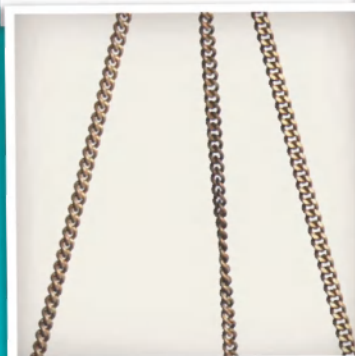
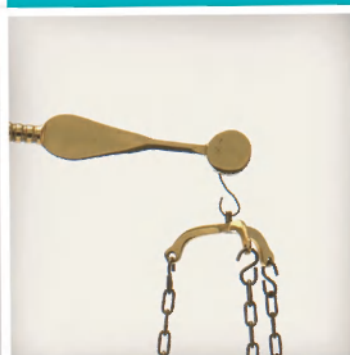
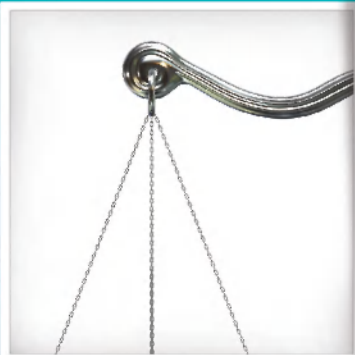


Pravnik

revija za pravno teorijo in prakso

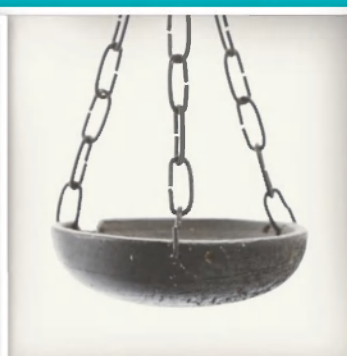
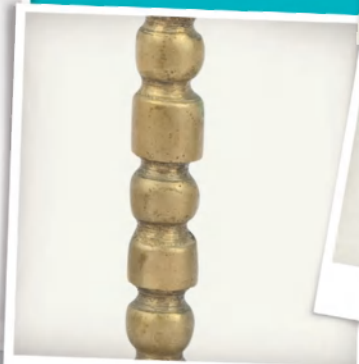
Ljubljana 2013
letnik 68 (130)
številka 3-4
strani 135–284

izdaja
Zveza društev pravnikov Slovenije



Delate na evropskih čezmejnih primerih?

*S klikom na Evropski portal e-Pravosodje
preučite različne evropske zakone in pravosodne sisteme*



Pravnik

revija za pravno teorijo in prakso

Letnik **68** (130)

kot naslednik revije

SLOVENSKI PRAVNIK

Številka **3-4/2013**

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

Uvodnik

Alenka Šelih Etični in moralni kompas pravnikov in prava – 139

Članki

Viktorija Žnidaršič Izročilna pogodba – pogodba obligacijskega prava
Skubic z dednopravnimi elementi – 145

Petra Weingerl Varstvo konkurentov pred nepoštenimi poslovnimi
praksami na podlagi pravil varstva potrošnikov – 177

Polonca Kovač Pravica biti slišan v upravnih postopkih po slovenski
ustavnosodni praksi – 203

Andrej Svetličič Obveznost države, da med podpisom in uveljavitvijo
mednarodne pogodbe ne izniči njenega predmeta
in namena – 227

Andrej Ekart Izvršba v Nemčiji – 255

Avtorski sinopsisi – 275

Navodila za avtorje – 285

CONTENTS

Editorial

Alenka Šelih	Ethical and Moral Compass of Lawyers and the Law – 139
--------------	--

Articles

Viktorija Žnidaršič Skubic	The Contract on Transfer and Distribution of Property – Law of Obligation Phenomenon with the Inheritance Law Elements – 145
Petra Weingerl	Protection of Competitors against Unfair Commercial Practices on the Basis of the Rules Protecting Consumers – 177
Polonca Kovač	Right to Be Heard in Administrative Proceedings by Slovene Constitutional Judicial Praxis – 203
Andrej Svetličič	Obligation of a State not to Defeat the Object and Purpose of a Treaty between Its Signature and Entry into Force – 227
Andrej Ekart	Civil Enforcement in Germany – 255

Authors' Synopses – 275

Guidelines for Authors – 285

ETIČNI IN MORALNI KOMPAS PRAVNIKOV IN PRAVA*

Alenka Šelih,

*univerzitetna diplomirana pravnica, doktorica pravnih znanosti,
zasežna profesorica Univerze v Ljubljani, redna članica Slovenske
akademije znanosti in umetnosti*

Dan Pravne fakultete Univerze v Ljubljani je lep in prijeten dan – na ta dan fakulteta predstavi in nagradi najboljše in najlepše, kar premore: dosežke svojih najboljših študentov in podiplomskih slušateljev. Zato se vodstvu fakultete iskreno zahvaljujem, da me je ob tej priložnosti povabila za govornico. Ta dan obeležuje fakulteta bolj svečano in z večjim poudarkom od sredine osemdesetih let naprej in nekaj samozadovoljstva je v tem, če dodam, da smo s takim načinom obeležitve začeli v času mojega mandata kot dekanice.

Odtlej smo ta dan praznovali v različnih okoliščinah – včasih so bile te boljše, včasih slabše, včasih polne pozitivne energije, zanosa in optimizma, včasih precej brezskrbne, včasih manj. Pogled na govore slavnostnih govorcev v zadnjih letih razkriva precejšnjo zaskrbljenost nad usodo fakultete in univerze ter veliko kritičnost do državnega okolja, kakršno se je razvilo. Tudi letos ga obeležujemo v neprijaznih okoliščinah, ki niso naklonjene ne posamezniku ne družbi, ne nam starim in morda še manj vam – mladim. A naša zgodovina je polna obdobij, ki so bila bistveno manj prijazna do ljudi, kot je to, ki ga živimo. Zato bi bilo napak, če bi se predali malodušju in dovolili, da nas življenje samo nosi naprej. Tak pogled pa nas ne odvezuje od tega, da kritično ocenimo sedanji trenutek.

To, kar mislim, da potrebujemo v tem času, je trezen in kritičen pogled na naš položaj in na pot, po kateri smo hodili, da smo prišli – da ne rečem zabredli – vanj. Ti neprijazni časi in razmere porajajo vprašanja o temeljih celotnega

* Govor ob Dnevu Pravne fakultete 15. aprila 2013 na Pravni fakulteti Univerze v Ljubljani.

gospodarskega in družbenega sistema, med drugim tudi o temeljih pravnega sistema v postmoderni dobi. Pri tej široki temi želim izpostaviti samo en njen del – poklic pravnika in njegov položaj v razmerah krize; širše gledano gre za vprašanje, kakšno je in kakšno bi moralo biti razmerje med pravom in politiko; kolikšen prostor si je v državotvornih procesih prilastila politika in kolikšen delež pravo; kakšen je pomen morale in etike, zlasti poklicne etike, za pravo in za konkretno delovanje pravnikov, in, končno, kako je z uresničevanjem, udejanjanjem prava. Zavedam se razsežnosti teh vprašanj in omejitev kratkega govora, kljub temu želim vse nas spomniti na bistvene temelje vsakega pravnega delovanja.

Da je razmerje med pravom in politiko zapleteno, vemo; vemo pa tudi, da obe področji soobstajata že nekaj tisočletij in v tem času je bilo pravo sposobno oblikovati merila o tem, kaj je v tem razmerju še sprejemljivo in kje so postavljene meje. Načeloma je pravo oblika, s katero se izraža politična moč, hkrati pa je tudi relativno samostojno. V tisočletjih obstoja je pravo oblikovalo pravila, ki zagotavljajo to relativno samostojnost pravnih norm – te so relativno stalne, mnoge med njimi ideološko nevtralne, obstajajo neodvisno od vsakokratne, zlasti dnevne politike – kupoprodajna pogodba ali silobran sta pač taka, kot sta že od rimskega prava naprej. Naloga prava je, da – ne glede na trenutno politično oblast – vzpostavi in vzdržuje temeljni pravni red, pravičnost; kakorkoli je ta pojem relativen, ureja sistem oblasti in morda celo najprej zagotavlja varstvo posameznika pred oblastjo.

Kakor je pravo na eni strani sredstvo oblasti in tudi oblastne ideologije, tako je na drugi strani jez, ki tej isti oblasti omejuje njeno preveliko moč, njeno vse-navzočnost, predvsem pa omejuje njene zlorabe oblasti. Zgodovina kazenskega prava, materialnega in procesnega, morda najbolj neposredno in slikovito kaže, kako je po dolgotrajnem konfliktnem razvoju to pravo postalo ne le najbolj prisilna veja prava, temveč istočasno tudi omejevalna instanca za neomejeno moč oblasti zoper posameznika. Še zlasti koncept pravne države, ki se je razvijal skozi dolga obdobja človeške zgodovine, se je v resnici oblikoval korak za korakom kot oblika omejevanja neomejene politične oblasti in kot odgovor pravnega sistema kot takega na različne oblike nasilnega in samovoljnega ravnanja oblasti. Kakorkoli je institucija pravne države v praksi nepopolna ali nepopolno delujoča, še vedno predstavlja najmočnejše sredstvo za omejevanje oblastne samovolje in najbolj gotov način za spoštovanje človekovih pravic.

Naslednje razmerje, ki se mi zdi v sedanjem trenutku pomembno, je razmerje med pravom in moralo ter etiko, še zlasti poklicno etiko. Kakršnekoli že so razlike med sistemom pravnih in moralnih norm in kakršnekoli že so podobnosti med njima, eno spoznanje ostaja neizpodbitno: pravna norma, ki ni vsaj deloma pokrita z moralno normo, se izvršuje mnogo težje in redkeje kot tista, ki

ima tako podlago. Večja skladnost pravnih in moralnih norm zagotavlja uspešnejše spoštovanje pravne norme, saj jo naslovnik »ponotranji« in sprejme.

Obe ti razmerji, razmerje med pravom in politiko ter med pravom in moralo, vsakemu pravniku, ne glede na to, kje deluje, nalogata velike obveznosti. Te se tičejo tako pripravljavanja pravnih aktov kot njihovega izvrševanja. Zato ni naključje, da so prav klasični pravniški poklici – odvetniki, sodniki, notarji – že zgodaj razvili kodekse poklicne etike, moralne norme za poklicno ravnanje pripadnikov teh poklicev. Določbe poklicnih kodeksov so merilo za poklicno vedenje pripadnikov teh poklicev in poklicna združenja so jih dolžna dosledno in enako uporabljati za vse.

Namen tega površnega pogleda na razmerje med pravom in politiko ter med pravom in moralo je v tem, da ugotovimo, kako obe ti razmerji delujeta tam, kjer se pravo uporablja. Drugače povedano, gre za vprašanje, ali smemo biti zadovoljni s tem, kako pravniki pravo uresničujemo, in kakšna je naša vloga pri zagotavljanju temeljnih ciljev pravnega sistema v času zaostrenih kriznih razmer.

Pri tem velja uvodoma poudariti, da je samokritičen pogled na naše lastno delo potreben zato, da bi ga izboljšali in da bi sami vzpostavili distanco do problemov, ki obstajajo. Ta samokritičen pogled, ki opozarja na nekatere slabosti in napake, pa ne more pomeniti niti razvrednotenja sistema niti njegove splošne sicer pozitivne ocene. Samokritičen pogled na področje uresničevanja prava je lahko samo izraz moči stroke, ki je sposobna sama zaznati probleme, ki obstajajo, in ne morda izraz njene šibkosti.

Na prvi ravni presoje pravnega sistema se bomo osredinili na zakonodajno področje. Pravniki, ki delujejo na tem področju, so v še posebej izpostavljenem položaju, saj je moč politike in tudi ideologije v tem procesu največja in najvidnejša. Na drugi strani pa ima pravnik prav v teh postopkih pomembno vlogo opozarjanja na morebitne napake, kršitve temeljnih načel ali posamičnih določb. Če se spomnimo na nekatera mnjenja ustreznih strokovnih služb, ki so zakonodajalca, torej politiko, opozarjala na strokovno napačne ali celo protiustavne rešitve v nekaterih predpisih nove zakonodaje, vidimo, da so te službe pogosto dobro opravljale svojo funkcijo in svojo dolžnost. Podobno je mogoče ugotoviti za nekatere kritične ocene iz vrst fakultetnih učiteljev, ki opozarjajo na pomanjkljivosti, slabosti ali celo očitne nezakonitosti in protiustavnost nekaterih pravnih aktov, ki so v zakonodajnem postopku. V preteklih letih si je politika jemala dosti preveliko pravico odločati v nasprotju s takimi pravočasno izrečenimi ali zapisanimi kritikami. Ali, če naj to izrazim v ljubeznivejši splošni obliki: razmerje med politiko in pravom ni bilo tako, kot zahtevajo splošno sprejeta strokovna merila. Prostor, ki si ga je jemala politika,

je bil že na ravni oblikovanja pravnega sistema, tam torej, kjer se določa »pravo v knjigah«, mnogo prevelik.

Iz zgodovine zadnjih dvajsetih let pa poznamo tudi primere, ko te kritične strokovne presoje ni bilo; še več, poznamo primere, ko so pravniki sodelovali pri izvršitvi zelo hudih pravnih kršitev, politika pa ni bila pripravljena niti poslušati argumentov redkih, ki so na kršitve opozarjali.

Naslednjo raven predstavlja uporaba prava v konkretnih primerih, v konkretnih postopkih. V nasprotju s »pravom v knjigah« nekateri pisci tu govorijo o »pravu v akciji«. To je hkrati tista raven, na kateri je vsak naslovljenec pravnega pravila dolžan ravnati v skladu z njim in kjer se kaže stopnja s pravom skladnega vedenja med naslovljenci. V naravi stvari je, da je prav na tej ravni uporabe prava vloga pravnikov posebej poudarjena. Ko pravniki v zelo različnih postopkih oblikujejo posamična in konkretna pravna pravila, s pogodbo, sodbo ali upravno odločbo ali kakšnim drugim pravnim aktom, gre za konkretizacijo formalnega pravnega vira v individualnem pravnem aktu. Prav vsaka odločitev pravnika na tej ravni ima pravno posledico: daje, jemlje, razširja ali omejuje določeno pravico posamezniku, skupini, pravni entiteti. V prav vsakem primeru, ko pravnik odloča o uporabi ali neuporabi pravnega pravila, prihaja preko tega pravila do uporabe ali neuporabe temeljnih načel pravnega sistema in v bistvu ni mogoče dovolj poudariti pomena takšnega pravniškega delovanja. Vrednostna podlaga, ki jo ima ali bi jo vsaj moralo imeti vsako med temi ravnanji, prihaja prav pri konkretizaciji abstraktnega pravnega pravila na posamičen primer posebej jasno do izraza.

In tukaj se, po mojem mnenju, pokaže kritična točka pri ravnanju pravnikov. Velika večina jih ravna skladno z zahtevami stroke in skladno z vrednostno usmerjenostjo prava oziroma posamične pravne norme. Reči bi smeli, da na tej točki prihaja do uresničitve ali neuresničitve tistega, kar je že rimsko pravo označilo za »umetnost pravičnega in dobrega«. Pravnik pogosto, če ne celo praviloma odloča o pravicah posameznika ali kakšne skupine na zelo različne načine. Prav dejstvo, da gre za tako vrsto odločanja, postavlja pred pravnika nekatere posebne zahteve: poleg znanja so potrebne tudi nekatere lastnosti, na primer občutek za pravičnost, nepristranskost, neodvisnost v razmišljanju in pri odločanju, pretanjen občutek za posameznikove in družbene vrednote. Na kratko bi lahko rekli, da pri številnih pravniških poklicih ne gre le za poklic, temveč pogosto za poklicanost. Tega idealno postavljenega vzora pravnika v življenju seveda pogosto ne najdemo. Zato si moramo zastaviti vprašanje, ali smo bili pravniki tem dolžnostim in tej poklicanosti v zadnjih dvajsetih letih vedno kos.

