Razlaga (učinkov) Evropskega sporazuma o pridružitvi, v: *Pravna praksa*, 18 (1999) 7–8, str. 5.
- Resolutions 60/1. adopted by the General Assembly: 2005 World Summit Outcome, 2005, <www.un-documents.net/a60r1.htm> (10. 5. 2013).
- Vasilka Sancin: *Položaj mednarodnega prava v hierarhiji pravnih virov Evropske unije in njenih članic, s posebnim ozirom na okoljsko pravo* (doktorska disertacija). Univerza v Ljubljani, Pravna fakulteta, Ljubljana 2007.
- Vasilka Sancin: *Mednarodno pravo v hierarhiji pravnih virov EU in njenih članic*. Uradni list Republike Slovenije, Ljubljana 2009.
- Cheryl Saunders in Katherine Le Roy: *The Rule of Law*. The Federation Press, Annandale 2003, <books.google.com/books?id=CmbkY_OJ_4gC&printsec> (10. 5. 2013).
- Security Council: *The rule of law and transitional justice in conflict and post-conflict societies Report of the Secretary-General* 23 August 2004, <www.unrol.org/files/2004%20report.pdf> (10. 5. 2013).
- Malcolm Shaw: *International law*, 4. izdaja. Cambridge University Press, Cambridge 1997.
- Sik Ko Swan in drugi: *Asian Yearbook of International Law*, Volume 4 (1994). Kluwer Law International, London 1994, <books.google.si/books?id=1rukxE8XGMgC&pg> (10. 5. 2013).
- Janez Šinkovec: *Dileme o pravni državi*, VI. dnevi javnega prava, Portorož, 5.–7. junij 2000, Ljubljana, Inštitut za javno upravo, Izobraževanje in usposabljanje v javni upravi, str. 25–37.
- Mirjam Škrk: *Odnos med mednarodnim pravom in notranjim pravom v praksi Ustavnega sodišča*, v: *Pravnik*, 6–8 (2007), str. 275–311.

- Mirjam Škrk: Pojem virov v mednarodnem pravu, v: Zbornik znanstvenih razprav, 45 (1985), str. 147–161.
- Mirjam Škrk: pritrdilno ločeno mnenju, US RS, 18. oktober 2001, U-I-245/00, <odlocitve.us-rs.si/usrs/us-odl.nsf/o/23645DE0666635C5C125717200288B3A> (10. 5. 2013).
- Mirjam Škrk: Ustava in mednarodno pravo, 15 let uresničevanja Ustave Republike Slovenije. Pravna fakulteta, Ljubljana 2007.
- Mirjam Škrk: Vladavina prava kot načelo mednarodnega prava?, v: Podjetje in delo, št. 6-7/2008, str. 1155–1169.
- Mirjam Škrk in Dragica Wedam Lukić: Mednarodno pravo 2000, poročilo z 69. konference Združenja za mednarodno pravo (International Law Association ILO), v: Pravniki, 55 (2000) 11-12, str. 826–833.
- Lovro Šturm: Komentar Ustave Republike Slovenije. Fakulteta za podiplomske državne in evropske študije, Ljubljana 2002.
- Brian Tamanaha: On The Rule of Law: History, Politics. Cambridge University Press, Cambridge 2004.
- Hugh Thirlway: International Customary Law and Codification. Sijthoff International Publishing Compagny, 1972, <books.google.com/books?id=9VJj-PDFApkC&printsec> (10. 5. 2013).
- Danilo Türk: Temelji mednarodnega prava. GV Založba, Ljubljana 2007.
- Lojze Ude: Ustavne podlage za pravno odločanje, v: Podjetje in delo, št. 5-6/1996, str. 1124–1132.
- Mark Villiger: Customary international law and treaties: a manual on the theory and practice of the interrelation of sources, fully revised 2nd edition. Kluwer Law International, The Hague, London, Boston 1997.
- Budislav Vukas: Načela prava kao izvor prava evropskih zajednica, v: Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, št. 42/1992.
- Aleš Weingerl: Uveljavitev mednarodnega prava v državnem pravu, v: Pravniki, 57 (2002) 6–8, str. 347–361.

SVOBODA TISKA: SODNI VRH LEDENE GORE IN POGLED ČEZENJ

Rok Čeferin: Meje svobode tiska: analiza sodne prakse Ustavnega sodišča Republike Slovenije in Evropskega sodišča za človekove pravice. GV Založba, Ljubljana 2013, 314 strani.

Svoboda izražanja je ena od konstitutivnih pravic demokratične države. Gre za medij, vzvod, skozi in s pomočjo katerega se posameznik kot družbeno bitje sploh lahko samouresničuje. Samouresničenje posameznika v skladu z njegovim osebnim izborom ob upoštevanju enake pravice drugih posameznikov v skupnosti, katere del posameznik je, je predpostavka in cilj demokracije.¹ Prvi pogoj za njeno uresničenje pa je svoboda izražanja. Če posameznik zaradi bodisi posegov ali neposegov oblasti ne more izraziti tistega, kar je, kar bo in kar si želi biti on sam in svet okoli njega, potem je njegovo samouresničenje utvara, oblastni sistem, ki to utvaro proizvaja, pa ni demokratičen.

Nekaj od povedanega je verjetno spodbudilo tudi dr. Roka Čeferina k pisanju knjige o mejah svobode tiska, ki ji je posvečena ta recenzija. Svoboda tiska je ena od številnih dimenzij svobode izražanja, a hkrati ne katerakoli. Zgodovina zadnjih nekaj stoletij nas uči, da je med vsemi oblikami izražanja prav tisk bil tisti, ki je iz skupin posameznikov ustvaril politične skupnosti. Tisk je bil tisti, ki je iz množice v zasebnost zastrtih posameznikov ustvaril javni prostor in v tem prostoru razprave pomagal zgraditi sprva »namišljene skupnosti« – narode,² ki so postopoma spet v političnih in fizičnih bitkah, katerih medij je bil tisk, polagoma izklesali demokratično politično ureditev.

Tisk, ki ga danes lahko razumemo tudi zelo široko, ne le kot pisani, temveč tudi kot govorjeni in elektronski medij, je imel v zgodovini demokratičnega razvoja zahodnega sveta potemtakem nepogrešljivo vlogo. Ta se je z leti spreminjala, tudi precej močno in ne nujno na bolje, česar se zlasti v sklepnih mislih do-

¹ Več Matej Avbelj (ur.) in drugi: *Evropska Slovenija – Prispevki za nov nacionalni program*. Nova revija, Ljubljana 2013, str. 77–107.

² Benedict Anderson: *Imagined Communities*. Verso, London in New York 1983.

takne tudi Čeferinova knjiga,³ vendar pa še vedno ostaja osrednjega pomena. Ta je sicer sam po sebi večplasten: politični, sociološki, etični, filozofski, tudi ekonomski in, seveda, navsezadnje pravni. In prav temu se posveti pričujoča knjiga.

Kot izhaja že iz njenega naslova, knjiga analizira meje svobode tiska skozi prizmo sodne prakse dveh za Slovenijo najpomembnejših sodišč: Ustavnega sodišča Republike Slovenije in Evropskega sodišča za človekove pravice (ESČP). Sledeč temu vsebinskemu poudarku, je knjiga tudi zasnovana tako, da sta njena osrednja dela posvečena najprej analizi meja svobode tiska v sodni praksi Ustavnega sodišča, nato pa še v praksi ESČP. Oba dela napove uvod v knjigo, v koherentno celoto pa ju poveže sklep, v katerem je opravljena primerjava sodnih praks obeh sodišč.

Preden se poglobim v nosilne teze, velja poudariti, da je knjiga pisana zelo jasno, pregledno in skrbno. Avtor je pregledal, povzel in analitično obdelal, sicer mestoma bolj, mestoma manj poglobljeno, več deset sodb obeh omenjenih sodišč, ki jim morda manjka nekaj sprotih opomb pod črto, da bi bralec lažje identificiral konkretne odstavke sodb. Tako je avtorju uspelo sestaviti kolaž sodne prakse s področja svobode tiska (in širše), v katerem se bralec lahko seznani s praksama obeh sodišč, sprva ločeno, potem pa ju deloma s pomočjo knjige, deloma pa tudi sam primerja, poveže skupne točke in opozori na razlike. S tega vidika je knjiga nadvse priporočljivo čtivo za vse tiste, ki se bodisi v okviru svojega poklica bodisi v okviru študija podrobneje posvečajo vprašanjem svobode izražanja in še posebej tiska. Knjiga je tako lahko hkrati učbenik in priročnik.