Zastaviti si moramo vprašanje, kaj je šlo tudi v pravnem sistemu narobe in kdaj, da smo zašli v družbeno krizo, v kateri smo danes. Mislim, da je ne-

ustrezno, če rečemo, da smo se v tej krizi »znašli«, prej bi lahko rekli, da smo vanjo zabredli. Pravo in pravni sistem sta seveda le del celotnega družbenega sistema, a vendar zelo pomemben del, pomemben predvsem zaradi velikega vpliva, ki ga ima pravo – in pravniki – na vseh področjih državnega oblikovanja, usmerjanja in odločanja o pravicah ter dolžnostih posameznika, skupin, pravnih oseb.

Zato nas ne more presenetiti, da prav na teh točkah prihaja tu in tam tudi do odklonov, napak ali – v izjemnih primerih – celo do zlorab. Prav je, da sebi in drugim to priznamo, pri tem pa opozarjamo, da gre za posamične primere, in ravno dejstvo, da se odkrijejo in da se – če je potrebno – tudi izpeljejo ustrezni postopki, kaže na moč sistema kot celote. Pri tem imam v mislih tiste posamične primere, v katerih je posameznik pravnik z ravnanjem, ki je bilo na splošno rečeno v nasprotju z njegovimi poklicnimi dolžnostmi, povzročil napačno odločitev, ravnal v nasprotju s pravno normo, ki ga je zavezovala, ravnal morda celo nezakonito ali protizakonito. Poleg teh primerov kršitev je prav omeniti tudi trajanje postopkov kot enega glavnih problemov pravosodja. A naj dodam, v preteklih letih smo bili priča velikemu napredku na tem področju; to, kar zaskrbljuje, je dolgo trajanje v nekaterih – upajmo, da le redkih – postopkih, pri katerih se ni mogoče ubraniti vtisa, da gre za zavlačevanje. Ni izključeno, da je takšno ravnanje povezano tudi s težavo, na katero je bilo v preteklosti že opozorjeno, namreč da je del problema takih postopkov mogoče pripisati strahu tistih, ki odločajo, pred vsebinskim odločanjem, ki pa je bistven del pravnikovega poklicnega dela. Če je to res, smo tisti, ki na to lahko vplivamo, dolžni storiti vse za odpravo tega »strahu« – to velja tako za fakultete kot za vse tiste, ki po koncu študija delajo z mladimi pravniki.

Ob tem velja poudariti velik pomen, ki ga ima neodvisnost sodstva za pravni red in za pravično izvrševanje tega reda. V preteklih letih je človek, ko je bral ali poslušal izjave nekaterih predstavnikov izvršne oblasti, skoraj dobil vtis, da pri nas ne vlada načelo delitve, temveč enotnosti oblasti: kritike, pa tudi omalovaževanje sodstva so dosegli skoraj neverjetne razsežnosti in samo upati smemo, da se bo to razmerje v novih okoliščinah spremenilo.

Na podoben način nesprejemljivo je bilo tudi umeščanje državnega tožilstva kot osrednjega organa kazenskega pregona v okvir policije, ki mu je v zadevah kazenskega postopka v bistvu podrejena.

Oba pojava dobro ponazarjata prostor, ki si ga je v razmerju med pravom in politiko ta prilastila, s čimer je omejila delovanje obeh institucij in nedopustno posegla na področje, ki v demokratični državi pripada pravu.

Ko govorimo o kršitvah poklicnih dolžnosti, ne moremo mimo pomena, ki ga imajo kodeksi poklicne etike ter organi, ki jih uporabljajo. Dosledno in hitro

sankcioniranje takih kršitev ima več pozitivnih učinkov – najprej in v prvi vrsti deluje na kršitelja, nato ima lahko pomemben preventivni učinek znotraj stroke, javnosti pa sporoča, da se je poklicna organizacija, za katero gre, sposobna uspešno spopasti z nepravilnostmi v lastnih vrstah. To ima tudi povratni učinek na delovanje takšne organizacije. V preteklih letih smo bili včasih priče prevelikemu oklevanju, ko je šlo za uporabo kodeksov poklicne etike. Določbe kodeksa poklicne etike predstavljajo neke vrste temeljni zakon poklica in njegovo etično hrbtenico, zato bi bilo prav, da organizacije, ki kodeks imajo, tega dosledneje uporabljajo, o tem pa obveščajo tudi javnost.

Končno želim nekaj besed nameniti tudi področju, ki mu pripadam, fakultetam, ki izobražujejo pravnike. Bolonjska reforma, znotraj katere je ljubljanska fakulteta oblikovala študij, ki še vedno daje dovolj široko izobrazbo, je povzročila nemalo težav in problemov. Posledice uvedbe te oblike študija in težave, ki so nastale zaradi drastičnega zmanjšanja sredstev, bo študij v celoti čutil še nekaj časa. Nesprejemljivo je, da državni organi uvedejo tako obsežno reformo, nato pa ne zagotovijo vsaj osnovnih pogojev, zlasti finančnih, za njeno izvedbo.

A ob tej kritični presoji bi bilo hkrati prav, da se tudi na fakulteti vprašamo, ali delamo vedno tako, da bi v študentih razvili tisto, kar je v njih najboljše; ali smo znali študentom posredovati ne le znanje, ampak tudi tisti in takšen vrednostni sistem, ki jim bo pri njihovem delu pomagal izpolnjevati poklicne naloge: zagotoviti pravičnost, pravni red, varovati posameznika pred oblastjo, zagotoviti spoštovanje človekovih pravic. Smo znali v naših študentih – in tisti, ki prihajajo k nam, so med najboljšimi v svoji generaciji – prebuditi intelektualno radovednost in etično ter moralno občutljivost? Smo jim znali povedati, da bodo pri svojem delu pogosto, zelo pogosto odločali o pravicah posameznika, skupine, pravne osebe, smo jih znali opremiti za takšno delo ne le s poznavanjem pozitivnega prava, temveč tudi s poznavanjem širših razsežnosti pravnega delovanja v družbenem prostoru?

In, končno, smo znali tudi pri delu na fakulteti prepoznati silnice, ki zahtevajo, da ravnamo racionalno, pošteno v razmerju do svojih sodelavcev, zlasti mlajših; smo znali prispevati k pomenu fakultete – te malce neokretne, a trdne barke, da se bo lažje premikala po valovih krize v postmoderne dobi? Če smo ravnali tako – in verjamem, da smo – smo lahko prepričani, da imamo in da bomo tudi v prihodnosti imeli generacijo pravnikov, ki bo zmogla doseči visoko raven strokovnosti, vzpostaviti ustrezno razmerje do politike in uporabiti etični ter moralni kompas, ki ga je sprejela na fakulteti.

Današnji dan je dokaz, da smo znali tako ravnati.

IZROČILNA POGODBA – POGODBA OBLIGACIJSKEGA PRAVA Z DEDNOPRAVNIMI ELEMENTI

Viktorija Žnidaršič Skubic,

*univerzitetna diplomirana pravnica, doktorica pravnih znanosti,
izredna profesorica na Pravni fakulteti Univerze v Ljubljani*

1. UVOD

Temeljna naloga obligacijskega prava je v urejanju nastajanja, izpolnjevanja in prenehanja premoženjskih obveznosti, ki jih ena stranka (dolžnik) dolguje drugi stranki (upniku).¹ Obligacijski zakonik² (v nadaljevanju OZ) tako ureja predvsem obligacijska, to je obveznostna razmerja med strankami, ki jih v pretežni meri ustvarjajo s pravnimi posli, lahko pa nastanejo tudi neposredno na podlagi predpisa ali iz obveznosti do povračila škode, ki je storjena z določenim protipravnim dejanjem (odškodninska odgovornost).³

Med različnimi tipi pogodb, ki jih OZ ureja, so tudi pogodbe, ki v skladu s svojo temeljno pravno naravo spadajo med pravne posle *inter vivos*, vendarle pa imajo tudi posamične dednopravne elemente oziroma na dedovanje bolj ali manj vplivajo. To sta pogodbi, ki sta bili do sprejema OZ urejeni v Zakonu o dedovanju⁴ (v nadaljevanju ZD): pogodba o izročitvi in razdelitvi premoženja za življenja ter pogodba o dosmrtnem preživljanju.⁵ Prvoomenjena, t. i. izročilna pogodba, ima relativno pomembne dednopravne posledice, med-

¹ M. Juhart, D. Možina, B. Novak, A. Polajnar Pavčnik, V. Žnidaršič Skubic, nav. delo, str. 30.

² Ur. l. RS, št. 97/07 – UPB1, 30/10 Odl. US: U-I-207/08-10, Up-2168/08-12.

³ Glej N. Plavšak, M. Juhart, R. Vrenčur, nav. delo, str. 465–473.

⁴ Ur. l. SRS, št. 15/76, 23/78, Ur. l. RS, št. 17/91-I – ZUDE, 13/94 – ZN, 40/94 Odl. US: U-I-3/93-17, 82/94 – ZN-B, 117/00 Odl. US: U-I-330/97-28, 67/01, 83/01 – OZ.

⁵ Natančneje K. Zupančič, nav. delo (2005), str. 98.

tem ko pogodba o dosmrtnem preživljanju⁶ in v OZ na novo urejena pogodba o preužitku⁷ nimata dednopравnih elementov. Kljub temu pa na dedovanje v določenem smislu vendarle, vsaj posredno, vplivata. Ko namreč posameznik, ki je z nekom sklenil veljavno pogodbo o dosmrtnem preživljanju, umre, bo obseg njegove zapuščine manjši, kot bi bil sicer, če takšne pogodbe ne bi sklenil. Premoženje, ki ga je zapustnik namenil preživljavcu kot odplatek za njegovo preživljanje, je sicer formalno v trenutku njegove smrti še njegovo, vendar pa ne tvori njegove zapuščine in tako ni namenjeno dedovanju. Na temelju obligacijske pogodbe ob izpolnitvi roka, to je v trenutku zapustnikove smrti, preide na osebo, ki je zapustnika preživljala. Če je pogodba o dosmrtnem preživljanju veljavna, se zapustnikov dedič ne more sklicevati na pravico do nujnega deleža, saj ne gre za neodplačni, ampak odplačni pravni posel zapustnika. To pomeni, da pogodbeno premoženje ne tvori obračunske vrednosti zapuščine, da se ne vrača, če bi prišlo do prikrajšanja nujnega deleža, in da se preživljavcu, če je ta hkrati tudi zakoniti dedič preživljanca, ne vračunava v njegov dedni delež.

V prispevku se bom omejila na obravnavo pogodbe o izročitvi in razdelitvi premoženja (izročilne pogodbe). Želim prikazati nekaj njenih temeljnih značilnosti in opozoriti na posamezne dileme, ki se pojavljajo v sodni (in siceršnji pravni) praksi, bodisi pri njenem sklepanju ali tudi kasneje, pri njeni pravilni interpretaciji oziroma razumevanju v postopkih pred sodišči. Menim namreč, da je za doseg pravnih in konsistentnih rešitev na tem področju odločilno dobro poznavanje ne le obligacijskega, ampak tudi dednega prava. Kot bom prikazala v nadaljevanju, se tu odprta vprašanja dostikrat zgostijo okoli temeljne dileme: kako široko lahko razlagamo oziroma apliciramo temeljni načeli obligacijskega prava, to je dispozitivnost pravnih norm in avtonomijo volje pogodbenih strank, ko ob uporabi slednjih trčimo s kogentnimi normami dednega prava. Obe pravni področji se namreč v izročilni pogodbi izmenjujeta in se medsebojno prepletata. Kolikšen je vpliv enega oziroma drugega področja ali kdaj prevladajo pravila (načela) enega oziroma drugega, je včasih odločilno vprašanje. Če bomo našli primeren odgovor, nam bo to v praksi v veliki meri pomagalo pri reševanju številnih odprtih vprašanj. Vpogled v obseg in vsebino prepletenosti dveh pravnih področij pri razmeroma pomembnem instrumentu urejanja premoženjskih razmerij med posamezniki tako za življenje kot za primer smrti⁸ je bil eden temeljnih motivov oziroma namenov,

⁶ Glej 557.–563. člen OZ.

⁷ Glej 564.–567. člen OZ.

⁸ Statistični podatki kažejo, da je v letu 2011 v Sloveniji umrlo 18.699 oseb. V istem letu je bilo sklenjenih 1997 izročilnih pogodb. Na ta način bi lahko prišli do sklepa, da je delež oseb, ki na letni ravni v Sloveniji vnaprej uredijo vprašanja dedovanja s pomočjo izročilne

ki so me vzpodbudili, da sem se lotila študija, kot se je izkazalo, zelo zanimive civilnopravne tematike.

2. POGODBA O IZROČITVI IN RAZDELITVI PREMOŽENJA ZA ŽIVLJENJA (IZROČILNA POGODBA)

2.1. Pojem

Z izročilno pogodbo se izročitelj zaveže, da bo izročil in razdelil svoje premoženje svojim potomcem, posvojencem in njihovim potomcem. Gre za pravni posel, s katerim izročitelj v soglasju z dediči prvega dednega reda v breme svojega premoženja enega ali več sopogodbениkov neodplačno obogati.⁹ V temelju je izročilna pogodba neodplačna pogodba, torej jo lahko pojmujeemo kot neke vrste darilo. Z izročilno pogodbo želi izročitelj vnaprej urediti dednopravna vprašanja s svojimi najbližjimi sorodniki, to je potomci oziroma zakoncem, torej z dediči prvega dednega reda. Vendarle pa je lahko vsebina izročilne pogodbe tudi v tem, da si izročitelj ob izročitvi pridrži (zase, za zakonca ali za koga tretjega¹⁰) določene pravice: užitek, dosmrtno rento v naravi ali denarju, dosmrtno preživljanje ali kaj drugega, po pomenu podobnega. V tem primeru v delu odplačnega pravnega posla govorimo o dvostransko zavezujočem pravnem poslu, zato tu veljajo pravila za dvostranske, odplačne pogodbe. To pa pomeni, da v tem delu odpade avtomatska konverzija v darilo, če se kateri od sopogodbениkov s takšno pogodbo ne bi strinjal. Druga, za dedno pravo relevantna okoliščina pa je dejstvo, da premoženje, ki ga je izročitelj izročil na podlagi izročilne pogodbe, po njegovi smrti ne spada v njegovo zapuščino in se ne upošteva pri ugotavljanju in računanju vrednosti zapuščine. Dednopravna posledica je tudi v tem, da za osebe, ki jim je bilo premoženje izročeno in razdeljeno, to pomeni vnaprejšnje dedovanje, to je dedovanje pred smrtjo zapustnika. Tako po izročiteljevi smrti nimajo nikakršnih dednopravnih zahtevkov glede premoženja, ki jim je bilo izročeno. Osebe, ki so bile deležne izročitve in razdelitve premoženja, po izročiteljevi smrti ne odgovarjajo za njegove dolgove, razen če je bilo izrecno dogovorjeno drugače. Omenjene osebe tudi jamčijo druga drugi za pravne napake in skrite stvarne napake stvari ter za

pogodbe, razmeroma visok, saj presega 10 odstotkov. Glej <www.stat.si/novica_prikazi.aspx?id=4815> (26. 3. 2013) ter Predlog zakona o spremembah in dopolnitvah Zakona o dedovanju, <http://www.mpju.gov.si/fileadmin/u.gov.si/pageuploads/mp.gov.si/PDF/zakonodaja/121127_Predlog_ZN_medresorsko.pdf> (26. 3. 2013).

⁹ N. Plavšak, M. Juhart, B. Podgoršek, V. Kranjc, S. Ilovar Gradišar, B. Zabel, D. Možina, nav. delo, str. 506.

¹⁰ Morda prav zato, da bo ta oseba izrazila potrebno soglasje k takšni pogodbi in povzročila njeno veljavnost.

obstoj in izterljivost terjatev, ki so jih dobile z izročitvijo in razdelitvijo.¹¹ Izročilna pogodba mora biti sklenjena v obliki notarskega zapisa.¹²

2.2. Pogodbene stranke

2.2.1. Zunajzakonski partner, partner iz registrirane istospolne partnerske skupnosti?

Zakon kot (potencialne) pogodbene stranke izročilne pogodbe izrecno navaja potomce, posvojence in njihove potomce ter zakonca. V sodni praksi ni dvoma, da je zaradi izenačitve z zakoncem glede pravic na dednopravnem področju stranka lahko tudi zunajzakonski partner.¹³ V skladu s predstavljenim pojmovanjem bi ob enakem razlogovanju ob upoštevanju Zakona o registraciji istospolne partnerske skupnosti¹⁴ (v nadaljevanju ZRIPS) in odločbe Ustavnega sodišča U-I-425/06 z dne 2. julija 2009¹⁵ podobno lahko ugotovili tudi za istospolnega partnerja iz registrirane istospolne partnerske skupnosti. Vendar pa teorija na tem mestu opozarja, da takšnemu stališču ne moremo pritrditi brez vsakršnega dvoma.

Nakazana rešitev sodne prakse je sicer vsebinsko pravilna oziroma sprejemljiva in se je zanjo treba *de lege ferenda* tudi zavzeti, vendarle pa zakonodajalec ob sprejemanju OZ (ali kadarkoli kasneje, z njegovo potencialno dopolnitvijo na tem mestu) ni pokazal, da bi v resnici želel, da je z zakoncem izenačen tudi zunajzakonski partner ali partner iz registrirane partnerske skupnosti. Ker ta dva torej v OZ nista izrecno določena kot možna sopogodbenika izročitelja, to tudi ne moreta biti. Izenačenje zunajzakonskih partnerjev in partnerjev iz istospolne partnerske skupnosti v pravicah iz zakonitega dedovanja s temi, ki pripadajo zakoncema, namreč še ne pomeni izenačitve glede pravic pri sklepanju (obligacijske) izročilne pogodbe. Slovensko družinsko pravo namreč za zunajzakonsko skupnost¹⁶ izrecno določa, da ima za zunajzakonska partnerja

¹¹ Tako jamčijo tudi sodediči po delitvi dediščine (149. člen ZD). Glej K. Zupančič, V. Žnidaršič Skubic, nav. delo, str. 192–193.

¹² Glej drugi odstavek 547. člena OZ.

¹³ Glej N. Plavšak, M. Juhart, B. Podgoršek, V. Kranjc, S. Ilovar Gradišar, B. Zabel, D. Možina, nav. delo, str. 508–509.

¹⁴ Ur. l. RS, št. 65/05, 55/09 Odl. US: U-I-425/06-10.

¹⁵ Ur. l. RS, št. 55/09, in Odl. US XVIII, 29.

¹⁶ Zunajzakonska skupnost je dalj časa trajajoča življenjska skupnost moškega in ženske, ki nista sklenila zakonske zveze, pri čemer ne smejo biti podane okoliščine, zaradi katerih bi bila morebitna zakonska zveza med partnerjema neveljavna. Glej K. Zupančič, nav. delo (1999), str. 97–104; tudi K. Zupančič, B. Novak, V. Žnidaršič Skubic, M. Končina Peternel, nav. delo, str. 22–23.

na področju družinskega prava enake pravne posledice, kot če bi sklenila zakonsko zvezo. Na drugih pravnih področjih pa ima takšna skupnost pravne posledice le, če jih (področni) zakon (izrecno) določi (prvi odstavek 12. člena Zakona o zakonski zvezi in družinskih razmerjih,¹⁷ v nadaljevanju ZZZDR). Tega pa OZ ni storil. Podobno velja za partnerje iz registrirane istospolne partnerske skupnosti, saj tega vprašanja ne urejata ne ZRIPS ne OZ.¹⁸

2.2.2. Potomec (dedič *in concreto*, dedič *in abstracto*?)

Drugo vprašanje glede pogodbenih strank izročilne pogodbe je, ali je lahko sopogodbenik izročitelja zgolj njegov potomec, ki je dedič *in concreto* v trenutku sklepanja pogodbe, ali je lahko to tudi potomec, ki je dedič *in abstracto*. Konkretno to pomeni, da se sprašujemo, ali je lahko sopogodbenik izročitelja na primer njegov vnuk, čeprav je izročiteljev sin (prevzemnikov oče) še živ. Stališči sodne prakse in pravne teorije najdemo tu spet na različnih bregovih.

Teorija zagovarja stališče, da je pomembno, da se zavedamo, da se s takšno pogodbo vnaprej uredijo premoženjska razmerja, ki bi se sicer urejala po prednikovi smrti, in sicer s tistimi osebami, ki bi dedovale po predniku, če pogodbe ne bi bilo. Iz opisane narave pogodbe naj bi torej izhajalo, da so prednikovi sopogodbeniki lahko samo tisti zakoniti dediči, ki bi bili v konkretnem primeru poklicani k dedovanju po predniku, to je dediči *in concreto*.¹⁹

V skladu s prepričanjem sodne prakse pa je lahko stranka izročilne pogodbe tudi potomec, ki v konkretnem primeru po predniku ne bi dedoval. Omejitev na dediče prvega dednega reda, ki bi v konkretnem primeru dedovali, po mnenju sodne prakse velja le za podajanje soglasja potomcev k izročilni pogodbi. Ti morajo soglasje izraziti predvsem zato, ker izroččenega premoženja ne bodo dedovali. Njihov pravni položaj je varovan tako, da če se z izročitvijo ne strinjajo, se bo dediču izročeno premoženje štelo za darilo, in sicer ne glede na to, ali bi prevzemnik po ZD prišel v poštev kot dedič ali ne (četudi je zgolj dedič *in abstracto*).²⁰ Sodna praksa pri tem torej zagovarja stališče, da nastalega položaja ne gre obravnavati tako, kot da je bilo darilo dano tretji osebi, ampak zakonitemu dediču. Od opredelitve slednjega je namreč odvisno, v kolikšnem času se lahko, kadar gre za prikrajšanje nujnega dediča, zahteva vračanje darila. Za zakonite dediče ZD določa dolžnost vračanja ne glede na to, kdaj je bilo

¹⁷ Ur. l. RS, št. 69/04 – UPB1, 101/07 Odl. US: U-I-328/05-12, 122/07 Odl. US: U-I-11/07-45, 90/11 Odl. US: U-I-85/10-10, 84/12 Odl. US: U-I-30/12-12.

¹⁸ Glej tudi K. Zupančič, V. Žnidaršič Skubic, nav. delo, str. 194, op. 465.

¹⁹ Glej K. Zupančič, V. Žnidaršič Skubic, nav. delo, str. 192–193. N. Gavella, V. Belaj, nav. delo, str. 427.

²⁰ Glej na primer sklep II Ips 436/2004, z dne 24. junija 2005.

darilo dano, za tretje osebe pa le v primeru, ko je bilo darilo dano v zadnjem letu pred zapustnikovo smrtjo. Sodna praksa je torej sprejela stališče, da gre šteti, da je bilo darilo, ki je bilo dano na primer vnuku, četudi je sin (vnukov oče) še živ, dano zakonitemu dediču. Zato bo sin v takšnem primeru po očetovi smrti lahko uveljavil svojo pravico do nujnega deleža (če bo v slednjem prikrajšan) ne glede na to, kdaj je bila sklenjena izročilna pogodba oziroma je bilo darilo dano.²¹

Predstavljeno stališče kaže na pristop, da naj bi bil položaj vnuka kot izročiteljevega potomca urejen drugače, kot v zvezi z ugotavljanjem vrednosti zapuščine določa tretji odstavek 28. člena ZD. V skladu s slednjim se namreč obračunska vrednost zapuščine izračuna med drugim tako, da se ji doda vrednost daril, ki jih je zapustnik na kakršenkoli način dal tistemu, ki bi po zakonitem dedovanju prišel v poštev kot dedič (to je dedič *in concreto*), če ne bi bilo oporoke.²²

V prid stališča, ki ga zagovarja sodna praksa, nedvomno govori načelna pogodbeno svoboda posameznikov oziroma dispozitivna narava določb obligacijskega prava, vendar pa menim, da so tudi argumenti, ki jih na tem mestu predstavlja teorija, povsem na mestu. Izhajajo namreč iz posamičnih dogmatskih dednopravnih spoznanj oziroma iz veljavne slovenske dednopravne ureditve, ki je ne bi smeli kar tako prezreti oziroma preskočiti. Čeprav na prvi pogled morda res ni popolnoma jasno, zakaj bi zavzemali strožje, na neki način omejujoče oziroma rigidnejše stališče ter tako prepovedovali sklepanje izročilnih pogodb med dediči prvega dednega reda *in abstracto*, se takšna rešitev vendarle lahko izkaže za pravilno, če jo osvetlimo z nekoliko širše, civilnopravne (obligacijske in dednopravne) perspektive. Določena nekonsistentnost jurisprudenčnega pristopa se namreč pokaže, če bi v času, ko je oče še živ, njegov oče (ded) z njegovim sinom (vnukom) sklenil darilno pogodbo. V tem primeru bi veljalo, da vnuk ni darovalčev zakoniti dedič, ker je oče še živ. V skladu s pravili dednega prava, ki jih je pri tem treba uporabiti (28. člen ZD), bi se vnuku dano darilo tako obravnavalo kot darilo, dano tretji osebi. To pa pomeni, da bi bilo lahko upoštevano (bi se vštelo v obračunsko vrednost zapuščine, na podlagi katere se izračunava (prikrajšani) nujni delež) le, če bi bilo dano v zadnjem letu pred smrtjo zapustnika. V nasprotnem primeru ne bi bilo tako. Jasno je torej, da se bodo pogodbene stranke v tovrstnih primerih

²¹ Prav tam.

²² Obračunska vrednost zapuščine je vrednost, ki jo dobimo tako, da vrednosti čiste zapuščine dodamo vrednost določenih daril, ki jih je zapustnik naklonil za življenja. Gre za darila, ki jih je zapustnik kadarkoli naklonil osebam, ki bi pri zakonitem dedovanju prišle v poštev kot dediči. Prišteva se tudi vrednost daril, ki jih je zapustnik v zadnjem letu svojega življenja naklonil drugim osebam, razen če gre za običajna, manjša darila. Vrednost določenih daril se v skladu z zakonom ne upošteva (t. i. privilegirana darila). Natančneje K. Zupančič, V. Žnidaršič Skubic, nav. delo, str. 98–100.

raje kot izročilne pogodbe posluževale darilnih pogodb in tako vsaj nekoliko, v vsebinskem smislu, izigrale intencijo, ki jo zagovarja sodna praksa v okviru sprejete interpretacije pri izročilni pogodbi.

Poleg navedenega velja opozoriti tudi na nadaljnjo pravno posledico, do katere pripelje rešitev, ki jo zagovarja sodna praksa. V primeru, da ob smrti izročitelja vnuk ni njegov dedič, ampak je to le sin, vnuk ne bo mogel zahtevati vračunanja morebitnih daril in volil v dedni delež svojega očeta. To lahko namreč zahtevajo le sodediči.²³

2.3. Soglasje potomcev in zakonca

2.3.1. Podajanje soglasja

Za veljavno sklenitev izročilne pogodbe je treba pridobiti soglasje potomcev, ki bi bili izročiteljevi zakoniti dediči, če bi bilo zakonito dedovanje uvedeno ob sklenitvi izročilne pogodbe (njegovi dediči *in concreto*). To so tudi njegovi nujni dediči. Njihovo soglasje potrebujemo zato, ker izročeno premoženje ne bo spadalo v zapuščino in ga zato po izročiteljevi smrti ne bodo mogli dedovati.

Za veljavnost izročilne pogodbe ni nujno, da je v njej upoštevan izročiteljev zakonec. Če je upoštevan, se to lahko zgodi na dva načina: lahko sodeluje pri sklenitvi pogodbe kot oseba, ki se s slednjo strinja in ne dobi premoženja, lahko pa tudi dobi del izročiteljevega premoženja.²⁴ V obeh primerih, ko nastopa kot stranka pogodbe, mora podati soglasje.

Najpomembnejša pravna posledica soglasja, ki ga dajo zakonec in tudi potomci, je, da kasneje, po izročiteljevi smrti, ne morejo zahtevati nujnega deleža.²⁵

2.3.2. Izostanek soglasja

Pravne posledice v primeru, da soglasje ni bilo podano, se razlikujejo glede na okoliščino, kdo je subjekt, ki soglasja ni podal. V primeru, da soglasja ni podal potomec, po mnenju nekaterih avtorjev izročilna pogodba absolutno konvertira v darilno pogodbo. Govorijo o t. i. zakonski konverziji na podlagi 550. člena OZ.²⁶ To pomeni, da pravni posel, če je bil izvršen (izročitelj je, kljub neveljavnosti zavezovalnega pravnega posla, premoženje sopogodbniku

²³ Natančneje glej K. Zupančič, V. Žnidaršič Skubic, nav. delo, str. 107–112.

²⁴ N. Plavšak, M. Juhart, B. Podgoršek, V. Kranjc, S. Ilovar Gradišar, B. Zabel, D. Možina, nav. delo, str. 528.

²⁵ O nujnem deležu več K. Zupančič, nav. delo (2005), str. 55–56, in K. Zupančič, nav. delo (2003), str. 19–22.

²⁶ N. Plavšak, M. Juhart, B. Podgoršek, V. Kranjc, S. Ilovar Gradišar, B. Zabel, D. Možina, nav. delo, str. 512.

izročil oziroma opravil razpolagalni pravni posel), velja proti vsem dedičem (tudi proti strankam, ki so ga sklenile oziroma so z njim soglašale) za darilno pogodbo. Izročilna pogodba je namreč neveljavna, to je nična. To pomeni, da lahko potomec, ki je dal soglasje k izročilni pogodbi, kot tudi vsi ostali, ki ga niso dali, po izročiteljevi smrti uveljavljajo svoje pravice, kot da gre za darilno, in ne za izročilno pogodbo.

Drugače je po mnenju istih avtorjev v primeru, ko soglasja ni dal zakonec.²⁷ Takrat izročilna pogodba le relativno konvertira v darilno pogodbo. To pomeni, da je samo zakonec tisti, kateremu pripadajo pravice, ki izhajajo iz dejstva, da se izročilna pogodba šteje za darilno pogodbo. To pomeni, da ima le on pravico do nujnega deleža, nimajo pa teh pravic potomci, ki so se z izročilno pogodbo strinjali. Zakonec lahko zahteva upoštevanje danih daril, kadar gre za dediče zapustnika *in concreto*, ne glede na to, kdaj so bila dana. Kadar gre za darila drugim osebam, pa le, če so bila dana v zadnjem letu pred smrtjo. Takšen je primer darila, ki je bilo dano vnuku ob še živečem otroku (roditelju konkretnega vnuka). Zakonec lahko, ker je sodedič, zahteva morebitno vračunanje daril in volil v dedne deleže zapustnikovih potomcev.