Toda njena ambicija se ne konča pri tem. Vanjo je položena tudi želja po izvirnem znanstvenem prispevku. Predpostavki zanjo sta vodilno raziskovalno vprašanje in nosilna hipoteza. Prvo preučuje, ali »*imata Ustavno sodišče in ESČP enak pogled na dilemo, do kod sme segati svoboda tiska pri poseganju v druge osebnostne pravice, predvsem v pravico do osebnega dostojanstva in pravico do zasebnosti*«.⁴ Nosilna hipoteza pa je utemeljena na trditvi, da je »*še s tako velikimi besedami opisana pravica do svobode izražanja dobro zavarovana le, če jo pravilno razlagajo in vrednotijo nacionalna, še posebej ustavna sodišča. Pravi pokazatelj kakovosti varstva pravice do svobode izražanja v posamezni državi je podatek o tem, kolikokrat je bila posamezna država pred ESČP obsojena zaradi kršitve 10. člena EKČP*«.⁵

³ Rok Čeferin: Meje svobode tiska. GV Založba, Ljubljana 2013, str. 262–268, kjer avtor opozarja na naraščajoči problem rumenega in senzacionalističnega tiska.

⁴ Prav tam, str. 28.

⁵ Prav tam, str. 37.

Glede raziskovalnega vprašanja avtor ni odkril večjih odstopanj med sodnimi standardi varovanja svobode tiska pred Ustavnim sodiščem ali ESČP. Pričakovano. ESČP, kot avtor utemeljeno in konsistentno poudarja ter na več primerih nazorno obrazloži, zagotavlja minimalne standarde varovanja človekovih pravic v državah članicah Sveta Evrope. Ustavno sodišče od teh ne odstopa, temveč, kot kažejo številni predstavljeni primeri, zavestno in vestno sledi merilom ESČP. Kljub temu pa vselej obstajajo t. i. težki primeri, ko se nekje na meji med sivim območjem polja proste presoje in nacionalnim razumevanjem svobode tiska pristopa obeh sodišč lahko krešeta. Avtor kritično opozori na nekaj takih primerov, zlasti poudari t. i. primer Prijatelj, in angažirano kritično ovrednoti pristopa obeh sodišč, z normativnim poudarkom, kako (naj) bi eno ali drugo sodišče lahko bolje odločilo v konkretnem primeru.

Opisani kritični pristop je tisto, kar knjigi nedvomno daje dodano vrednost. Vendar pa bi kritični bralec utegnil pričakovati še več. Tako v knjigi zlasti izostane nekoliko globlji kritični pristop k sami opredelitvi pravice do svobode izražanja s strani obeh sodišč. Ti sta, v veliki meri zasluženo, predstavljeni v izrazito pozitivni luči, pa vendar z vidika ustavnega pravnika njuna sodna praksa na področju svobode izražanja (pa tudi na področju drugih pravic) vendarle ni povsem brez potreb po izboljšavah. Tu gre zlasti opozoriti na dejstvo, da zaradi vseprisotne uporabe načela sorazmernosti, s pomočjo katerega obe sodišči v širšem in ožjem smislu vselej tehtata svobodo izražanja proti drugim pravicam in interesom, na konceptualni ravni pogosto ni povsem jasno, kaj svoboda izražanja še zajema in česa ne.

Z drugimi besedami, sodna praksa obeh sodišč kaže, da se številni, največkrat najtežji primeri svobode izražanja odločijo na *ad hoc* tehtanju v ožjem smislu ali pri opredeljevanju nujnosti posega vanjo. Ta ocena nujnosti pa se največkrat sprejme precej *ad hoc*, glede na okoliščine konkretnega primera, tako da vsebina pravice do svobode izražanja pogosto variira od primera do primera, tudi tedaj, ko so si ti med seboj precej podobni. Povedano sicer ni kritika knjige ali sodne prakse obeh sodišč (nikakor na zatrjujem njune arbitrarnosti ali česa podobnega), gre pa za zanimivo znanstveno in posledično tudi praktično vprašanje, ki ga konceptualno poraja uporaba načela sorazmernosti in z njim povezano razumevanje pravic kot (pravnih) načel, v nasprotju z bolj kategoričnim pristopom ameriškega Vrhovnega sodišča, kjer so pravice razumljene kot pravilo (angl. *rights as principles v. rights as rules*). Tega vprašanja, tj. prednosti in slabosti obeh ustavnih pristopov k razumevanjem pravic, se, kot rečeno, knjiga ne dotakne in s tem pušča prostor za nadaljnje raziskave, podprte s tujo ustavnopravno teorijo.

Če se zdaj osredotočim na nosilno hipotezo, gre njeni potrditvi, ki jo zagovarja knjiga, prav gotovo pritrditi. Vsaka pravica je vredna zelo malo, pravzaprav

nič, če ostaja le na papirju. Zato brez dvoma drži, da je dejanska zagotovitev svobode izražanja še kako odvisna od njene pravilne razlage in ovrednotenja s strani nacionalnih sodišč. Sodišča kot organi oblasti, ki naj slednjič avtoritativno in oblastno zagotovijo, da se spoštuje pravo, imajo pri varovanju svobode tiska tako nedvomno pomembno vlogo. Iz tega razloga gre pritrditi tudi domnevi, da je »*pravi pokazatelj kakovosti varstva pravice do svobode izražanja v posamezni državi podatek o tem, kolikokrat je bila posamezna država pred ESČP obsojena zaradi kršitve 10. člena EKČP*«. ⁶ Pa vendar, tudi za namene razprave same, velja to hipotezo hkrati postaviti tudi pod vprašaj.

Postavljena hipoteza namreč brez dvoma stoji na izbranih premisah: to je ob predpostavki, da je zagotavljanje svobode izražanja predvsem funkcija sodišč in da je njihovo delovanje v odnosu do svobode izražanja, posledično, glavni indikator stanja te pravice v neki državi. Tak pristop se zdi nekoliko preveč sodno osredotočen. Čeprav je v knjigi, ki se je osredinila prav na sodni element varovanja svobode izražanja oziroma tiska, takšen fokus seveda razumljiv, pa je vendarle treba poudariti, da celovitega stanja katerekoli pravice ali svoboščine v družbi ni nikdar mogoče opredeliti zgolj na podlagi prakse sodišč. Spori o pravicah, ki pridejo na sodišča, so vselej le vrh ledene gore ravnanja z zadevno pravico v družbi. Navadno zajemajo le primere najhujših kršitev. Kako v teh primerih odločijo najvišja sodišča, vključno z ESČP, je seveda pomembno, ker gre običajno za nosilne precedense, za najvišja drevesa, a da bi razumeli kakovost gozda kot celote, je treba pogledati širše.

Tovrstna pravno-sociološka analiza seveda presega namen knjige, ki jo ocenjuje ta recenzija, pa je vendarle pomembna, ker pokaže na dejansko stanje svobode tiska v neki družbi. Še posebej zato, ker bi se glede na zastavljeno hipotezo zlasti v primeru Slovenije, ki do danes glede svobode izražanja še ni bila obsojena pred ESČP, ⁷ lahko ponudil zaključek, da je s svobodo izražanja in tiska pri nas vse v najlepšem redu. Da smo, denimo, precej na boljšem kot Avstrija, zoper katero je ESČP izreklo že številne obsodilne sodbe. Pa vemo, da to ni in ne more biti tako. Zaradi večdesetletnega totalitarnega režima, v katerem je bila svoboda izražanja (in tiska) sistematično nadzirana, če ne celo zatirana, slovenski medijski prostor še danes ne ustreza zahtevam demokratične družbe, utemeljene na pluralizmu.

Na to je sicer večkrat opozorilo tudi Ustavno sodišče, ki pa je v duhu tedanjega časa, začetka devetdesetih let, ključno nevarnost za svobodo izražanja še vedno videlo v državi in vsakokratnem nosilcu oblasti. ⁸ Odtlej, in na to tudi

⁶ Prav tam, str. 37.