Stališče sodne prakse je nekoliko drugačno. V primeru, ko soglasja k izročilni pogodbi ni podal kateri od zapustnikovih potomcev, izročilna pogodba v skladu z njihovim mnenjem velja, nima pa dednopravnega učinka.²⁸ To pomeni, da ne velja v razmerju do dediča, ki ni dal soglasja, zato izročeno premoženje v razmerju do njega dobi status darila. To pa ne velja v razmerju do sodedičev, ki so soglasje podali. Opozarja se namreč, da OZ na tem mestu ne govori o ničnosti, niti njegove zakonske določbe o pravnem položaju v primeru, kadar izročiteljevi potomci ne dajo soglasja k izročitvi in razdelitvi premoženja, ne utemeljujejo odločitve o obstoju ničnosti. Predstavljeno stališče potrjuje tudi odločba Vrhovnega sodišča Republike Slovenije iz leta 2010, ko navaja, da premoženje, ki je predmet izročilne pogodbe, ne spada v zapuščino prednika, pa čeprav se kateri od dedičev z izročitvijo ni strinjal.²⁹ Šele če dedič v takšnem primeru uveljavlja pravico do nujnega deleža, zapuščine pa ni ali je premajhna za njegovo pokritje, se izročeno premoženje šteje za darilo. Sodišče mora v takšnem primeru dediča napotiti na pravdo z zahtevkom za vrnitev dela darila v zapuščino. V zapuščino se potem darilo vrne le v obsegu, v katerem je bil nujni delež prikrajšan. To pomeni, da enako kot pri pravici izpodbijanja dolžnikovih pravnih dejanj (*Actio Pauliana*)³⁰ tudi tu izpodbojna tožba zaradi prikraj-

²⁷ Prav tam, str. 528–529.

²⁸ Sklep II Ips 436/2004, z dne 24. junija 2005.

²⁹ Sodba II Ips 853/2008, z dne 16. septembra 2010.

³⁰ Glej 255.–260. člen OZ.

šanja nujnega deleža ne povzroči absolutne, retroaktivne razveljavitve izročilne pogodbe, ampak ima le relativne učinke. To pomeni, da pravno dejanje izgubi učinek le proti nujnemu dediču in le v tolikšnem obsegu, kot je treba za dopolnitev nujnega deleža. Zunaj teh okvirov pa izročilna pogodba ostane v veljavi.

Menim, da je naziranje oziroma pravna interpretacija sodne prakse pravilnejša in bolj argumentirana. Je tudi bistveno bolj v skladu s temeljnimi načeli obligacijskega prava kot prvo predstavljeno stališče. Med temi načeli velja izpostaviti predvsem načelo spoštovanja prevzetih pogodbenih obveznosti oziroma načelo *pacta sunt servanda* (9. člen OZ), načelo vestnosti in poštenja (5. člen OZ), načelo prepovedi zlorabe pravic (7. člen OZ) ter načelo afirmacije pogodb.³¹

2.3.3. Razveljavitev danega soglasja

Sodna praksa se je ukvarjala tudi z vprašanjem razveljavitve že danega soglasja potomca k izročilni pogodbi. Ugotovila je, da za veljavnost takšnega ravnanja ne zadošča zgolj sporazum med izročiteljem in potomcem, ki je poprej soglasje dal. Sodelovati mora tudi potomec, ki mu je bilo premoženje izročeno, saj je soglasje potomca pomembno vplivalo na njegov pravni položaj. Z razveljavitvijo slednjega pa se bo njegov pravni položaj bistveno poslabšal.³²

2.3.4. Mladoletni potomci – pogodbeniki

Mladoletni potomci izročitelja ne morejo samostojno sklepati izročilne pogodbe, ampak jih morajo zastopati starši oziroma jim Center za socialno delo (v nadaljevanju CSD) postavi skrbnika za poseben primer. Starši oziroma skrbnik pa morajo za sklenitev tako pomembne pogodbe pridobiti soglasje CSD. To velja tako v primeru, da mladoletniki nastopajo kot prevzemniki premoženja, kot tedaj, ko izražajo soglasje k izročilni pogodbi. Posledice tovrstne pogodbe so za mladoletnika v vsakem primeru pomembne oziroma daljnosežne.

2.3.5. Tretje osebe – pogodbene stranke?

V notarski praksi se je postavilo vprašanje, ali je lahko sopogodbenik pri izročilni pogodbi tudi posameznik, ki ni dedič prvega dednega reda *in concreto*, prav tako pa tudi ne dedič *in abstracto*, ampak nekdo tretji, na primer zet, ki bi želel biti prevzemnik skupaj z izročiteljevo hčerko.

Menim, da ob pravilni razlagi veljavne ureditve izročilne pogodbe tako široke interpretacije ne moremo sprejeti. Tudi sicer je v teoriji takšno stališče široko

³¹ O načelih natančneje N. Plavšak, M. Juhart, R. Vrenčur, nav. delo, str. 121–156.

³² Sodba II Ips 217/2008, z dne 18. novembra 2010.

sprejeto.³³ To pomeni, da so pogodbene stranke izročilne pogodbe lahko samo osebe, ki so v zakonu izrecno navedene. Krog sopogodbenikov je omejen na tak način, da z drugimi osebami pogodbe ni dovoljeno skleniti. V primeru, da bi takšno pogodbo vendarle sklenili, bi šlo v delu pogodbe, ki bi se nanašala na tretjo osebo (na primer v razmerju do zeta), lahko za darilno pogodbo (če je pogodba neodplačne narave) ali za pogodbo o preužitku (če je pogodba odplačne narave).

Potencialna rešitev, ki bi lahko pripeljala do podobnega pravnega učinka, kot je sklenitev izročilne pogodbe v prej navedenem smislu, za katerega smo ugotovili, da je nedopusten, bi bila lahko taka: izročitelj bi lahko sklenil izročilno pogodbo s hčerko kot prevzemnico, ta pa bi nato z darilno pogodbo prenesla polovico lastninske pravice na pridobljeni nepremičnini na svojega moža. Treba pa je opozoriti, da tovrstna rešitev ne prinaša povsem istovrstnih pravnih posledic oziroma ima nekaj pomanjkljivosti. Na ta način namreč zet ne bi bil neposredno zavezan izročitelju. Izjema bi bil primer, ko bi se to posredno vendarle zgodilo, ker bi se na primer užitek na podlagi zemljiškoknjižnega dovolila hčerke vpisal na nepremičnino oz. bi bil na nepremičnini vpisan preužitek kot stvarno (realno) breme. Pomanjkljivost je lahko tudi v tem, da bi hčerka (žena) lahko v primeru razveze zakonske zveze od moža (zeta) zahtevala vračilo darila, ki bi bilo večje vrednosti. Vprašanje je torej, ali bi bila opisana rešitev ob danih omejitvah za stranke še sprejemljiva.

Nadaljnji problem, ki se hipotetično lahko pojavi, je primer, ko bi v opisanem primeru drugi potomci podali izjavo, da soglašajo z načinom razdelitve premoženja, kot je zapisana v takšni pogodbi. Vprašanje torej je, ali bi jih v takšnem primeru njihova izjava zavezovala v smislu dednopravnih posledic izročilne pogodbe le v razmerju do sodedinje, se pravi hčerke, kot potomke izročitelja ali tudi v razmerju do njenega moža (izročiteljevega zeta). Sprašujemo se lahko torej tudi drugače oziroma bolj splošno: na primer, kakšne so pravne posledice, če zakoniti dediči preživljanca, ko sodelujejo pri sklepanju darilne ali pogodbe o preužitku, izjavijo, da se z vsebino pogodbe strinjajo in da iz premoženja, ki je predmet pogodbe, po smrti preživljanca ne bodo zahtevali ničesar, prav tako ne bodo zahtevali nujnega dednega deleža ali njegove dopolnitve iz izročene premoženja.

V obravnavanih primerih bi lahko govorili o neke vrste vnaprejšnji odpovedi dedovanja, pri čemer gre dejansko za odpoved (pod pogojem, da je pogodba o dosmrtnem preživljanju ali pogodba o preužitku veljavna) uveljavljanju nujnega deleža glede prav specifičnega premoženja – se pravi glede tistega, ki je predmet konkretne pogodbe (pogodbe o preužitku ali pogodbe o dosmrtnem

³³ Glej N. Gavella, V. Belaj, nav. delo, str. 427.

preživljanju), oziroma natančneje, glede določenega dela tistega premoženja (glede tistega, glede katerega bi eventualno bila ugotovljena neodplačnost). Gre za premoženje, ki obstaja v trenutku sklepanja pogodbe, in ne za tisto, ki ga bo zapustnik imel v trenutku smrti. V sporazumu s prednikom se na ta način dedič odpove le določenemu delu, in ne celotni dediščini po zapustniku. Vrednost tega premoženja oziroma njen obseg sta odpovedujočemu se dediču torej znana (ali vsaj približno znana) in v tem smislu ne gre za aleatorno oziroma tvegano zavezo, kot velja v primeru klasične odpovedi neuvedenemu dedovanju po predniku v smislu 137. člena ZD. Kljub temu pa gre za odpoved nečemu, kar bi dediču pripadlo šele ob smrti zapustnika, to je pravici do nujnega deleža, zato ta odpoved nima le obligacijskopравnih, ampak tudi dednopravnih elemente.

Glede na izražena stališča v teoriji, ki se le bolj ali manj posredno dotikajo tega vprašanja, bi odgovor na zastavljeno vprašanje moral biti negativen. Ni namreč dopustna delna (ali pa pogojna) odpoved neuvedenemu dedovanju. Na tem mestu namreč teorija uporablja analogijo z odpovedjo dediščini, za katero se tovrstna zahteva v ZD izrecno pojavlja (prvi odstavek 136. člena ZD).³⁴ Kljub navedenemu pa menim, da bi lahko na podlagi določenega logičnega premisleka prišli tudi do drugačnega sklepa. Ob uporabi sklepanja po načelu *a maiori ad minus* bi lahko zaključili, da če je dovoljeno, da se (v skladu s 137. členom ZD) potomec v sporazumu s prednikom odpove (celotni) dediščini, ki bi mu šla po njegovi smrti, katere obseg mu v trenutku odpovedi ni znan, potem bi lahko še toliko bolj veljalo, da se lahko, prav tako v sporazumu s prednikom (ob spoštovanju vseh zahtev za veljavnost sklepanja sporazuma o odpovedi neuvedenemu dedovanju), dedič vnaprej odpove tudi nujnemu deležu glede znanega (obsega) premoženja. To pa bi lahko veljalo le za potomce zapustnika (ne glede na stopnjo), ne pa tudi za zakonca ali zunajzakonskega partnerja oziroma partnerja iz registrirane istospolne partnerske skupnosti, saj ti tudi niso upravičeni skleniti pogodbe o odpovedi neuvedenemu dedovanju po 137. členu ZD.³⁵

2.3.6. Naknadni pristop k izročilni pogodbi

Za veljavnost izročilne pogodbe se ne zahteva, da so v trenutku sklepanja navzoči vsi izročiteljevi potomci in zakonec, ker bo pogodba med njimi veljavna tudi, če k njej naknadno pristopijo tisti, ki sprva niso sodelovali ali ki se s pogodbo niso strinjali, pa so si kasneje premislili. To pomeni, da se pogodba

³⁴ Natančneje glej K. Zupančič, V. Žnidaršič Skubic, nav. delo, str. 186–187.

³⁵ Takšna ureditev je predmet številnih kritik in jo bo treba *de lege ferenda* spremeniti. Glej V. Žnidaršič Skubic, nav. delo (2005), str. 376–377.

lahko zapiše v obliki notarskega zapisa in da se lahko opravijo vsa potrebna dejanja tudi v primeru, ko v trenutku sklepanja niso navzoči vsi subjekti, za katere zakon to zahteva. Do trenutka, ko bodo svoje soglasje podali, veljajo namreč pravne posledice kot v primeru sklenitve darilne pogodbe.

Podobno je tudi v primerih, ko se izročitelju (po sklenitvi izročilne pogodbe) rodi nov otrok ali se morebiti pojavi ta, ki je bil razglašen za mrtvega. Tudi ta dva lahko podata soglasje k izročilni pogodbi naknadno. Pomembno pa je, da se omenjeni potomci pojavijo pred izročiteljevo smrtjo in da so tudi dedno sposobni (da so lahko dediči *in concreto*).

Če kateri od potomcev umre pred izročiteljem, pa je z izročilno pogodbo soglašal, je izročilna pogodba veljavna, kar pomeni, da ni treba iskati soglasja njegovih dedičev. Drugače je, če je potomec umrl pred sklenitvijo izročilne pogodbe. V tem primeru je potrebno soglasje njegovih potomcev, saj bi bili v prvem dednem redu poklicani k dedovanju po izročitelju (so dediči *in concreto*, dedujejo na podlagi vstopne pravice).

V primeru, da izročiteljev otrok ni podal soglasja k izročilni pogodbi in je bil takrat živ, vendar je nato umrl pred izročiteljem, imajo njegovi otroci in tudi morebitni preostali nujni dediči v primeru prikrajšanja nujnega deleža pravico zahtevati vrnitev izročene premoženja kot daril.

V nekaterih primerih naknadno soglasje dediča ni potrebno. Gre za primere, ko potomec, ki se ni strinjal z izročitvijo, umre pred izročiteljem, ne da bi zapustil svoje potomce, če se odpove dediščini, je razdedinjen ali je dedno nevreden (četrti odstavek 547. člena OZ). V takšnem primeru ostaneta izročitev in razdelitev premoženja veljavni.³⁶

2.4. Razveza izročilne pogodbe

OZ določa dva razloga za preklic izročilne pogodbe oziroma za odstop od izročilne pogodbe, ki povzroči razvezo pogodbe: prvi je huda nehvaležnost, drugi pa neizpolnjevanje prevzetih obveznosti. Sodna praksa analogno uporablja tudi določbe OZ o spremenjenih razmerah kot enim od razlogov za razvezo pogodbe, kar je izrecno urejeno le za pogodbo o dosmrtnem preživljanju.

2.4.1. Huda nehvaležnost

Zaradi hude nehvaležnosti lahko izročitelj z enostransko izjavo volje razveže izročilno pogodbo z nehvaležnim prejemnikom.³⁷ O hudi nehvaležnosti govo-

³⁶ Glej četrti odstavek 547. člena OZ.

³⁷ V praksi pa bo praviloma treba doseči razvezo pred sodiščem. Glej N. Plavšak, M. Juhart, B. Podgoršek, V. Kranjc, S. Ilovár Gradišar, B. Zabel, D. Možina, nav. delo, str. 533.

rimo tedaj, ko je ravnanje bodisi do izročitelja bodisi do njegovega bližnjega (to je kogarkoli, na katerega je ta emocionalno navezan) takšno, da bi bilo po temeljnih moralnih pravilih nepravilno, da bi prejeto darilo obdržal. Gre za neizkazovanje ustrezne hvaležnosti, ki bi jo v nekem okolju oziroma v posamični družbi od prejemnika določene neodplačne naklonitve pričakovali oziroma je v nekem okolju običajna in jo posamezniki načeloma spoštujejo.