⁷ Prav tam, str. 35.

⁸ Glej zlasti odločbo U-I-172/94, B-II, 1, ki jo obravnava tudi avtor (prav tam, str. 103–108).

opozori pričujoče delo, so se stvari v svetu znatno spremenile, zlasti tako, da ključna nevarnost za svobodo tiska ne izvira več iz vertikalnega odnosa med državo in mediji, temveč iz horizontalnega odnosa med mediji, tamkaj zaposlenimi novinarji in njihovimi lastniki (kapitalom).

V Sloveniji je ta problem še bolj pereč kot v zahodnem demokratičnem svetu, ker gre pri nas za učinkovito kombinacijo obeh faktorjev omejevanja svobode tiska: vertikalnega in horizontalnega. Prvi zaradi zgodovinskih izkušenj s totalitarnim sistemom v novinarjih še vedno ustvarja občutek strahu pred državo, ki vodi v (samo)cenzuro. Država nastopa tako v vertikalnem odnosu v vlogi oblasti kot v horizontalnem odnosu v vlogi (posrednega) lastnika medijskih hiš, v katerih v kombinaciji z zasebnim kapitalom, ki goji svoje, tudi oblastne interese, ponovno (lahko), tokrat v horizontalnem razmerju, negativno vpliva na svobodo izražanja na splošno in svobodo tiska posebej.

Prav iz teh specifično slovenskih razlogov, zaradi katerih se zdi, da je svoboda tiska v Sloveniji kljub zglednemu delovanju zlasti Ustavnega sodišča še posebej krhka, je delo dr. Roka Čeferina še posebej dobrodošlo in ima še dodaten, prav poseben pomen. Prinaša namreč pomemben znanstveno-strokovni, na sodnem pravu utemeljeni kamenček v mozaiku izgradnje resnične slovenske demokratične in pravne države. A mozaik je obsežen in v njem očitno manjkajo ne le majhni kamenčki, ampak tudi veliki kamni.

Matej Avbelj,

*univerzitetni diplomirani pravnik, doktor pravnih znanosti,
docent za evropsko pravo in dekan na Fakulteti za državne
in evropske študije*

SVETOVNI TRGOVINSKI SISTEM IN OMEJITVE SUVERENOSTI

Irena Peterlin: *Svetovna trgovinska organizacija in državna suverenost*.
Zbirka Scientia/Iustitia (ur. Marijan Pavčnik).
GV Založba, Ljubljana 2013, 356 strani.

Državna suverenost je eden temeljnih konceptov tako notranjega kot mednarodnega prava. Razumemo jo kot vrhovno oblast znotraj vsake države, ki je hkrati temelj odnosov med državami. Suverenost je tista, ki državam v mednarodni skupnosti zagotavlja enakost in neodvisnost ter jih brani pred posegi od zunaj. Suverenost je tudi razlog za to, da se države načeloma svobodno odločajo tem, katere mednarodnopravne obveznosti bodo sprejele in katerih ne. Državam omogoča, da se v sporu z drugimi državami same odločajo o tem, kateri instituciji bodo zaupale pristojnost, da odloča o sporu in s tem tudi o njihovih pravicah in obveznostih. Vendar pa so za današnji čas značilni zelo prepleteni mednarodni odnosi. V izhodišču suverene države so sklenile veliko število bilateralnih in multilateralnih mednarodnih konvencij, velika večina držav je tudi včlanjena v vrsto mednarodnih organizacij. Vse to pomeni, da so moderne države (sicer prostovoljno) prevzele vrsto obveznosti do drugih držav in mednarodnih institucij. Prav tako poznamo primere, ko morajo države sprejeti odločitve mednarodnih institucij, čeprav jim nalagajo obveznosti, ki jih niso izrecno sprejele ali so jim celo nasprotovale. Vse to pa seveda narekuje drugačne poglede na suverenost in tako se zastavlja vprašanje, kako in koliko moderne mednarodne organizacije posegajo v suverenost svojih držav članic.

Razmerje med konceptom suverenosti in obveznostmi, ki izvirajo iz članstva v Svetovni trgovinski organizaciji (World Trade Organisation, WTO), je predmet več kot petletnega raziskovanja Peterlinove, ki je privedlo do obsežne znanstvene monografije *Svetovna trgovinska organizacija in državna suverenost*. Knjiga je razdeljena v tri vsebinske sklope (dele). V prvem je obravnavan koncept suverenosti v kontekstu razvoja mednarodnega prava od konca tridesetletne vojne (z vestfalskim mirom leta 1648) naprej. Sledi razpravljanje o suverenosti kot osnovni kategoriji mednarodnega prava. Tu avtorica obrav-

nava načelo suverenosti skupaj z načeloma neodvisnosti in enakosti ter pride do ugotovitve, da je državna suverenost sinonim neodvisnosti.

Drugi del je namenjen vprašanju, koliko svobode ostane državam, ko sprejmejo mednarodnopravne obveznosti. Pri tem avtorica ločuje različne vire teh obveznosti, in sicer mednarodno običajno pravo (vključno z *ius cogens*) in mednarodne konvencije. Sledi razprava o tem, kako članstvo v mednarodnih organizacijah vpliva na obseg suverenosti držav članic. Tu gre za obveznosti na dveh ravneh. Na prvi so obveznosti, ki so povezane s samim pristopom k članstvu, na drugi pa obveznosti, ki jih nalagajo odločitve institucij mednarodnih organizacij.

V tretjem, najobsežnejšem delu, ki je tudi jedro monografije, je predstavljena WTO. Avtorica predstavlja zgodovinski razvoj od sklenitve GATT 1947 kot začasnega sporazuma o trgovanju, ki naj bi bil kasneje vključen v sporazum o ustanovitvi Mednarodne trgovinske organizacije (International Trade Organisation, ITO), kar pa se ravno zaradi prevelike bojazni pred daljnosežnimi omejitvami suverenosti držav članic nikoli ni zgodilo. Tako se je GATT 1947 (čeprav kot mednarodni sporazum v nobeni od držav podpisnic ni začel veljati in se je uporabljal na podlagi Protokola o začasnih uporabi) postopoma širil in vse bolj »deloval« kot nekakšna *de facto* mednarodna organizacija. Temeljni problem je bil, da ni imel (in tudi ni mogel imeti) nobene institucionalne zgradbe, tako da so o vsem odločale države članice. Drugi problem, ki je močno oviral učinkovitost GATT 1947, pa so bile tako imenovane podedovane pravice (angl. *grandfather rights*), ki so ustanovnim članicam omogočale, da so ohranile svojo zakonodajo, ki je obstajala že pred GATT 1947, čeprav ni bila v skladu z določbami drugega dela tega sporazuma, ki je vseboval večino vsebinskih obveznosti (glede carinskih postopkov, količinskih omejitev, protidampinskih carin, državnih subvencij in nacionalne obravnave). Po skoraj petdesetih letih »delovanja« je GATT 1947 prerasel v WTO, mednarodno organizacijo, ki je prek sistema obveznih multilateralnih sporazumov vzpostavila svoj pravni red, specifično institucionalno strukturo in postopke odločanja. Pravni red WTO je seveda rezultat številnih in dolgotrajnih pogajanj in sporazumov, ki so nastali v določenih gospodarskih okoliščinah v določenem obdobju. Avtorica v tem delu monografije obsežno predstavlja WTO in njen pravni režim. Posebno pozornost pri tem namenja tudi razmerju med pravom WTO in nacionalnimi pravnimi redi držav članic, zlasti pa razmerju med pravom WTO in pravom Slovenije ter pravom EU. Pomemben del predstavitve WTO zajema obravnava sistema reševanja sporov (angl. *Dispute Settlement System*, DSS), ki ga ureja poseben sporazum (angl. *Dispute Settlement Understanding*, DSU). DSS je sistem reševanja sporov, ki je podoben sodnemu postopku, tako da bi morda lahko govorili o specializiranem mednarodnem sodišču za trgovinske

spore (v nastajanju). Posebej velja opozoriti na dejstvo, da je način reševanja sporov, ki ga predpisuje DSU, obvezen za vse države članice WTO. Ravno to dejstvo pa močno posega v njihovo suverenost. Če potegnemo vzporednico s pravili o pristojnosti za reševanje sporov s strani Meddržavnega sodišča v Haagu (angl. *International Court of Justice*, ICJ), lahko namreč ugotovimo, da je pri ICJ ključnega pomena ravno zahteva, da morata državi v sporu privoliti v reševanje spora pred ICJ. Tako imenovano fakultativno klavzulo iz 36. člena Statuta ICJ, ki je vzpostavila nekakšen omejen avtomatizem glede privolitve, je sprejela le približno tretjina držav članic OZN. V sklepnem, četrtem delu tega poglavja avtorica analizira za države članice najbolj omejujoče multilateralne sporazume WTO, iz katerih poskuša izluščiti in argumentirati relevantne obveznosti držav članic. Pri tem se ne omejuje samo na obravnavo določb sporazumov, temveč vključuje tudi izbrane primere iz dosedanje prakse Telesa za reševanje sporov (angl. *Dispute Settlement Body*, DSB), da bi tako preverila učinek obravnavanih sporazumov v praksi.