Teorija zagovarja stališče, da zaradi specifične formulacije ni treba, da bi šlo zgolj za katerega od razlogov, ki veljajo po ZD za razdedinjenje: na primer, da se dedič s kršitvijo kakšne zakonite ali moralne dolžnosti hujše pregreši nad zapustnikom ali da naklepoma stori hujše kaznivo dejanje zoper zapustnika ali njegove bližnje.³⁸ Prav tako naj ne bi šlo nujno za katerega od razlogov za dedno nevrednost: na primer, da je dedič naklepno vzel ali poskusil vzeti življenje zapustniku ali da se je hujše pregrešil zoper dolžnost preživljati zapustnika, ki ga je bil po zakonu dolžan preživljati, oziroma zapustniku ni hotel dati potrebne pomoči.³⁹ Po mnenju teorije lahko klavzulo o nehvaležnosti razlagamo rigorozneje: tudi druga, morebiti manj zavržna prejemnikova dejanja ali opustitve so lahko razlog za preklic, kadar bi bilo v nasprotju z občutkom za pravičnost, če bi ta prejeto obdržal.⁴⁰ Upoštevala naj bi se tudi osebna prizadetost izročitelja, čeprav je klavzula oblikovana objektivizirano.⁴¹ Klarić in Vedriš navajata, da je treba upoštevati enake razloge, kot jih upoštevamo pri preklicu darila zaradi nehvaležnosti.⁴²

Sodišča pravni standard hude nehvaležnosti razlagajo nekoliko drugače, saj niso pretirano naklonjena hitremu razvezovanju izročilne pogodbe iz navedenega razloga. Tako po njihovem mnenju na primer ne gre za hudo nehvaležnost v naslednjih primerih: nespoštovanje dogovorov, vlaganje tožb proti izročitelju, drobne žalitve pri vzajemnem prerekanju, ki ga je izzval izročitelj, neposeganje v prepis in fizični obračun in podobno.⁴³ Sodna praksa se pri presojanju hude nehvaležnosti prav nasprotno od naziranj pravne teorije navezuje prav na določbe o razdedinjenju in dedni nevrednosti, ki zahtevajo določene hujše kršitve nasproti zapustniku.⁴⁴

³⁸ Glej 1. in 2. točko prvega odstavka 42. člena ZD.

³⁹ Glej 1. in 4. točko prvega odstavka 126. člena ZD.

⁴⁰ Glej K. Zupančič, V. Žnidaršič Skubic, nav. delo, str. 194–195.

⁴¹ Glej VS RS II Ips 520/97, z dne 19. novembra 1998, primerjaj z II Ips 778/94, z dne 11. maja 1995, in II Ips 672/94, z dne 22. februarja 1996.

⁴² P. Klarić, M. Vedriš, nav. delo, str. 762.

⁴³ N. Plavšak, M. Juhart, B. Podgoršek, V. Kranjc, S. Ilovar Gradišar, B. Zabel, D. Možina, nav. delo, str. 533.

⁴⁴ Glej na primer sodbo II Ips 195/2006, z dne 9. oktobra 2008.

2.4.2. Neizpolnitev (neizpolnjevanje) prevzetih obveznosti

Zaradi neizpolnjevanja prevzetih obveznosti OZ loči dve vrsti pravnih posledic. Preklic izročilne pogodbe je dopusten v primerih, ko gre za neizpolnitev dolžnosti preživljanja (tudi plačevanja dosmrtne rente, omogočanje užitka ipd.) ali ko prejemnik ni poravnal dolgov, za katere se je zavezal. Glede neizpolnitve vseh preostalih prevzetih obveznosti (manj pomembnih obveznosti z vidika preživljanja izročitelja ali če ni bil izpolnjen le neznatni del obveznosti) izročitelj nima avtomatske pravice do enostranskega odstopa od pogodbe. V takšnih primerih bo sodišče tisto, ki bo ob upoštevanju vseh okoliščin konkretnega primera presodilo, ali ima izročitelj res pravico zahtevati vrnitev danega premoženja ali pa obdrži le pravico zahtevati izpolnitev pogodbe. Sodišča pri presoji pomembnosti prevzemnikovega bremena za izročitelja upoštevajo v prvi vrsti namen sklenjene izročilne pogodbe. Ta je največkrat v želji po vnaprejšnji ureditvi dednopravnih vprašanj z dediči prvega dednega reda in hkrati zagotovitvi izročiteljevega preživljanja. V primeru, da se takšen namen lahko še vedno uresniči, bo sodišče naložilo izpolnitev prevzetih obveznosti, v nasprotnem primeru pa bo prevzemniku naložilo vrnitev prejetega premoženja.⁴⁵

2.4.3. Spremenjene okoliščine

Sodna praksa enotno sprejema stališče, da je izročilno pogodbo mogoče razvezati tudi zaradi spremenjenih okoliščin, pri čemer analogno uporablja določbe OZ, ki veljajo za pogodbo o dosmrtnem preživljanju (562. člen OZ). Razveza pride v poštev šele, ko razmerja med pravnima strankama ni mogoče urediti na drugačen način, ki bi še omogočal uresničenje pogodbenega namena.⁴⁶

2.4.4. Posledice razveze izročilne pogodbe

Ob razvezi izročilne pogodbe ima pridobitelj obveznost, da vrne izročeno premoženje. Po izročiteljevi smrti pa kljub temu lahko zahteva nujni delež, če ni dedno nevreden, razdedinjen ali se dedovanju ni odpovedal. V odnosu do preostalih sopogodbениkov je izročilna pogodba veljavna in zato ne morejo zahtevati nujnih deležev.

V primeru razveze zaradi hude nehvaležnosti, če je prevzemnikov več, lahko izročitelj zahteva vrnitev izročene nazaj le od nehvaležnega prejemnika. V tem primeru izročilna pogodba med preostalimi prevzemniki ostane v veljavi.

⁴⁵ Glej tudi N. Plavšak, M. Juhart, B. Podgoršek, V. Kranjc, S. Ilovar Gradišar, B. Zabel, D. Možina, nav. delo, str. 535–536.

⁴⁶ Sodba II Ips 194/2008, z dne 17. junija 2010.

2.5. Možnost odložitve prenosa premoženja na prevzemnika do izročiteljeve smrti

V praksi se je postavilo vprašanje, ali je z naravo izročilne pogodbe združljiva odložitev prenosa premoženja na prevzemnika do izročiteljeve smrti. Predstavljajmo si konkretni primer, ko na primer oče želi skleniti izročilno pogodbo s hčerko in si v zameno za to izgovori preživljanje do svoje smrti. Hkrati pa pogodbene stranke izrazijo željo, da bi se prenos lastninske pravice na pogodbeni nepremičnini opravil šele po očetovi smrti. S takšno modaliteto pogodbe se strinja tudi druga hčerka, ki je pripravljena podpisati pogodbo tako, da veljajo učinki kot pri (klasični) izročilni pogodbi. To pomeni, da predmetno premoženje ne spada v zapuščino in se tudi ne upošteva pri ugotavljanju njene vrednosti (drugi odstavek 549. člena OZ).

Pri tem se postavlja vprašanje, ali je pri izročilni pogodbi dopustno njeno izpolnitev, to je prenos lastninske pravice, zamakniti v čas po izročiteljevi smrti. Podgoršek navaja, da pri izročilni pogodbi premoženje »lahko« preide na drugo stranko takoj po sklenitvi pogodbe, kar bi morda lahko pomenilo, da je to zgolj ena od modalitet izpolnitve tovrstne pogodbe in da avtor dopušča možnost, da se pri izročilni pogodbi prenos lastninske pravice zgodi tudi po izročiteljevi smrti.⁴⁷ V konkretnem primeru menim, da bi sklenjeno pogodbo glede na pretežnost njenih pravnih elementov in glede na cilj, ki ga zasleduje, lahko obravnavali kot pogodbo o dosmrtnem preživljanju. Tudi Davčna uprava Republike Slovenije takšne pogodbe v praksi že zdaj obravnava kot pogodbe o dosmrtnem preživljanju. To pomeni, da obveznost vložitve davčne napovedi nastopi po smrti, ne že ob sklenitvi pogodbe, kar je nedvomno pravilno ravnanje.⁴⁸

Za dano soglasje sodediča (druge hčerke) pa velja vse tisto, kar sem glede pravnih posledic podajanja njihovega soglasja pri takšnih pogodbah že pojasnila. Ob tovrstni interpretaciji je rešen tudi problem, ki bi se v konkretnem primeru lahko pojavil, če bi prevzemnik umrl pred izročiteljem. Uporabila bi se določba 563. člena OZ, ki natančno ureja pravne posledice: prevzemnikove (preživjalčeve) obveznosti preidejo na njegovega zakonca in na tiste potomce, posvojenca ali njihove potomce, ki so poklicani k dedovanju, če ti v to privolijo.

Drugače bi bilo v primeru, ko si izročitelj, za razliko od zgoraj predstavljenega primera, v izročilni pogodbi ne bi izgovoril ničesar v zameno za svojo izročitev. Prevzemnik torej ne bi bil obremenjen z nasprotno dajatvijo, šlo bi za klasično izročilno pogodbo kot neodplačni pravni posel. Če bi stranke v takšnem pri-

⁴⁷ Glej N. Plavšak, M. Juhart, B. Podgoršek, V. Kranjc, S. Ilovar Gradišar, B. Zabel, D. Možina, nav. delo, str. 504.

⁴⁸ Glej <http://www.durs.gov.si/si/davki_predpisi_in_pojasnila/davek_na_dediscine_in_darila_obrazci/napoved_za_odmero_davka_od_prejetega_darila/> (26. 3. 2013).

meru želele odložiti prehod premoženja do trenutka smrti izročitelja, pogodbe ne bi mogli obravnavati po prejšnjem zgledu pogodbe o dosmrtnem preživljanju, ki je odplačne narave. Vsebinsko bi lahko v tem primeru govorili o darilu za primer smrti, ki je dano eni hčerki, ob tem pa se želi zagotoviti, da se to po darovalčevi smrti ne bo obravnavalo kot darilo v skladu z dednopravnimi predpisi v razmerju do druge hčerke. To se želi preprečiti prav s soglasjem druge hčerke pri sklenitvi tovrstne (»izročilne«) pogodbe. Postavlja se vprašanje, ali je takšno ravnanje dopustno.

Menim, da je odgovor lahko pritrdilen. Izročilno pogodbo namreč sestavljata dva vsebinska sklopa, ki se razlikujeta po svoji pravni naravi: prvi je obligacijskopравни in drugi dednopravni. Obligacijskopravni element predstavlja sporazum med izročiteljem in njegovimi sopogodbenci, da jim brezplačno odstopi določeno premoženje. Dednopravni element je v odpovedi izročiteljevih sopogodbencov njihovim dednim pravicam, ki bi nastopile z izročiteljevo smrtjo, glede premoženja, ki ga s pogodbo izroča. Učinki obligacijskopravne zaveze lahko nastopijo takoj po sklenitvi pravnega posla, lahko pa se stranke dogovorijo tudi drugače. Menim, da bi bilo lahko omenjeno splošno pravilo obligacijskega prava uporabljivo tudi tu, saj gre, kot že rečeno, za obligacijskopravni element pogodbe, ki je dispozitivne narave. To pomeni, da bi v konkretnem primeru šlo za obligacijo, sklenjeno pod odložnim rokom, ki ga predstavlja izročiteljeva smrt. Na drugi strani pa je glede dednopravnih posledic povsem jasno, da gre za *ius cogens*. Nastopijo lahko šele (in le) v trenutku zapustnikove smrti, ko se po njem uvede dedovanje.

Tudi v tem primeru se postavlja vprašanje, kaj storiti v primeru, ko bi prevzemnica umrla pred izročiteljem. Menim, da bi v tem primeru dediči prevzemnice dedovali njeno obligacijsko pravico terjati premoženje, ki je v izročilni pogodbi določeno v korist njihove pravne prednice, v trenutku smrti izročitelja pa bi (tako kot ona, če bi bila še živa) postali tudi lastninskopравни upravičenci do tega premoženja. To premoženje ne bi tvorilo zapuščine izročitelja, ampak bi pripadlo dedičem prevzemnice.

3. RAZMERJE MED IZROČILNO POGODBO IN POGODBO O ODPOVEDI NEUVEDENEMU DEDOVANJU

Dejstva, da potomec poda soglasje k izročilni pogodbi, ne smemo enačiti s t. i. sporazumom med prednikom in potomcem o odpovedi dediščini, ki bi šla potomcu po prednikovi smrti (137. člen ZD).⁴⁹ Potomec, ki sme samostojno

⁴⁹ Natančneje V. Žnidaršič Skubic, nav. delo (2005), str. 372–378.

razpolagati s svojimi pravicami, se namreč v sporazumu s prednikom lahko odpove dediščini, ki bi mu šla po prednikovi smrti. Določba pomeni po eni strani izjemo od načela, da nihče ne more razpolagati z dediščino, katere se nadeja, po drugi strani pa tudi izjemo od načela, da zapustnik ne more pogodbeno razpolagati s premoženjem, ki ga bo imel ob smrti.⁵⁰ Stranki sporazuma sta lahko le prednik in njegov potomec. Bližina (stopnja) sorodstva ni pomembna, prav tako tudi ni relevantno, ali bi bil potomec v času odpovedi lahko poklican k dedovanju po predniku.

Razlika med izročilno pogodbo in pogodbo o odpovedi neuvedenemu dedovanju je predvsem v tem, da potomec, ki poda soglasje k izročilni pogodbi, lahko ob smrti zapustnika, če bo ta tedaj zapustil določeno premoženje, po njem še vedno deduje. Soglasje o izročitvi oziroma razdelitvi premoženja se veže zgolj na tedaj (ob izročitvi) obstoječe premoženje izročitelja. V primeru odpovedi neuvedenemu dedovanju pa je smisel prav v tem, da do dedovanja v trenutku zapustnikove smrti na strani odpovedujočega se dediča ne pride. Dedič se je odpovedal tistemu premoženju, ki ga bo zapustnik imel v trenutku smrti.⁵¹

V primeru, da izročitelj izročilno pogodbo sklene po tem, ko je z določenim potomcem sklenil pogodbo o odpovedi neuvedenemu dedovanju, ni treba dobiti soglasja potomca, ki se je dedovanju s pogodbo vnaprej odpovedal. Rešitev je logična, saj takšna oseba nima nikakršnih dednopravnih upravičenj do zapustnika.

4. RAZMERJE MED DARILNO IN IZROČILNO POGODBO

Premoženje, ki je bilo izročeno na podlagi izročilne pogodbe, ne spada v zapuščino po izročitelju in tudi ne more biti več predmet razpolaganja s pravnimi posli za življenja. Razlika med izročnim premoženjem na podlagi izročilne pogodbe in danim darilom za časa življenja je v tem, da je soglasje dedičev prvega dednega reda predpostavka za veljavnost izročilne pogodbe. Če tega ni, je razlika med darilno in izročilno pogodbo izbrisana. To pomeni, da izročilno pogodbo, če se vsaj eden od dedičev prvega dednega reda z njo ne strinja, obravnavamo kot darilo.

⁵⁰ Prepoved sklepanja dednih pogodb je uveljavljena v slovenskem dednem pravu, za kratek prikaz stanja v primerjalnem pravu glej V. Žnidaršič Skubic, nav. delo (2008), str. 93–97.

⁵¹ Prav tam.