V sklepnem delu avtorica povzema bistvene ugotovitve iz posameznih poglavij. Tako ugotavlja, da so se temeljni pogledi na suverenost spreminjali z zgodovinskim razvojem države, predvsem pa z razvojem mednarodnega prava in vlogo, ki so jo imele mednarodnopravne norme v notranjih pravnih redih držav. Sodobni pojem državne suverenosti je dinamična kategorija, tesno povezana z mednarodnim pravom, ki je ne le instrument izvrševanja državne suverenosti, temveč hkrati prispeva k vsebinski opredelitvi njenega obsega in ji postavlja omejitve. To jasno izhaja iz okoliščin ekonomske globalizacije in tudi prava WTO. Avtorica svojo raziskavo zaključuje s 13 trditvami oziroma ugotovitvami, od katerih povzemam najzanimivejše. Tako avtorica najprej ugotovi, da je legalizirani koncept »vestfalske« suverenosti, katerega ključni atribut je monopol nad izvrševanjem oblasti nad državnim območjem, vse do danes ostal jedro instituta suverenosti. Vendar pa je že Stalno mednarodno sodišče leta 1923 v zadevi *S. S. Wimbledon* zavzelo stališče, da imajo določbe mednarodnih pogodb prednost pred enostranskimi akti držav, s čimer je zanikalo absolutnost državne suverenosti in jo je opredelilo tudi kot kategorijo mednarodnega prava. Naslednja stopnja je vsekakor širitev mednarodnih organizacij zlasti po drugi svetovni vojni, v okviru katerih države članice prevzemajo vrsto obveznosti, s čimer sta presežena koncept absolutne suverenosti in razmišljanje, da je obseg svobodne izbire držav neomejen. Koncept državne suverenosti je danes osrednja kategorija mednarodnega prava, ki označuje predvsem neodvisnost in pravno enakost držav.

Avtorica je v svojem delu raziskovala zlasti vpliv (članstva v) WTO na suverenost njenih držav članic in ugotavlja, da je že sam nastanek WTO pomemben kazalnik realne spremembe držav glede suverenosti in da državna suverenost

ni statična kategorija. Tako je pravni red WTO veliko bolj restriktiven v razmerju do koncepta suverenosti, kot je bil GATT 1947. To se kaže zlasti glede podedovanih pravic, katerih WTO drugače kot GATT 1947 ne priznava več. Države članice morajo s pristopom k WTO brez pridržkov (ki so sicer značilni za sodobne mednarodne konvencije) sprejeti v enotnem paketu oziroma vse multilateralne sporazume WTO in iz njih izhajajoče obveznosti. Ključnega pomena je četrti odstavek XVI. člena sporazuma WTO, ki vsaki članici nalaga, da prilagodi nacionalno zakonodajo standardom WTO, v postopku pristopa k članstvu pa mora država kandidatka predložiti tudi načrt sprememb zakonodaje in notranjega pravnega reda. Tako države članice brez zadržkov privolijo v uskladitev svojih notranjih predpisov z določbami teh sporazumov. S tem privolijo v omejitev dela suverenih pristojnosti v zameno za svobodno trgovino.

Zelo pomembna omejitev suverenosti je obvezni mehanizem reševanja sporov, saj nanj države že ob pristopu k članstvu prenesejo del svojih suverenih pristojnosti. Zaradi narave »enotnega prevzema« obveznosti članice vnaprej sprejmejo izključno pristojnost »razsojanja« Telesa za reševanje sporov. Raziskava vrste rešenih trgovinskih sporov je avtorico pripeljala do sklepa, da je mehanizem za reševanje sporov v WTO izjemno učinkovit. Članice WTO so v zadnjih sedemnajstih letih omejile uporabo nedovoljenih enostranskih trgovinskih ukrepov, bolj pa se izogibajo tudi nekorektnim ravnanjem v mednarodni trgovini. Tudi ekonomsko močnejše države, kot so ZDA, so se pripravljene podrediti dokončni odločitvi DSB in uskladiti ugotovljeno nekonsistentno ravnanje s pravili WTO (npr. zadeva *US – Steel safeguards*, 2002). Tezo o vplivu WTO na suverenost držav potrjuje tudi zadeva *US – Shrimp Turtle* iz leta 1998, v kateri je pritožbeni organ zavzel stališče, da lahko države v okviru svojega notranjega pravnega reda v interesu javnega reda, morale, zaščite zdravja, ljudi in živali, iz okoljevarstvenih razlogov idr. uvedejo številne ukrepe, ki jih dovoljujejo sporazumi WTO, vendar se s sklicevanjem na izjeme ne morejo izogniti svojim obveznostim, ki izhajajo iz sporazuma WTO.

Čeprav so – kot posledica globalizacije – mnogi novi mednarodnopravni subjekti prevzeli vloge, ki so bile nekoč bolj ali manj rezervirane za države, avtorica ugotavlja, da suverenost kot osrednja pravna kategorija ni presežena, prav tako kot ni dosežena »svetovna vlada« (angl. *global governance*). Globalno vodenje je dejansko le kompleksen pojav, ki obsega splošno sprejete institucije in izvršilne procese, oblikovane za reševanje skupnih ciljev in kolektivno delovanje držav v okoliščinah ekonomske globalizacije, kar dokazuje tudi WTO, na katero so države članice prenesle številne pristojnosti in ji dale politično avtoriteto.

Kljub številnim omejitvam in prenosu različnega obsega državne oblasti na mednarodne institucije so države še vedno *nosilke* suverenosti in edini mednarodnopravni subjekti, ki so pristojni oblikovati tako svoje notranje pravne

ureditve kot mednarodno pravo. Vendar pa se koncept suverenosti nenehno razvija in so tradicionalne predpostavke, na katerih temelji mednarodnopravni red in med katere spada tudi državna suverenost, spremenljive. Država je še vedno osnovni postulat pravnega reda in državna suverenost je v kontekstu mednarodnega prava sinonim za neodvisnost. Vendar pa se države srečujejo s številnimi novimi zahtevami po strukturnih spremembah, večji demokratičnosti postopkov in hitrejši prilagodljivosti globalnemu okolju.

Delo je precej obsežno, saj ima kar 356 strani. Vendar monografija nikakor ni preobsežna glede na širino in zahtevnost materije, ki jo obravnava. Avtorica celovito prikazuje tematiko in se pri tem ne spušča v podrobnosti zgolj obrobne pomena. Zgradba monografije je jasna in logična. Povzetki na koncu posameznih poglavij povečujejo preglednost dela in bralcu omogočajo, da lažje sledi rdeči niti.

Poleg vprašanj, ki so povezana z osrednjo temo, avtorica postreže še z obravnavo nekaterih vprašanj, ki so relevantna tudi širše. Zlasti velja omeniti celovit prikaz WTO, tako njene zgodovine kakor sistema sporazumov, institucionalne zgradbe pravnih načel in vrste odločb Telesa za reševanje sporov, ki zapolnjuje pomembno praznino v naši doktrini. Prav tako avtorica obravnava nekatera splošnejša mednarodnopravna vprašanja in institute, ki so povezani z osrednjo tematiko monografije.

Avtoričina raziskava je izdatno podprta z relevantno literaturo, sodno prakso in drugimi viri.

Knjiga ima tudi stvarno in imensko kazalo.

Monografija Peterlinove je pomembno obogatila našo mednarodnopravno literaturo in daje jasne odgovore na vrsto vprašanj. Še posebej jo priporočam vsem tistim, ki se ukvarjajo z mednarodnopravnimi vprašanji, WTO, multilateralnimi odnosi, ekonomskimi integracijami, ekonomsko diplomacijo in zunanjo politiko Slovenije. Prav tako bo izjemno koristila (podiplomskim) študentom prava in tudi drugih študijskih smeri, pri katerih se srečujejo z vprašanji mednarodnega prava, mednarodnih odnosov in mednarodne trgovine. Delo se lahko enakovredno kosa s sodobno tujo literaturo, ki obravnava enako oziroma sorodno tematiko.

Matjaž Tratnik,

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

AVTORSKI SINOPSIS

*Authors' Synopses**Izvirni znanstveni članek*

UDK: 343.237

AMBROŽ, Matjaž: Sostorilstvo v primežu teoretičnih modelov in praktičnih izzivov**Pravnik, Ljubljana 2013, let. 68 (130), št. 5-6**

Institut sostorilstva je del vsakodnevnega pravosodnega odločanja in je v tem pogledu del pravosodne rutine. Po drugi strani je že od nekdaj predmet številnih teoretičnih dilem in sporov, ki večinoma niso umetno ustvarjeni, temveč imajo svoje oporišče v pravosodni stvarnosti. Prispevek je poskus sistematizirati obstoječo slovensko doktrino sostorilstva, pri čemer se avtor zavzema za odpoved tradicionalni in nekritični uporabi objektivno-subjektivnega merila, po katerem naj bi sodišče poleg teže prispevka ugotavljalo tudi »storilsko voljo«. Kot alternativa temu merilu je v prispevku analizirana ideja o sostorilstvu kot funkcionalni oblasti nad dejanjem, ki jo avtor sprejema kot izhodišče, vendar je ne idealizira in opozarja na njene omejitve. Bolj kot za iskanje »metaideje« sostorilstva, ki ne more biti več kot skupek zelo splošnih vodil, gre avtorju za rešitev posameznih značilnih dilem instituta, odgovore na katere išče v dialogu s sodno prakso. V prispevku zaradi prostorskih omejitev niso obravnavana posebna vprašanja sostorilstva (opustitve, poskus, *delicta propria*, malomarno sostorilstvo), ki bodo predmet ločenega prispevka.

Original Scientific Article

UDC: 343.237

AMBROŽ, Matjaž: Co-Perpetration – Between Theoretical Models and Practical Challenges**Pravnik, Ljubljana 2013, Vol. 68 (130), Nos. 5-6**

The institution of co-perpetration belongs to every day judicial decision making and can be considered as a matter of judicial routine. Nevertheless, it has always been raising theoretical dilemmas and disputes, whereas most of them were not artificially invented, but corresponded with real problems streaming for judicial reality. The article attempts to systematize the existing Slovenian legal doctrine of co-perpetration, whereas the author argues for the abolishment of traditional objective-subjective approach, which builds upon (*inter alia*) the finding, whether the actor acted with “the will to be a perpetrator”. As an alternative the author discusses the idea of co-perpetration as a functional control over the act, which he accepts as a starting-point and at the same time points out its limitations. The author’s utmost interest is not the pursuit of a certain meta-theory of co-perpetration, which can never be more than a vague set of principles. He is far more interested in certain specific dilemmas of the institution and tries to answer them through the dialogue with the judicial practice. Due to space limitations the article does not address the special issues of co-perpetration (such as omissions, attempt, *delicta propria* and negligent co-perpetration), which will be dealt in a separate contribution.

Izvirni znanstveni članek

UDK: 343.144

ŽAUCER, Martina: Nekateri vidiki vprašanja priznavanja privilegija zoper samoobtožbo pravnim osebam**Pravnik, Ljubljana 2013, let. 68 (130), št. 5-6**

Avtorica se v prispevku ukvarja z vprašanjem priznavanja procesnih jamstev, ki izvirajo iz privilegija zoper samoobtožbo, pravnim osebam. Pri tem izhaja iz narave privilegija zoper samoobtožbo kot kazenskega procesnega načela in uvodoma opredeli njegov predmet in razsežnost. Na zastavljeno vprašanje skuša odgovoriti z analizo strokovnih razprav, ki so se v zadnjih letih pojavljale v evropskem pravnem prostoru, ter se opredeliti do sprejemljivosti argumentacijskih pristopov. Najprej predstavi t. i. subjektivno teorijo, ki privilegij razlaga kot pravno varstvo pred potencialno silo zoper obdolženega z namenom varovati njegove osebnostne pravice. Nato se posveti analizi objektivne teorije, ki privilegij zoper samoobtožbo razume kot popolno objektivizirano procesno načelo. V nadaljevanju analizira t. i. teorijo krivde, ki jo v nemški teoriji zastopa Friedrich Von Freier, pri čemer z avtorjem obsežneje polemizira o pomanjkljivostih, ki jih razbere v tej teoriji. Ključno pri tem je vprašanje priznavanja človekovih pravic pravni osebi kot t. i. derivativnemu subjektu. Pri tem se opira na stališča Evropskega sodišča za človekove pravice, ki je že odločalo o priznavanju procesnih jamstev, izvirajočih iz ambientalne in komunikacijske zasebnosti pravnim osebam, ter analizira tudi odločbo Ustavnega sodišča RS U-I-108/99-14 z dne 20. marca 2003. Svoje stališče avtorica strne v samostojen poskus odgovora kot alternativo tako objektivnemu in subjektivnemu pristopu kot tudi teoriji krivde.

Original Scientific Article

UDC: 343.144

ŽAUCER, Martina: Certain Aspects Regarding Recognition of the Privilege against Self-Incrimination to Legal Entities*Pravnik, Ljubljana 2013, Vol. 68 (130), Nos. 5-6*

In the article the author deals with the question of recognizing procedural safeguards arising from the privilege against self-incrimination to legal entities. The author bases her article on the nature of the privilege against self-incrimination as a principle of the criminal procedure and she initially defines its subject and scope. The author attempts to answer the question stated by analyzing professional debates which have emerged in the European legal area in the recent years and establish a position on acceptability, argumentation of the approaches. In the beginning she elaborates on the so-called subjective theory which states that the privilege is a type of legal protection against potential force for the accused, the purpose of which is to protect its personal rights. Then she moves to the analysis of the objective theory which explains the privilege against self-incrimination as a completely objective procedural principle. The author then analyses the so-called guilt theory which in German theory Friedrich Von Freier argues for, then she polemicizes with the author about the shortcomings of the guilt theory. The key question is whether human rights should be recognized to a legal entity as a so-called derivative entity. In doing so the author relies on positions of the European Court of Human Rights which has already decided on procedural safeguards arising from ambient and communicational privacy to legal entities and also analyses the Constitutional Court of the Republic of Slovenia Decision U-I-108/99-14 of 20 March 2003. The author sums up her positions in an attempt to provide an answer which would represent an alternative to the objective as well as the subjective approach and to the guilt theory.

Izvirni znanstveni članek

UDK: 347.932(497.4)

OCEPEK, France, in PAHOR, Marko: Trajanje pravnega postopka, končanega pred pravnim oddelkom Okrožnega sodišča v Ljubljani, v luči Lukende**Pravnik, Ljubljana 2013, let. 68 (130), št. 5-6**

Ena najbolj perečih problematik sodobne slovenske družbe je učinkovitost delovanja sodnega sistema, pri čemer je v ospredju čas reševanja sodnih sporov. Predolgo trajanje sodnega postopka je formalno in nepristransko obsodilo Evropsko sodišče za človekove pravice v zadevi *Lukenda proti Sloveniji* z dne 6. oktobra 2005, v kateri je bilo državi Sloveniji zaradi sodnega postopka v pravnem postopku iz civilnega pravnega razmerja, vodenega v nerazumnem roku, naloženo plačilo odškodnine.