5. RAZMERJE MED IZROČILNO POGODBO IN POGODBO O PREUŽITKU

Kadar se prejemnik pri izročilni pogodbi zaveže, da bo izročevalcu nudil določene dajatve ali opravil storitve, gre po vsebini lahko za (odplačno) pogodbo o preužitku, torej pogodbo o dosmrtnem preživljanju, pri kateri preživljanec še pred svojo smrtjo prenese svoje premoženje na preživljavca (pod predpostavko, da so izpolnjeni pogoji zanjo).⁵² Pri tovrstni presoji upoštevamo splošna pravila o konverziji pogodb.⁵³

6. PRIMERJALNO PRAVO

6.1. Nemčija

Übergabevertrag ali izročilna pogodba je bila v Nemčiji sprva pojmovana predvsem kot sredstvo za prehod kmetije s prednika na potomca, danes pa ni več tako.⁵⁴ Danes se lahko s tovrstno pogodbo prenašajo tudi druge vrste pravic oziroma premoženja.

Pogodbo pojmujejo kot vnaprejšnje dedovanje z določenimi posebnimi značilnostmi. Medtem ko je pri razpolaganju za primer smrti (na primer pri dedni pogodbi) izpolnitev odložena do smrti izročevalca, izročilna pogodba učinkuje takoj po sklenitvi. Njen pomen je predvsem v zagotavljanju nasledstva oziroma prehoda premoženja med generacijami: nova generacija prevzame premoženje prednikov, ki jim je to premoženje dotlej zagotavljalo eksistenco. V takšni pogodbi je pomemben tudi dogovor o preskrbi izročitelja oziroma o zavarovanju njegovih interesov, pogosto pa vsebuje še določbe o odpravnini, ki je izplačana morebitnim bratom in sestrkam prevzemnika premoženja. Tako se predvsem želijo izogniti morebitnim kasnejšim sporom v družini.⁵⁵

Prevzemnik premoženja v skladu z nemškim pravom ni nujno izročiteljev sorodnik, lahko je torej tudi nekdo tretji. V praksi pa je to največkrat kateri od njegovih bližnjih sorodnikov, v večini primerov eden od njegovih potomcev.

V notarski praksi izročilno pogodbo razumejo kot tisto, s katero se na pridobitelja prenaša oziroma izroča znaten del izročiteljevega premoženja. Predvsem

⁵² Glej na primer sodbo II Ips 1239/2008, z dne 14. julija 2011.

⁵³ Če nična pogodba izpolnjuje pogoje za veljavnost kakšne druge pogodbe, velja med pogodbeniki ta druga pogodba, če je to v skladu z namenom pogodbenikov in če lahko štejemo, da bi to pogodbo (pogodbo o preužitku) sklenili, če bi vedeli za neveljavnost svoje pogodbe (89. člen OZ).

⁵⁴ Glej N. Scortegagna Kavčnik, nav. delo, str. 130.

⁵⁵ Glej <<http://www.erbrecht-heute.de/Uebergabevertrag.html>> (26. 3. 2013).

gre za izročitev kmetijskega gospodarstva ali pa na primer družinske obrti oziroma podjetja.⁵⁶

Obličnost izročilne pogodbe z zakonom ni predpisana. V Nemčiji je namreč izročilna pogodba obravnavana kot pravni posel posebne vrste, pri katerem se prepletajo elementi najrazličnejših pogodb. Zato v praksi predvsem zaradi njene kompleksnosti in daljnosežnih posledic, ki jih povzroča, velja, da stranke izročilne pogodbe sklepajo pri odvetniku ali pri notarju.⁵⁷

Izročilne pogodbe so lahko po svoji naravi odplačne ali neodplačne. V praksi se pogosteje pojavljajo prve, saj je sklepanje neodplačnih izročilnih pogodb v nekaterih primerih za izročitelja lahko izrazito neugodno. Strankam naj bi se odsvetovalo sklepanje neodplačnih izročilnih pogodb tudi zato, ker obstaja možnost zahtevka po dopolnitvi prikrajšanega nujnega deleža. Prav tako obstaja možnost, da izročitelj zaradi slabega finančnega stanja, v katerem se znajde zaradi izročitve, zahteva vrnitev darila (izročene premoženja).⁵⁸ Zahtevek za vrnitev darila pa je mogoč tudi v primeru, ko sta pogodbeni dedič ali pogodbeni volilojemnik, ki sta z izročiteljem sklenila dedno pogodbo, zaradi izročilne pogodbe prišla v slabši položaj.⁵⁹

V praksi poznajo v Nemčiji več vrst izročilne pogodbe:⁶⁰

1. izročitev hiše z učinkom anticipiranega dedovanja, s pridržkom pravice dosmrtnega stanovanja ali užitka;
2. izročitev kmetije ali podjetja;
3. izročitev hiše s pridržkom stanovanja in obveznostjo oskrbe izročitelja in njegovega zakonca;
4. izročitev hiše v zameno za dosmrtno rento ali morebitne druge ponavljajoče se izpolnitve;
5. izročitev hiše po smrti izročitelja.

V praksi naj bi se posamezniki odločali za sklepanje izročilne pogodbe tudi zaradi ugodnosti na davčnem področju.⁶¹

⁵⁶ N. Scortegagna Kavčnik, nav. delo, str. 131.

⁵⁷ Prav tam, str. 132.

⁵⁸ Glej <www.ndeex.de/glossar/%DC_%DCbergabevertrag.html> (26. 3. 2013).

⁵⁹ N. Scortegagna Kavčnik, nav. delo, str. 132.

⁶⁰ Prav tam, str. 131.

⁶¹ Natančneje glej <www.ndeex.de/glossar/%DC_%DCbergabevertrag.html> (26. 3. 2013).

6.2. Francija

V Franciji uporabljajo v namen razdelitve premoženja posameznika (ali njegovega dela) med njegove bodoče dediče dva instituta: prvega imenujejo »*la donation – partage*« in drugega »*le testament – partage*«. ⁶² V smislu obravnave instituta izročilne pogodbe je odločilen predvsem prvi, vendar menim, da je koristno, da v nadaljevanju, kot določeno posebnost francoske dednopravne ureditve, predstavim tudi drugega.

6.2.1. »*La donation – partage*«

Zametke pogodbe o izročitvi in razdelitvi premoženja za življenja najdemo že v francoski rimskopravni tradiciji in tudi v srednjeveškem običajnem pravu. ⁶³ Danes jo v praksi pogosto uporabljajo v južni Franciji, zlasti v ruralnih območjih, kjer kmetje že od srednjega veka naprej na takšen način prenašajo nasledstvo na svojih kmetijah. ⁶⁴

La donation – partage ⁶⁵ (dobesedni prevod je »darilo – razdelitev«, sicer pa gre za institut, ki ga lahko istovetimo z našo izročilno pogodbo) je pogodba, s katero posameznik izroči in razdeli svoje premoženje (celotno ali le njegov del) med svoje dediče *in concreto*, to je tiste dediče, ki bi po njem dedovali na podlagi zakona, če bi izročitelj umrl v trenutku sklenitve obravnavane pogodbe (*les héritiers présomptifs*). ⁶⁶ Ko gre za izročiteljeve potomce, to pravilo ne velja, saj stopnja njihovega sorodstva z izročiteljem ni pomembna. To pomeni, da lahko izročitelj razdeli premoženje tudi med potomce, ki jih v konkretnem primeru štejemo za dediče *in abstracto*. Premoženje tako lahko na primer razdeli med vnuke, ob še živečem sinu (njihovem očetu). Obličnostne zahteve so pri sklepanju te pogodbe enake kot pri darilni pogodbi: sklenjena mora biti v obliki notarskega zapisa. ⁶⁷

V pogodbi izročitelj razpolaga s premoženjem, ki ga ima v času sklenitve izročilne pogodbe, in ne s premoženjem, ki ga bo imel v trenutku smrti. Premoženje, ki na ta način pripade posamičnemu nujnemu dediču izročitelja, se mu všteva v njegov nujni delež, razen če je izrecno določeno drugače, to je, da s pogodbo izročeno naklonitev posameznik pridobi poleg svojega nujnega deleža. Nujni dedič, ki pri izročilni pogodbi ni sodeloval ali pa je prejel naklonitev,

⁶² Glej J. Maury, nav. delo, str. 175.

⁶³ H. Dyson, nav. delo, str. 296.

⁶⁴ J. Maury, nav. delo, str. 176.

⁶⁵ Glej člene 1076–1078-10 Code Civil (besedilo je dostopno prek <www.legifrance.gouv.fr>).

⁶⁶ Glej G. Cornu, nav. delo, str. 411.

⁶⁷ Glej P. Malaurie, nav. delo, str. 509.

ki je nižja od te, ki bi mu pripadla iz naslova njegovega nujnega deleža, lahko toži na zmanjšanje daril, ki so bila dana na podlagi tovrstne pogodbe. To pa bo lahko storil le v primeru, da ob uvedbi dedovanja po izročitelju, se pravi po njegovi smrti, ni zapuščine ali pa je ta premajhna, da bi se lahko iz nje dopolnil njegov nujni delež. Tovrstna tožba je lahko vložena šele po smrti izročitelja,⁶⁸ in sicer v petih letih od njegove smrti. S podobnim tožbenim upravičenjem razpolaga tudi bodoči dedič izročitelja, ki v trenutku sklepanja pogodbe o izročitvi in razdelitvi še ni bil spočet, a se kasneje rodi živ. Tudi njegova pravica do nujnega deleža je po francoskem pravu varovana.⁶⁹ V francoskem pravu nasploh se teži k uravnoteženju oziroma izravnavi premoženjskih interesov (deležev) vseh posameznikovih otrok.⁷⁰

Pomembna posledica sklenitve izročilne pogodbe v francoskem pravu je v dejstvu, da velja, da se vrednost izročenega premoženja presoja glede na njegovo vrednost na dan sklenitve pogodbe o izročitvi in razdelitvi (in ne morebiti v trenutku zapustnikove smrti). Za veljavnost navedene pravne posledice morajo biti izpolnjeni trije pogoji:

1. vsi nujni dediči, ki to postanejo v trenutku zapustnikove smrti, so prejeli določen delež s pogodbo in so ga tudi izrecno sprejeli;
2. izročitelj si ni zadržal užitka na določenem izročenem znesku denarja;
3. izročitelj ni v pogodbi določil kakšnega drugega trenutka, ki bi bil relevanten za vrednotenje premoženja.

Kot v primeru siceršnjih daril med živimi⁷¹ je tudi v primeru izročilne pogodbe (razen redkih izjem) podano načelo nepreklicnosti pravnega posla. Izročitelj premoženje izroči in razdeli med pridobitelje, kar pomeni, da sam ostane brez njega. To pa lahko v praksi povzroči težave pri njegovem lastnem preživljanju, še zlasti če razdeli celotno premoženje. Na nevarnosti in pasti tovrstnih pogodb je opozoril že Loysel:⁷²

»*Qui le sien donne avant de mourir, bientôt s'appreste moult souffrir.*«⁷³

⁶⁸ Če sta izročitelja dva, to je zakonca (kar je v skladu s francoskim pravom dopustno), potem lahko prikrajšani nujni dedič tožbo vloži šele po smrti zadnjega od njiju. Izjema je primer, ko gre za otroka, ki ni bil skupen otrok obeh zakoncev. V tem primeru lahko toži po smrti svojega roditelja. Glej člen 1077-2 Code Civil.

⁶⁹ H. Dyson, nav. delo, str. 295–299.

⁷⁰ Glej <<http://vosdroits.service-public.fr/particuliers/F1266.xhtml>> (26. 3. 2013).

⁷¹ *La donation – partage* je ena od posebnih oblik darilne pogodbe *inter vivos*, zato se načeloma tudi pri njeni presoji, kadar ni nič posebej drugače določenega, uporabljajo splošna pravila, ki veljajo za darila. Glej H. Dyson, nav. delo, str. 297.

⁷² To je francoski pravnik iz 17. stoletja. Glej prav tam.

⁷³ »Tisti, ki svoje razda pred smrtjo, kmalu izve, kaj je trpljenje.« – prevod V. Ž. S.

Pri sklepanju tovrstnih pogodb se tako pogosto dogaja, da se v njih dogovorijo tudi določene kavtele oziroma klavzule, ki zaščitijo izročiteljeve interese. Navajajo se predvsem tri možnosti:

1. pridržek užitka na izročnem premoženju;
2. klavzula o prepovedi odsvojitve (prodaje) ali obremenitve premoženja s strani prejemnikov brez soglasja izročitelja;
3. klavzula o »pravici vrnitve« (*droit de retour*),⁷⁴ ki pomeni, da se v primeru, da pridobitelj umre pred izročiteljem in nima potomcev, pridobiteljev delež premoženja vrne izročitelju; tako se mu omogoči, da ta delež znova razdeli med svoje otroke, če je takšna njegova želja.

Če bo ob zapustnikovi smrti obstajalo (dodatno) premoženje (zapuščina), ki ni bilo zajeto s pogodbo o izročitvi in razdelitvi, se bo obravnavalo v skladu s splošnimi predpisi o dedovanju.⁷⁵

Veliko avtorjev navaja, da k sklepanju pogodb *la donation – partage* v praksi veliko pripomorejo tudi davčne ugodnosti, ki so jih deležni subjekti takšne pogodbe. Razlog zanje naj ne bi bilo le spodbujanje rešitev, ki preprečujejo prepire otrok glede zapuščine njihovih staršev (po njihovi smrti), ampak tudi dejstvo, da si starejša generacija želi videti, kako bodo mlajši prevzeli premoženje in z njim gospodarili. Še posebno naj bi to veljalo za primere prevzemov podjetij ali kmetijskih gospodarstev.⁷⁶

Izročilno pogodbo pogosto skleneta skupaj zakonca (oba roditelja) in tako razpolagata s svojim premoženjem v korist potomcev skupaj, v enem samem aktu. Gre za t. i. skupno pogodbo o izročitvi in razdelitvi (*la donation – partage conjonctive*).⁷⁷ V praksi se za takšno pogodbo odločijo predvsem zakonci, ki živijo v premoženjskem režimu skupnosti njihovega skupnega premoženja in bodo tako lahko razpolagali ne le s svojim posebnim, ampak tudi s skupnim premoženjem.

6.2.2. »Le testament – partage«

Izraz *le testament – partage*⁷⁸ bi lahko poslovenili (v neposrednem prevodu) kot oporoko – razdelitev oziroma kot oporočno razdelitev premoženja (ali t. i. delitveno oporoko). Zanj je značilno to, da lahko v njej oporočitelj povsem svobodno in zelo natančno vnaprej določi delitev lastne zapuščine oziroma celotnega

⁷⁴ O institutu glej J. Cornu, nav. delo, str. 751.

⁷⁵ H. Dyson, nav. delo, str. 298.

⁷⁶ Prav tam.

⁷⁷ Natančneje J. Maury, nav. delo, str. 176.

⁷⁸ Glej 1079. in 1080. člen Code Civil.

premoženja, ki mu bo pripadalo ob smrti. To pomeni, da s tovrstno oporoko razpolaga tako s premoženjem, ki ga ima v trenutku njenega zapisa, kot s tistim, ki ga bo imel v trenutku smrti. Dedičem, ki jih v tovrstni oporoki določi, pripadejo pravice, ki jim jih z njo nameni, v trenutku zapustnikove smrti.

Upravičenci iz delitvene oporoke so načeloma samo njegovi dediči *in concreto* (*les héritiers présomptifs*), kar pa ne velja v primeru potomcev. Tedaj lahko razdeli zapuščino tudi med vnuke, pravnuke, četudi so na primer njihovi roditelji še živi. Zakon določa, da so lahko na ta način prenesene in razdeljene najrazličnejše pravice, izjema pa so podjetja (*les entreprises*). Delitvena oporoka mora biti sestavljena v eni od treh oblik, ki jih zakon sicer predpisuje kot veljavne oblike oporoke: to je v obliki lastnoročne oporoke, notarske oporoke ali »skrivnostne oporoke« (*testament olographe, authentique, mystique*).⁷⁹ Tudi sicer velja kot za katerokoli oporoko, da jo lahko oporočitelj kadarkoli do svoje smrti prekliče.