V raziskavi smo iskali elemente vpliva na trajanje civilnega pravnega postopka na primeru pravnih, ki so na prvi stopnji sojenja potekale pred pravnim oddelkom Okrožnega sodišča v Ljubljani (največji tovrstni oddelek v državi). Pri trajanju je okvir raziskave vplivov omejen na mikroelemente, ki jih ponuja posamezni pravni spis in ki so poglavitna podlaga za ugotavljanje odškodninske odgovornosti države za sodni zaostanek. Statistična analiza je prva tovrstna za klasične pravne postopke v Sloveniji, pred tem pa so Bošnjak in drugi (2005) raziskovali kazenske postopke.

Original Scientific Article

UDC: 347.932(497.4)

OCEPEK, France, and PAHOR, Marko: Duration of Litigation Process Finished in Ljubljana District Court Civil Litigation Department through Lukenda Perspective*Pravnik*, Ljubljana 2013, Vol. 68 (130), Nos. 5-6

One of the most burning problems of the modern Slovenian society is the judiciary system's efficiency, within which the process time of resolving court disputes is evidently exposed. This got its formal and impartial judgment with the European Court of Human Rights' ruling in the case *Lukenda vs. Slovenia* on 6 October 2005, according to which Slovenia was sentenced to damages for excessive length of civil litigation trial. Authors were looking for the elements impacting the duration of civil litigation trial by analysing cases that proceeded in Ljubljana District court civil Litigation department (the largest department of its kind in Slovenia). Research frame is limited by microelements that are available in particular lawsuit court file and are main basis for establishing state liability for court backlogging. This statistical research was the first to cover classical lawsuit proceedings in Slovenia; previously Bošnjak and others (2005) have been researching criminal case proceedings.

Pregledni znanstveni članek

UDK: 336.777(73), 347.745(73)

JUS, Miran: Ameriška judikatura (akreditivi in bančne garancije):***American Express Bank Ltd. v. Banco Español de Crédito***

Pravnik, Ljubljana 2013, let. 68 (130), št. 5-6

Ameriško pravo priznava načelo neodvisnosti akreditivov in bančnih garancij, ki pa ni absolutno in je med drugim lahko omejeno s sodnimi odredbami, ki bankam izdajateljicam preprečujejo plačilo teh jamstvenih zavez z restriktivno uporabljano izjemo ob jasno ugotovljeni (bistveni) prevari v zvezi z osnovno transakcijo (*fraus omnia corrumpit*). V našem primeru je spor iz osnovne gradbene pogodbe o izvršitvi obveznosti nalogodajalca vodil do arbitražne odločbe v korist nalogodajalca. Zato je sodišče, po mnenju avtorja, ki se ne strinja s kritikami sodbe, pravilno uporabilo pravilo o prevari iz 5-109. člena leta 1995 revidiranega UCC in odločilo, da z vidika te arbitražne odločbe koristnik in lokalna banka nimata nobene »verjetne pravice« zahtevati plačilo garancij oziroma kontragarancij na prvo zahtevo. Zaradi dokončne odločbe je zahteva koristnika za plačilo garancij izključena (*res judicata*), pri čemer odločba kot jasen in očit dokaz neupravičenega unovčevanja nalogodajalca upravičuje, da »uživa plodove« od sodnega vpletanja v načelo neodvisnosti. Skratka – z dokončno arbitražno odločbo ugotovljena prevara je zadosten pogoj za začasno odredbo, pri čemer sodišču ni treba upoštevati drugih standardov, ki jih je za te postopke izoblikovala judikatura; na primer, da bi nalogodajalec brez začasne odredbe utrpel nepopravljivo škodo, da sicer ne bi imel na voljo pravnih sredstev itd.

Review Article

UDC: 336.777(73), 347.745(73)

**JUS, Miran: American Case-Law (Letters of Credit and Bank Guarantees):
*American Express Bank Ltd. v. Banco Español de Credito***

Pravnik, Ljubljana 2013, Vol. 68 (130), Nos. 5-6

American law recognises independence principle of L/C and bank guarantees. However, this principle is not absolute, and may be limited – *inter alia* – with injunction procedures to prevent the issuing bank from honouring such undertaking by narrowly applied exception of clearly established (material) fraud in the transaction (*fraus omnia corrumpit*). In our case dispute from underlying construction contract over applicant's performance lead to arbitral award in the applicant's favour. Therefore, the court – according to the author who does not agree with the critics – correctly applied fraud rule (Rev. UCC § 5-109 (1995)) and held that in light of this award, neither the beneficiary nor the local bank has a “colorable right” to demand the honour of the guarantees on first demand and counter-guarantee, respectively. Final arbitral award precluded beneficiary from demanding payments under its guarantees (*res judicata*), and is definitely clear and blatant evidence of unfair calling that entitles the applicant to “bear fruit” from judicial circumvention of the independence principle; i.e., established fraud by final arbitral award is sufficient condition for injunction, and court does not need to observe other case law-developed standards for issuing injunctions (e.g., whether absent the injunction applicant would suffer irreparable harm, would have adequate remedy under law, etc.).

Strokovni članek

UDK: 343.272:347.27(497.4)

ŽIDANIK, Nina: Zloraba zemljiškega dolga – kazenskopравни vidik onemogočanja odvzema premoženjske koristi, pridobljene s kaznivim dejanjem, oziroma premoženja nezakonitega izvora

Pravnik, Ljubljana 2013, let. 68 (130), št. 5-6

Zemljiški dolg je institut zavarovanja terjatve, ki upniku omogoča poplačilo iz vrednosti obremenjene nepremičnine pred drugimi upniki s slabšim vrstnim redom. Čeprav je bil v slovenski pravni red vpeljan že leta 2003, z začetkom veljavnosti Stvarnopravnega zakonika (SPZ), je občuten porast ustanavljanja zemljiških dolgov mogoče opaziti šele v preteklih letih, kar gre pripisati poudarku organov pregona na obvladovanju gospodarske kriminalitete in korupcije ter tudi ustrezni spremembi kazenske zakonodaje, ki omogoča učinkovit odvzem premoženjske koristi, pridobljene s kaznivim dejanjem, oziroma premoženja nezakonitega izvora. Osumljenci ali osebe, ki šele predvidevajo, da bi zoper njih lahko bil uveden predkazenski oziroma kasneje kazenski postopek, v katerem bo prišel v poštev odvzem premoženjske koristi, z ustanovitvijo zemljiškega dolga pred roko pravice zavarujejo svojo zasebno lastnino. Ker veljavna zakonska ureditev zemljiškega dolga dejansko onemogoča preprečitev tovrstnih zlorab, sta nujna ustrezna sprememba SPZ in strogo kazenskopravno sankcioniranje oseb, ki ustanovijo zemljiški dolg z izključnim namenom preprečitve poplačila upnikov s slabšim vrstnim redom.

Professional Article

UDC: 343.272:347.27(497.4)

ŽIDANIK, Nina: Misuse of a Land Charge – A Criminal Law Perspective of Preventing the Confiscation of Proceeds Acquired from Criminal Activities or Properties of Illicit Origin*Pravnik*, Ljubljana 2013, Vol. 68 (130), Nos. 5-6

Land charge is a security right over a claim that enables the creditor a repayment from the value of an immovable property ahead of other creditors with an inferior ranking. Although the land charge has been in use in Slovenia since 2003, when the Law of Property Code came into force, a substantial increase of land charges has been noticed no earlier than in the recent years. The reason for this recent increase is a strict criminal prosecution of economic crimes and corruption, as well as a corresponding change of our criminal laws that enable an effective confiscation of proceeds acquired from criminal activities or properties of illicit origin. Suspects or people who assume they might be the subject of a pre-criminal and later a criminal proceeding, during which the State could confiscate their proceeds, create a land charge to protect their private property against the hand of justice. Because the current legal regulation disables prevention of such misuse, a corresponding change of the Law of Property Code is essential, as well as strict criminal sanctioning of those, who create a land charge with the intent to prevent the repayment of creditors with an inferior ranking.

Polemika, diskusijski prispevek

UDK: 341.018: 34.028(497.4)

OLAJ, Anton: Uporaba splošno veljavnih načel mednarodnega prava v pravnem redu Republike Slovenije z vidika pravne varnosti**Pravnik, Ljubljana 2013, let. 68 (130), št. 5-6**

Slovenija se v Ustavi deklarira kot pravna država z vsemi posledicami, ki jih to načelo prinaša. Najpomembnejše družbene odločitve v državi sprejema Državni zbor RS v obliki predpisov, ki morajo biti pred uveljavitvijo objavljeni, vendar pa se pravice fizičnih oseb ne določajo le z zakoni, ampak tudi z normami mednarodnega prava, ki jih v slovenskem pravu uokvirja termin »splošno veljavna načela mednarodnega prava«. Ta »načela« veljajo v pravnem redu RS avtomatsko z nastankom, pri tem pa vsebina teh norm ni povsem jasna in znana. Pri presoji, ali je v konkretnem primeru že nastala mednarodna norma, je zato odprt širok prostor za subjektivno vrednostno razumevanje prava, kar je z vidika pravne varnosti problematično. Predpisi morajo biti objavljeni, preden začnejo veljati. S tem se sledi načelu pravne države, katere sestavi del je tudi načelo pravne varnosti. Vendar pa za avtomatsko adoptirane običajne obče norme mednarodnega prava Ustava RS ne predvideva njihove objave pred uveljavitvijo.

Polemic, Discussion

UDC: 341.018: 34.028(497.4)

OLAJ, Anton: Applying the Generally Accepted Principles of International Law in the Republic of Slovenia in Terms of Legal Certainty*Pravnik, Ljubljana 2013, Vol. 68 (130), Nos. 5-6*

The Constitution of the Republic of Slovenia defines Slovenia as a state governed by the rule of law embracing all consequences arising from such principle. The most important social decisions in the country are adopted by the National Assembly of the Republic of Slovenia in the form of regulations to be published prior to coming into force. However, the rights of natural persons are not determined only by law, but also by international legal norms that Slovenian law denotes as “generally accepted principles of international law”. Such “principles” are applied in the legal order of the Republic of Slovenia automatically once they are formed, although the content of such norms is not perfectly clear. Thereby, assessment of whether a concrete case is already subject to an international norm is in fact quite open to subjective interpretation of law, which can be considered an issue in terms of legal certainty. Regulations have to be published before they step into force. That represents one of the principles of a state governed by the rule of law, another one being the principle of legal certainty. However, the Constitution of the Republic of Slovenia fails to envisage publication of the automatically adopted customary international law norms prior to their coming into force.

Prikaz knjige

UDK: 339.52(100):341.211(049.3)

TRATNIK, Matjaž: Svetovni trgovinski sistem in omejitve suverenosti**Pravnik, Ljubljana 2013, let. 68 (130) št. 5-6**

Monografija dr. Irene Peterlin Svetovna trgovinska organizacija in državna suverenost obravnava razmerje med konceptom državne suverenosti kot enim najpomembnejših temeljev mednarodnih odnosov na eni strani in obveznostmi držav, ki izhajajo iz njihovega članstva v mednarodnih organizacijah, na drugi strani. Po temeljiti obravnavi zgodovinskega razvoja načela suverenosti avtorica predstavi WTO in njen pravni sistem. Tu posebno pozornost namenja razmerju med pravom WTO in nacionalnimi pravnimi redi držav članic, zlasti pa seveda razmerjem med pravom WTO in pravom Slovenije ter pravom EU. Pomemben del te predstavitve je sistem reševanja sporov. Nato avtorica analizira za države članice najbolj omejujoče multilateralne sporazume WTO, iz katerih poskuša izluščiti in argumentirati relevantne obveznosti držav članic. Pri tem vključuje tudi izbrane primere iz dosedanje prakse Telesa za reševanje sporov, da bi tako preverila učinek obravnavanih sporazumov v praksi. Avtorica ugotavlja, da je legalizirani koncept »vestfalske« suverenosti, katerega ključni atribut je monopol nad izvrševanjem oblasti nad državnim območjem, ostal jedro instituta suverenosti vse do danes. Vendar pa imajo določbe mednarodnih pogodb prednost pred enostranskim ravnanjem držav, kar pomeni negacijo absolutnega koncepta suverenosti. To se še posebej kaže pri WTO, ko države članice privolijo v omejitev dela suverenih pristojnosti v zameno za svobodno trgovino. Zelo pomembna omejitev suverenosti je obvezni in zelo učinkovit mehanizem reševanja sporov. Kljub številnim omejitvam in prenosu različnega obsega državne oblasti na mednarodne institucije so države še vedno nosilke suverenosti, vendar se ta koncept nenehno razvija in spreminja.

Book Review

UDC: 339.52(100):341.211(049.3)

TRATNIK, Matjaž: World Trade System and Sovereignty Limitations*Pravnik*, Ljubljana 2013, Vol. 68 (130), Nos. 5-6

The monograph of dr. Irena Peterlin *World Trade Organisation and State Sovereignty* deals with the relationship between the State sovereignty, being one of the most important fundaments of international relations on one side, and the obligations, originating in the membership of international organisations, on the other. After an extensive description of the historical development of the principle of sovereignty, the author introduces the WTO and its legal system. Special attention is paid to the relationship between the WTO law and the law of its Member States, and especially of course to the relationship between the WTO law and the law of Slovenia and the EU. An important part represents the description of the dispute settlement mechanism of the WTO. In order to identify the relevant obligations of the Member States, the author analyses several WTO agreements. The most important case law is included in this part, as well. The conclusion of the author is, that the legalised concept of the "Westfalian" sovereignty characterised by the monopoly over the exercise of power within the territory of a State remains the core of the concept of sovereignty up to the present day. However, the provisions of international treaties have precedence over unilateral acts of States, which means the negation of the absolute concept of sovereignty. This can especially be illustrated by the WTO, where the Member States have accepted limitations of their sovereignty in exchange for free trade. The compulsory and very effective dispute resolution system within the WTO is to be seen as an important limitation of sovereignty, as well. Nevertheless, in spite of numerous limitations and transfer of powers to international institutions, the concept of sovereignty even though it is constantly developing and changing, remains one of the most important attributes of statehood.

NAVODILA ZA AVTORJE

1.

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

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

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

2.

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

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

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

3.

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

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

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

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

4.

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

5.

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

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

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

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

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

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

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

6.

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

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

7.

Popolni bibliografski podatki obsegajo:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

8.

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

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

Če uradne krajšave ni, jo izbere pisec.

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

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

Primer: Ur. l. RS, št. 50/07.

9.

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

Primer navajanja odločbe Ustavnega sodišča RS:

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

10.

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

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

Morebitne spremembe mora avtor sporočiti uredništvu.

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

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

Prispevke za objavo v reviji pošljite na naslov:

GV Založba, Likožarjeva ulica 3, 1000 Ljubljana ali

pravnik@revija-pravnik.si

Za uredniški odbor
odgovorna urednica
dr. Dragica Wedam Lukić

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

1.

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

2.

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

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

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

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

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

3.

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

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

Example: SMITH, John: Pravna sredstva v civilnem procesnem pravu, Pravnik, Ljubljana 2008, let. 63, št. 1–3
... (15 lines of abstract and 5 key words in Slovenian language)

SMITH, John: Legal Remedies in the civil procedural law, Pravnik, Ljubljana 2008, Vol. 63, Nos. 1–3.
... (15 lines of abstract and 5 key words in English language)

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

4.

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

5.

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

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

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

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

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

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

Example: Ibidem.

Example: Ibidem, p. 56.

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

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

6.

Full bibliographical information should comprise:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

7.

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

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

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

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

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

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

8.

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

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

9.

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

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

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

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

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

GV Založba, Ltd.
Likožarjeva ulica 3
SI-1000 Ljubljana
Slovenia

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

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



Svetovna trgovinska organizacija in državna suverenost

dr. Irena Peterlin

Monografija obravnava državno suverenost kot osrednjo kategorijo mednarodnega prava v kontekstu obveznosti, ki so jih države prevzele z včlanitvijo v WTO.

Predstavlja temeljne razvojne značilnosti koncepta suverenosti in mednarodnega prava ter omogoča vpogled v celovito pravno strukturo WTO. Daje tudi pregled pomembnih zgodovinskih okoliščin, ki so vplivale na razvoj pravnega koncepta, na katerem je bil vzpostavljen sistem suverenih evropskih držav, in ga postavi v okoliščine svetovne trgovine in mednarodnih odnosov na prehodu iz 20. v 21. stoletje.