Delitvena oporoka ima ob nastopu dedovanja učinek oziroma posledice delitve dediščine (*le partage*), in ne določitve volilojemnika (dediča). Potomci, ki dediščino sprejmejo, postanejo zakoniti dediči v razmerju v skladu z višino njihovih dednih deležev. Če upravičenci oporoko zavrnejo, se šteje, da se dediščini odpovejo. V primeru, da v trenutku zapustnikove smrti obstaja premoženje, ki ni bilo razdeljeno s pomočjo delitvene oporoke, bodo te pravice naknadno razdeljene med dediče. Delitev, ki jo zapustnik določi na ta način, je dokončna, izjema je le primer, ko bi bil zaradi nje prizadet nujni delež katerega od nujnih dedičev (ali vseh). V takšnem primeru ima dedič možnost, da (po zapustnikovi smrti) vloži tožbo na zmanjšanje tu opisanih oporočnih razpolaganj.

Predstavljena oblika izročitve premoženja je nekakšen vmesni institut med zakonitim dedovanjem in dedovanjem na podlagi oporoke.⁸⁰ Delitvena oporoka namreč ne spreminja ureditve zakonitega dednega nasledstva,⁸¹ dediči pridobijo dediščino, ki je že razdeljena.

Zakon predvideva možnost registracije delitvene oporoke, ki jo prejme oziroma hrani notar, če to zahtevajo dediči, obdarjenci, volilojemniki ali izvršitelji oporoke. Oporoka se vpiše v t. i. centralni register poslednjevoljnih razpolaganj (*fichier central des dispositions de dernières volontés*).⁸²

⁷⁹ Natančneje 967.–1001. člen Code Civil ter <<http://www.alloleciel.fr/guide/testament-pr%C3%A9parer-sa-succession/le-testament>> (26. 3. 2013).

⁸⁰ N. Scortegagna Kavčnik, nav. delo, str. 134.

⁸¹ Glej <http://www.droit.pratique.fr/questions_reponses/4-famille/130039-recevoir-un-patrimoine.html> (26. 3. 2013).

⁸² Glej <<http://vosdroits.service-public.fr/particuliers/F1266.xhtml>> (26. 3. 2013) ter <<http://www.notaires.fr/notaires/fichier-des-testaments>> (26. 3. 2013).

7. SKLEP

Izročilna pogodba je institut, za katerega se v praksi praviloma odločijo posamezniki, ki želijo posamezna dednopravna vprašanja z najbližjimi sorodniki (dediči prvega dednega reda) urediti vnaprej, pred svojo smrtjo. S tem največkrat pokažejo željo po tem, da bi lahko še v času svojega življenja spremljali učinke tovrstne izročitve oziroma da bi doživeli gospodarjenje prevzemnika in morebitno rast, večji zagon pri upravljanju pridobljenega premoženja, saj je prevzemnik s pridobitvijo premoženja največkrat bolj motiviran za delo. To velja zlasti za prevzemnike kmetij in tudi na primer družinskih obrti oziroma podjetij. Izročitelj se za takšen korak največkrat odloči zato, ker čuti, da je napočil čas za upokožitev, ker morda potrebnega dela, ki ga zahteva izročeno premoženje, ne zmore več ali pa preprosto želi imeti čas zase in za druge življenjske dejavnosti.

Izročitelj ob izročitvi praviloma poskrbi tudi za svoje osebne in premoženjske interese (največkrat tudi za interese svojega zakonca), in sicer na različne načine. Lahko s pogodbo o izročitvi in razdelitvi premoženja razpolaga le z delom svojega premoženja, del pa ohrani zase, za svoje lastne potrebe in preživljanje, lahko se s prevzemnikom dogovori za užitek na izročnem premoženju (ali le njegovem delu), lahko si zagotovi preživljanje ali pa dosmrtno rento, ki naj mu jo plačuje prevzemnik.

Izročilna pogodba je razmeroma pomemben institut obligacijskega prava, saj je v praksi dokaj pogosta. Dobrodošla je zlasti v primerih, ko je dosežen dogovor o sklenitvi in o vsebini izročilne pogodbe v družini. Če je ta veljavna, po izročiteljevi smrti (vsaj glede izročene premoženja) večinoma ne bo dednopravnih sporov. V primeru, da sporazuma ni, je včasih, kot sem prikazala, morda bolje, da se izročitelj in prevzemnik odločita skleniti darilno pogodbo. To še posebej velja, če jo sklepata vnuk in dedek ob še živečem očetu.

Izročilna pogodba je v svojem izhodišču neodplačni pravni posel, vendar jo bomo v praksi večkrat srečali (vsaj deloma) kot odplačni pravni posel. Zato bo v vsakem konkretnem primeru potrebna ustrezna presoja pogodbe glede na njeno vsebino in namen, ki naj bi ga z njo dosegli. Morda bodo v nekaterih primerih prevladovale značilnosti pogodbe o preužitku. Tovrstne, mešane pogodbe so del prakse v Sloveniji in prav je tako. Kljub temu pa bi se morali zavedati omejitev, ki jih institut vendarle prinaša s seboj, in pri sklepanju izročilne pogodbe uporabiti pravilne interpretacije ne le obligacijskopравnih, ampak tudi dednopravnih norm.

Sodna praksa je na tem področju sprejela veliko pravih in zelo utemeljenih interpretacij. Še posebno velja opozoriti na stališče, da v primeru nesoglasja

enega od potomcev z izročilno pogodbo, pri čemer preostali z njo soglašajo, ne pride do ničnosti izročilne pogodbe kot celote in njene (absolutne) konverzije v darilo, ampak le do relativne neveljavnosti v razmerju do potomca, ki soglasja ni podal. Nekatere druge odločitve se morda zdijo nekoliko manj premišljene in dodelane: zlasti pri presoji vprašanja potencialnih sopogodbениkov izročitelja in pri napolnjevanju pojma velike nehvaležnosti, kar velja še posebno takrat, ko gre za izročilno pogodbo kot neodplačni pravni posel.

V primerjalnem pravu, kot lahko razberemo s primerov Nemčije in Francije, z izročilno pogodbo sledijo skoraj enakim ciljem kot pri nas, pri tem pa način pravne ureditve in tudi uporaba instituta v praksi od države do države nekoliko variirata. To je povsem razumljivo, zlasti ob zavedanju, da je dedno pravo (obligacijsko pravo nekoliko manj) ena tistih pravnih disciplin, ki so zelo navezane na posebnosti konkretnega družbenega razvoja oziroma socialnega okolja, v katerem so se razvile. Pri dednem pravu je zelo očitna tudi navezanost na posamezne postulate oziroma temelje družinskega prava, ki pa se prav tako, tudi znotraj držav članic EU, še vedno precej razlikujejo.

Literatura

- Gérard Cornu: *Vocabulaire juridique*, Septième édition. Presses Universitaires de France, Paris 1998.
- Henry Dyson: *French Property and Inheritance Law*. Oxford University Press, Oxford 2003.
- Jean Maury: *Successions et libéralités*, 5e édition. Litec, Pariz 2005.
- Karel Zupančič, Barbara Novak, Viktorija Žnidaršič Skubic, Mateja Končina Peternel: *Reforma družinskega prava, Druga, spremenjena in dopolnjena izdaja*. Uradni list Republike Slovenije, Ljubljana 2009.
- Karel Zupančič, Viktorija Žnidaršič Skubic: *Dedno pravo, Tretja, spremenjena in dopolnjena izdaja*. Uradni list Republike Slovenije, Ljubljana 2009.
- Karel Zupančič: *Dedovanje, Osmo, spremenjena in dopolnjena izdaja*. Uradni list Republike Slovenije, Ljubljana 2005.
- Karel Zupančič: *Omejitev svobode testiranja z ustanovo nujnega deleža*, v: *Pravna praksa*, 22 (2003) 19, str. 19–22.
- Karel Zupančič: *Družinsko pravo*. Uradni list Republike Slovenije, Ljubljana 1999.
- Miha Juhart, Damjan Možina, Barbara Novak, Ada Polajnar Pavčnik, Viktorija Žnidaršič Skubic: *Uvod v civilno pravo*. Uradni list Republike Slovenije, Ljubljana 2011.
- Nina Scortegagna Kavčnik: *Pogodbe dednega prava (dednopravne pogodbe)*. Magistrska naloga, Pravna fakulteta Univerze v Ljubljani, Ljubljana 2012.
- Nina Plavšak (red.), Miha Juhart (red.), Bojan Podgoršek, Vesna Kranjc, Sonja Ilovar Gradišar, Bojan Zabel, Damjan Možina: *Obligacijski zakonik s komentarjem (posebni del)*, 3. knjiga. GV Založba, Ljubljana 2004.
- Nina Plavšak, Miha Juhart, Renato Vrenčur: *Obligacijsko pravo, splošni del*. GV Založba, Ljubljana 2009.
- Nikola Gavella, Vlado Belaj: *Nasljedno pravo, III. bitno izmijenjeno i dopunjeno izdanje*. Narodne novine, Zagreb 2008.
- Petar Klarić, Martin Vedriš: *Građansko pravo*. Narodne novine, Zagreb 2009.
- Philippe Malaurie: *Les successions, les libéralités*. Defrénois, Pariz 2004.
- Viktorija Žnidaršič Skubic: *Dedna pogodba*, v: *Zbornik znanstvenih razprav*, Pravna fakulteta, 65 (2005), str. 371–393.
- Viktorija Žnidaršič Skubic: *Dedna pogodba, dednopravne klavzule v ženitni pogodbi in skupna oporoka*, v: *Pravni letopis*, Inštitut za primerjalno pravo pri Pravni fakulteti v Ljubljani, 2008, str. 91–106.

THE CONTRACT ON TRANSFER AND DISTRIBUTION OF PROPERTY – LAW OF OBLIGATION PHENOMENON WITH THE INHERITANCE LAW ELEMENTS

Viktorija Žnidaršič Skubic,

*LL. B., doctor of legal sciences, associate professor at the Faculty of Law,
University of Ljubljana*

Among different types of contracts arranged by the Code of Obligations we can find the contracts that belong, according to their basic legal nature, among the *inter vivos* legal transactions but they also have some inheritance law elements. We can say they affect inheritance in different ways. These are the contracts that were, until the Code of Obligations was passed, arranged in the Inheritance Act: the contract on transfer and distribution of property *inter vivos* and the contract on lifelong maintenance. The former, also shortly called the contract of transfer, has relatively important heritable effects; on the other side the contract on lifelong maintenance has no heritable elements. In spite of this we can notice that it has some, at least indirect influence on inheritance.

In the article I am limiting myself to study of contract on transfer and distribution of property. I would like to show some of its basic features and note certain dilemmas that are occurring in judicial (and other legal) practice. They are interesting at the conclusion of the contract and also latter, at its accurate interpretation and understanding in the court procedures. In my opinion, in order to achieve legally correct and consistent solutions on this field, a good knowledge of not merely the law of obligations but also the law of inheritance is of the utmost importance. In the article the open questions are concentrated, on many occasions, around the basic dilemma: how widely can we explain and administer the two basic principles of law of obligations, the dispositivity of legal norms and the autonomy of will of the contract parties. Namely, by using them we collide with the *ius cogens* of inheritance law. The two legal fields are

alternating each other and mutually interweave. The question of the amount of influence of one or another field, or otherwise, the question when the rules and principles of one prevail over the rules and principles of the other is the essential one. If we were to find the right answer to this question this could help us a great deal at solving many open dilemmas. The insight in the scope and the content of mixture of the two legal fields at the relatively important instrument of arranging of property relations among individuals, as for the time of living as for the case of death, was one of the basic motives and aims that encouraged me to study this, as was proven later on, very interesting civil law topic.

With the contract on transfer and distribution of property *inter vivos* the transferor commits himself to transfer and divide his assets among his descendants, adoptees and their descendants. It is the legal transaction with which the transferor, in accordance with the heirs of the first hereditary class, burdens his assets in order to enrich (free of charge) one or many contracting parties. Fundamentally, the contract on transfer and distribution of property is non-remunerative contract. We can perceive it as a kind of a gift. With the contract of transfer the transferor wants to arrange the questions of inheritance with his closest relatives, mainly descendants and spouse who form the first hereditary class, in advance. Notwithstanding, the content of the contract could also be the arrangement where the transferor at the transfer of the property detains (for himself, for his spouse or for a third person) certain rights: enjoyment, lifetime annuity in nature or in cash, lifelong maintenance or something else, similar by the meaning. In this case, in payable part of legal transaction, we are dealing with the bilaterally binding legal transaction. That is why here the rules for bilateral, remunerative contracts apply and in this part, if some of the contract parties would not agree with such a contract, the automatic conversion into the gift cannot be used. The other, for the inheritance law relevant circumstance is the fact that the property that was given by the transferor on the basis of contract of transfer after his death does not belong to his legacy and is not taken into account at determination and counting of the value of inheritance. The inheritance law consequence is also in the fact that for the persons to whom the property was given and among who it was divided it presents the inheritance before the death of transferor. That is why after his death they do not have any hereditary claims regarding property that was given to them. The individuals that received the delivery and division of property are not liable for the debts of transferor after his death. Exception is the case when it was explicitly arranged differently. Mentioned individuals also guarantee to each other for the nonexistence of legal mistakes, hidden material mistakes and for the existence and collectability of claims that each of them received by the transfer and division of property. The contract on transfer and distribution of property must be concluded in a form of a notary record.

As (potential) parties to the contract on transfer and distribution of property *inter vivos* the law explicitly states descendants, adoptees, their descendants and a spouse. In the case-law, there is no doubt that, because of equalisation with the spouse in the field of inheritance law, the cohabitation partner could also be a party to the contract. In accordance with explained assumptions, considering the Registration of a Same-Sex Civil Partnership Act and the decision of Constitutional Court of Slovenia (U-I-425/06, 2 July 2009), we could determine the same for the partner from the same-sex registered partnership. But the theory warns that we can not agree with such a position without any doubt, although it would be substantively correct and we should promote this kind of solution *de lege ferenda*. Namely, the equalisation of cohabitation partners and partners from registered same-sex partnerships with the rights of spouses in the field of family law, law of intestate succession, etc., does not mean their equalisation at concluding the contract on transfer and distribution of property. For cohabitation partnerships the Slovenian family law explicitly determines that this kind of partnership has, for them, in the field of family law, the same consequences as if they were married. In the other fields of law it has only those legal consequences that the special act from the field determines. The Code of Obligations has not arranged it. This applies also for the registered same-sex partnerships since this question is not solved neither by the Registration of a Same-Sex Civil Partnership Act nor by the Code of Obligations.

The contract on transfer and distribution of property is an institute that is in practice usually used by individuals that want to arrange some of the hereditary issues with their close relatives before their death. By doing so they often show their wish to monitor the effects of the transfer during their life-time and see the prosperity and growth of the acquirer and his bigger motivation for work because of his full ownership over the property. It is especially true for the transferees of the farms and family businesses. The transferor usually decides to conclude this kind of a contract at the time he feels he should resign: maybe he feels that the retirement time has come because he feels tired of work, he is ill or he is not able to do the work anymore or maybe he would just like to spend the rest of his life differently.

The contract on transfer and distribution of property is a relatively important institute of the law of obligations since in practice it is concluded quite often. It is welcomed especially in the cases when the agreement on its content in the family could be achieved. If the contract is valid, after the death of the transferor there should not be any hereditary disputes (at least not those connected to the already transferred property). In the case the family could not reach the agreement it could sometimes be better (as I show in more detail in the article) that the transferor and the transferee conclude the contract of gift. This is es-

pecially true in the case where the parties to the contract are the grandparent and the grandchild.