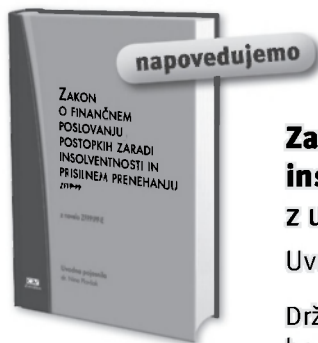
Avtorica skuša na primeru WTO odgovoriti na vprašanje, kako je z državno suverenostjo v okoliščinah ekonomske globalizacije, in predstaviti njeno dinamično naravo. **Osrednji del knjige je posvečen celovitemu prikazu sistema WTO in reševanju trgovinskih sporov v WTO s primeri iz prakse**, ki potrjujejo njegovo učinkovitost. WTO je prikazana kot primer realne spremembe držav v odnosu do vsebine in pomena suverenosti. Gre torej za mednarodnopravno problematiko, ki je povezana s sodobnimi institucionalnimi trgovinskimi odnosi med državami na univerzalni ravni.

Knjiga daje koristne usmeritve tistim, ki se v praksi ukvarjajo z multilateralnimi odnosi, ekonomsko diplomacijo in zunanjo politiko RS. Namenjena je zlasti tistim, ki želijo razumeti vlogo in vpliv WTO v sodobnih mednarodnih odnosih. Opozarja na številne posledice globalizacije, zlasti na prepletenost pravnih režimov in naraščajočo medsebojno odvisnost držav, ter usmerja k razmišljanju o tem, kakšen vpliv imajo številne mednarodnopravne obveznosti na države.

Knjiga ima tudi obširno stvarno kazalo.

Predgovor h knjigi je napisal dr. Werner Zdouc, direktor sekretariata Pritožbenega telesa WTO.

Cena: 48,00 EUR / Št. strani: 348 / Leto izdaje: 2013



Zakon o finančnem poslovanju, postopkih zaradi insolventnosti in prisilnem prenehanju z uvodnimi pojasnili (z novelo ZFPPIPP-E)

Uvodna pojasnila: dr. Nina Plavšak

Državni zbor je 23. maja 2013 sprejel novelo ZFPPIPP-E. Knjiga bo vsebovala **uvodna pojasnila, shematske prikaze posameznih položajev ter čistopis zakona z vidnimi spremembami prejšnjih novel in novele ZFPPIPP-E.**

Spremembe in dopolnitve novele ZFPPIPP-E lahko strnemo v štiri sklope.

1. V prvi sklop spada uvedba postopka poenostavljene prisilne poravnave za mikro družbe in samostojne podjetnike.
2. Drugi sklop so dodatne možnosti upnikov in upniškega odbora v postopku prisilne poravnave, med katere spadajo:
 - omejitev pristojnosti organov nadzora in skupščine insolventnega dolžnika,
 - možnost upniškega odbora sprejeti sklep o povečanju osnovnega kapitala s stvarnimi vložki, katerih predmet so terjatve upnikov do insolventnega dolžnika, in s tem povezani novi količniki za glasovanje o prisilni poravnavi,
 - možnost prenosa pooblastil za vodenje poslov insolventnega dolžnika na vplačnika novih delnic v postopku povečanja osnovnega kapitala zaradi izvedbe finančnega prestrukturiranja.
3. V tretji sklop lahko uvrstimo dopolnitve, ki naj bi omogočile učinkovitejše unovčenje stečajne mase, med katere spada zlasti dodatna možnost prodaje premoženja insolventnega dolžnika na javni dražbi z zniževanjem izklicne cene.
4. Četrti sklop sprememb in dopolnitev vključuje številne »nenavadne« rešitve, ki so bodisi sistemsko nedosledne (nekonsistente) in bodo zato pri izvajanju v praksi povzročale težave bodisi neustavne (zlasti spremembe glede začasne ustavitve imenovanja upravitelja, nad katerim je uveden kazenski postopek).

Kljub noveli ZFPPIPP-E so uvodna pojasnila 2008 in uvodna pojasnila 2011 še vedno aktualna. Zato so uvodna pojasnila v tej knjigi zasnovana tako, da dopolnjujejo uvodna pojasnila iz obeh predhodnih izdaj (v knjigi je tudi preglednica povezav med uvodnimi pojasnili 2008 in uvodnimi pojasnili 2011).

Cena: 110,00 EUR / Izide julija 2013

Kupci, ki ste prejšnje izdaje ZFPPIPP z uvodnimi pojasnili kupili neposredno pri GV Založbi, ne prezrite!

Cena knjige za kupce obeh prejšnjih izdaj (2008 in 2011): 20,00 EUR

Cena knjige za kupce ene od prejšnjih dveh izdaj (2008 ali 2011): 50,00 EUR

Cena za vse tri knjige ob hkratnem nakupu vseh treh izdaj (2008, 2011 in 2013): 160,00 EUR

Za dogovor o popustih in nižjih cenah pokličite v prodajni oddelek po telefonu: 01 30 91 820.



Pravni rokovnik 2014

**NOVO – možnost individualizacije
in obogatena vsebina**

Pravni rokovnik 2014 bo tak, kot ga pričakujete
– s preglednim koledarskim delom in zbirko skrbno
preverjenih podatkov, ki jih pogosto potrebujete pri delu.

Da ne boste iskali:

- ▶ kratice zakonov in drugih aktov
- ▶ pristojnosti in organizacija pravosodja
- ▶ povrnitev stroškov v postopkih, tarife, nagrade
- ▶ sodni tolmači, izvedenci, cenilci, ocenjevalci in člani poravnalnega odbora
- ▶ sodni izvršitelji, pooblaščenci vročitelji in detektivi
- ▶ sodne takse
- ▶ odvetniška in notarska tarifa ter imenik odvetnikov in notarjev
- ▶ mediacija, pravilniki, mediatorji
- ▶ upravne takse
- ▶ overitev listin v mednarodnem prometu
- ▶ ceniki in tarife
- ▶ elektronski dostop do podatkov
- ▶ ponudniki pravnih informacij
- ▶ brezplačna pravna pomoč
- ▶ državni organi RS
- ▶ seznam davčnih svetovalcev z licenco
- ▶ upravne enote
- ▶ naslovi agencij, borz, zbornic, zavodov, skladov, zvez, društev in drugih pomembnih organizacij
- ▶ koledarčki za leta od 2011 do 2018
- ▶ prazniki v Sloveniji in nekaterih evropskih državah, šolske počitnice, časovni pasovi
- ▶ poštne številke

Zbirka podatkov bo obogatena še s temi vsebinami: telefonske številke najbolj pogosto klicanih oddelkov višjih sodišč; stara Odvetniška tarifa, po kateri še vedno tečejo številni postopki; pregledno označeni dela prosti dnevi; Pravilnik o povrnitvi stroškov tožniku v upravnem sporu; seznam Petrolovih servisov, kjer je mogoče oddati pošto pošiljko; določbe različnih aktov, ki določajo štetje rokov, itd.

Cena: 38,00 EUR / Izhide oktobra 2013

NE PREZRITE MOŽNOSTI PREDNAROČILA IN INDIVIDUALIZACIJE!

Možnost prednaročila

- za naročila do 10. septembra vam bomo priznali 5-odstotni popust

Možnost individualizacije

- za dodatnih 8 evrov + DDV na vaš rokovnik natisnemo vaše ime ali ime institucije
- za dodatnih 5 evrov + DDV pa natisnemo ime institucije, vaše ime in druge podatke na prvo ali drugo notranjo stran (po izbiri)

Pravni rokovnik izide oktobra. Za dogovor o individualizaciji vašega rokovnika pišite na naslov: prodaja@gvzalozba.si.

GV Založba, d. o. o., Likoarjeva ulica 3, Ljubljana
Prodaja, telefon: 01 30 91 820, faks: 01 30 91 815
e-pošta: prodaja@gvzalozba.si

www.gvzalozba.si



Pravnik

Pravnik

letnik 68 (130)

številka 5-6/2013