The contract on transfer and distribution of property is, in its platform, a non-remunerative legal transaction, however in practice, we will more often meet it (at least partially) as a remunerative legal transaction. That is why we should adequately assess every concrete contract according to its content and the aim that should be attained by it. Maybe, in some cases, the features of some other contracts will prevail. This kind of contracts of a “mixed nature” are a part of the Slovenian legal practice and I approve it. Nevertheless, we should all be aware of the limits of the institute and at concluding this kind of contracts we should use correct interpretations not only of the law of obligations but also of the inheritance law provisions.

In the case-law we can find many correct and justified interpretations. I should especially mention the statement that in the case of disagreement of one of the descendants with the contract (where the others agree) we can not say that the contract is null and in that way as a whole (absolutely) converted into the gift. It is rather relatively invalid, that is in the relation to the descendant that did not agree to the contract. Some of the other decisions seem a little bit less thoughtful and accomplished: for example, the court’s assessment of the question of potential contract parties of the transferor and at its understanding of the concept of great ingratitude, especially when we deal with the contract on transfer and distribution of property as a non-remunerative legal transaction.

The fact that the descendant agreed to the contract on transfer and distribution of property should not be equalized with the so-called agreement between the ascendant and descendent on the renunciation of a heritage that would belong to the descendent after the ascendant’s death (Article 137 of Inheritance Act). The descendant that has the ability to dispose with his own rights and duties may, in agreement with his ancestor, renounce the heritage that would belong to him after the ancestor’s death. This provision is an exception to the rule that nobody can dispose with the heritage he is hoping for and also the exception from the principle that the person can not contractually dispose with the property he will have at the time of his death. The parties to the contract can only be the ancestor and descendant. Proximity or the degree of this kind of relationship is not important. The difference between the contract on transfer and distribution of property and the agreement between the ascendant and descendent on the renunciation of a heritage is above all in the fact that the descendant, who consented to the first, can, at the time of death of the ancestor, still be his heir. The agreement to the contract on transfer and distribution of property is attached only to the property of the transferor that existed at the time of transfer. In the case of the renunciation of uninitiated inheritance the

goal the parties want to achieve is exactly the opposite: at the time of death of the ancestor his contract party will not be allowed to inherit. The descendant actually gave up the property the ancestor will have at the moment of his death. In the case that the transferor concludes the contract on transfer and distribution of property after the moment he concluded the contract of the renunciation of uninitiated inheritance, he is not obliged to ask for the agreement of the descendant that gave up to the heritage in advance. The solution is logical: such a person has no hereditary rights towards the deceased.

The property that was transferred on the basis of a contract on transfer and distribution of property does not belong to the transferor's heritage and could not be subject to disposition with the legal transactions *inter vivos*. The difference between the property that was transferred on the basis of a contract on transfer and distribution of property and a gift *inter vivos* is in the fact that the consensus of the heirs of the first inheritance class is the precondition for the validity of the contract of transfer. If this is not assured, the difference between a gift and a contract of transfer and distribution of property is erased. It means that the latter is treated as a gift if at least one of the heirs of the first hereditary class does not agree with it.

In comparative law, as we can see on the example of Germany and France, with the contract of transfer and distribution of property practically the same goals as in Slovenia are pursued. Of course, the methods of legal regulation and the use of the institute in practice vary from country to country. That is completely understandable since the inheritance law is one of the legal disciplines that are very much attached to the specifics of a concrete social development. At the inheritance law we can find some obvious relation with certain fundamental postulates of family law which are also, even among the EU member states, very diverse.



VARSTVO KONKURENTOV PRED NEPOŠTENIMI POSLOVNIMI PRAKSAMI NA PODLAGI PRAVIL VARSTVA POTROŠNIKOV

Petra Weingerl,

*univerzitetna diplomirana pravnica, Magister Juris (Dist) (Oxford),
sodniška pripravnica, Višje sodišče v Ljubljani*

1. UVOD

Nepoštene poslovne prakse v razmerjih med podjetji¹ in potrošniki (angl. *business-to-consumer* oziroma B2C) na ravni Unije ureja Direktiva 2005/29 o nepoštenih poslovnih praksah² (Direktiva 2005/29), ki pa (neposredno) ne pokriva poslovnih praks med konkurenti na trgu (angl. *business-to-business* oziroma B2B). Komisija se je z Zeleno knjigo o nepoštenih trgovinskih praksah v oskrbni verigi z živili in neživili med podjetji v Evropi³ (Zelena knjiga) odločila preučiti tudi poslovne prakse v razmerjih B2B in morebitno potrebo po njihovem normativnem urejanju.

V luči novih aktivnosti Komisije na področju nepoštenih poslovnih praks se postavlja vprašanje, ali so nova pravila, ki bi urejala nepoštene poslovne prakse med podjetji (B2B), sploh potrebna ali pa bi se te lahko zadovoljivo urejale na podlagi že obstoječih pravil konkurenčnega prava⁴ in splošnih pravil civilnega

¹ V terminologiji predpisov EU je podjetje sinonim gospodarskega subjekta, ki nastopa na trgu, pri čemer pravnoorganizacijska oblika ni pomembna (A. Avbreht in drugi, nav. delo, str. 42). Pojem podjetje se tako v konkurenčnem pravu razteza prek ožjega korporacijskega pomena v smislu ZGD-1 na vsak gospodarski podjem (P. Grilc, nav. delo (2009), str. 58). Takšna terminologija je uporabljena tudi v potrošniški zakonodaji.

² Direktiva EP in Sveta 2005/29/ES z dne 11. maja 2005 o nepoštenih poslovnih praksah podjetij v razmerju do potrošnikov na notranjem trgu ter o spremembi Direktive Sveta 84/450/EGS, Direktive EP in Sveta 97/7/ES, 98/27/ES in 2002/65/ES ter Uredbe (ES) št. 2006/2004 EP in Sveta, UL L 149, 11. junij 2005.

³ COM(2013) 37 final.

⁴ V prispevku uporabljam pojem konkurenčno pravo v širšem pomenu, ki zajema tako pravo preprečevanja omejevanja konkurence kot pravo preprečevanja neloyalne konkurence.

prava ter prava varstva potrošnikov. Za potrebe tega prispevka se bomo pretežno omejili na urejanje nepoštenih poslovnih praks v razmerjih B2B z uporabo pravil, ki so namenjena urejanju razmerij B2C. V prispevku je opozarjeno, da bo vprašanje možnosti uporabe pravil, namenjenih urejanju razmerij B2C, v razmerjih B2B ostalo aktualno tudi ob morebitnem sprejemu novih pravil za razmerja B2B na podlagi ugotovitev, do katerih želi priti Zelena knjiga. Ta se namreč nanaša zgolj na en segment nepoštenih poslovnih praks, in sicer tistih, ki jih podjetja uporabljajo v pogodbenih razmerjih s konkurenti.

Ker nepoštene poslovne prakse pogosto škodijo interesom tako potrošnikov kot konkurentov, se na prvi pogled zdi neprimerno, da je neposredno varovana le ena od teh dveh kategorij. Direktiva 2005/29 s svojo široko formulacijo nepoštenih poslovnih praks in posrednim varovanjem interesov konkurentov sicer omogoča delno varstvo teh pod krinko varovanja interesov potrošnikov. Ta prispevek želi preučiti, kako široko interpretacijo varovanih interesov določbe Direktive 2005/29 dejansko omogočajo in ali je primerna preslikava logike varstva potrošnikov na varstvo konkurentov.

V domačem pravnem redu je s široko zasnovano generalno klavzulo, ki prepoveduje nelojalno konkurenco, pravni interes konkurentov pred nepoštenimi poslovnimi praksami dobro varovan, zato je vprašanje široke interpretacije določb Direktive 2005/29 za slovensko ureditev na prvi pogled morda manj relevantno. Vendar ne gre zanemariti dejstva, da je pri čezmejnem poslovanju za domača podjetja poleg zadovoljive nacionalne ureditve prav tako pomembno, da so njihovi interesi pred nepoštenimi poslovnimi praksami varovani tudi na ravni Unije.

2. DUALISTIČNA UREDITEV NEPOŠTENIH POSLOVNIH PRAKS

Zakonodajalčeva intervencija na področje delovanja prostega trga in svobodne konkurence, torej v tržno dogajanje, zahteva posebno utemeljitev.⁵ V družbah z liberalnimi vrednotami takšna utemeljitev sloni na prepričitvi neuspešnega delovanja trga oziroma *market failure*.⁶ Pravo preprečevanja nelojalne konkurence tako konceptualno ne pokriva varstva potrošnikov (čeprav je neogibno, da se z varovanjem razmerij B2B posredno varujejo tudi potrošniki).⁷ Namen pravil za preprečevanje nelojalne konkurence, ki ima korenine v pravu inte-

⁵ M. R. Hilty, nav. delo, str. 1.

⁶ Prav tam, str. 2.

⁷ P. Grilc, nav. delo (2011), str. 1361.

lektualne lastnine, v Pariški konvenciji (1883),⁸ je bil sprva varstvo konkurentov pred nepoštenimi ravnanji tekmecev na trgu, šele kasneje pa tudi varstvo potrošnikov in varstvo javnih interesov, torej zagotavljanje poštenega tržnega ravnanja nasploh.⁹ Pri pravu preprečevanja nelojalne konkurence gre danes torej za varstvo klasične triade interesov.¹⁰

Vendar pa prihaja z novimi zakonodajnimi aktivnostmi na področju nelojalne konkurence do odmika od načelnega trojnega varstvenega namena, posebno na področju nepoštenih poslovnih praks. Nepoštene poslovne prakse so tako v pravu EU kot v slovenski zakonodaji urejene dualistično, gre torej za različno (ne)zaščito pred nepoštenimi poslovnimi praksami v razmerju B2C in v razmerju B2B. Na ravni Unije Direktiva 2005/29 neposredno ureja zgolj nepoštene poslovne prakse v razmerjih B2C, medtem ko poslovne prakse v razmerjih B2B niso urejene.¹¹ V nacionalni zakonodaji je prišlo do dualistične ureditve s sprejetjem Zakona o varstvu potrošnikov pred nepoštenimi poslovnimi praksami (ZVPNPP),¹² ki je implementiral Direktivo 2005/29. Pred tem je bilo tako varstvo interesov konkurentov kot varstvo interesov potrošnikov urejeno s skupno generalno klavzulo v 13. členu Zakona o varstvu konkurence (ZVK)¹³ v zvezi s prepovedjo nelojalne konkurence.¹⁴ O primernosti takšne dualistične ureditve lahko v teoriji zasledimo različna mnenja.¹⁵

⁸ J. Stuyck, nav. delo, str. 17; F. Henning-Bodewig, nav. delo, str. 53.

⁹ Glej tudi S. A. Kanduč Valant, nav. delo, str. 10.

¹⁰ F. Henning-Bodewig, nav. delo, str. 113; Sklepni predlogi generalne pravobranilke Trstenjak v zadevi C-540/08 *Mediaprint*, točka 56; J. Glöckner, nav. delo, str. 94. A. Grlič meni, da sta z razvojem potrošniškega prava pojma nelojalna konkurenca in nepoštena poslovna praksa postala skoraj sinonima, glej A. Grlič, nav. delo, str. 1356.

¹¹ V razmerjih B2B je urejeno zavajajoče in primerjalno oglaševanje z Direktivo 2006/114 o zavajajočem in primerjalnem oglaševanju in z Direktivo 2010/13 o avdiovizualnih medijskih storitvah (glej poglavje 2.2.).

¹² Ur. l. RS, št. 53/07.

¹³ Ur. l. RS, št. 18/93, 56/99 – ZPOmK in 110/02. Glej A. Grlič, nav. delo, str. 1356.

¹⁴ Enotno je urejeno tudi primerjalno oglaševanje v Zakonu o varstvu potrošnikov (ZVPot) in prikrito oglaševanje v Zakonu o medijih (ZMed).

¹⁵ D. Možina meni, da bi morala harmonizacija področje prava nelojalne konkurence zajeti v celoti, tako z vidika B2C kot B2B, če bi želela pripomoči k enotnemu pravnemu okviru za vse akterje na skupnem trgu, in navaja Henning-Bodewiga, ki meni, da delitev prava oglaševanja na potrošniško in podjetniško pomeni korak nazaj v razvoju, nima opore v gospodarski realnosti in povzroča nepotrebno in dogmatično neutemeljeno fragmentacijo tega področja (D. Možina, nav. delo (2004), str. 1344). P. Grilc pa je mnenja, da morata obe skupini pravil, tista za varstvo lojalne konkurence in tista za varstvo potrošnikov, obstajati ločeno zaradi različnih prioritet in moralnih vrednot, ki jih zasledujeta (P. Grilc, nav. delo (2011), str. 1365). Glej tudi K. Podobnik, nav. delo, str. 1289.

Čeprav interesom potrošnikov in konkurentov pogosto škodi isto ravnanje ponudnika na trgu, pa je Direktiva 2005/29 razmerja B2B izključila iz svoje osebne veljavnosti. Podjetja, ki poslujejo zakonito, so zgolj posredno zaščiteni pred konkurenti, ki ne upoštevajo pravil Direktive 2005/29, s čimer se zagotavlja poštena konkurenca.¹⁶ Z obstoječimi zakonodajnimi instrumenti je torej na ravni Unije (in tudi v slovenski zakonodaji) prišlo do razdrobljenosti varstva dveh neločljivo povezanih skupin interesov, interesov potrošnikov in interesov poštenih konkurentov.¹⁷ Ti interesi v nekaterih pogledih ne morejo biti ločeni¹⁸ oziroma je ločitev bolj teoretična in v praksi težko izvedljiva.¹⁹

Da gre za dokaj umetno ločitev, izhaja tudi iz tega, da je varstvo potrošnikov vpeto v tržno pravo kot širše pravno področje in je s tem delno zvezano s konkurenčnim pravom.²⁰ Takšna delitev prava nelojalne konkurence slabi prizadevanja za ustvarjanje enotnih pravil obnašanja na skupnem trgu.²¹ Za konkurenčnopravno presojo poslovnega ravnanja, ki naj bi dala primerne rezultate, se zahteva večdimenzionalni pristop, ki enotno upošteva interese vseh udeleženi.²² Varstvo potrošnikov in varstvo konkurentov sta namreč praviloma »dve plati iste medalje«, kar je razvidno iz primera zavajajočega oglaševanja, ki ne zadeva le ekonomskih interesov potrošnikov, temveč tudi ekonomske interese konkurentov, če so s tem ovirane njihove poslovne priložnosti.²³ Tudi Direktiva 2005/29 upošteva dejstvo, da interesov potrošnikov in konkurentov ni vedno mogoče jasno razmejiti, saj se zelo pogosto prepletajo, in navaja, da se z neposrednim varstvom potrošnikov posredno ščitijo tudi ekonomski interesi konkurentov.²⁴ Vendar je neposredno namenjena zgolj varstvu ekonomskih in-

¹⁶ Glej 8. uvodno izjavo k Direktivi 2005/29.

¹⁷ D. Možina, nav. delo (2004), str. 1344. Interesi, na katere lahko vpliva pravno urejanje oglaševanja, so na primer interesi potrošnika, interesi šibkejših konkurentov, zahteve javnega reda, interesi oglaševalskih organizacij, interesi trga in konkurence. Glej M. Ilešič, nav. delo (1997), str. 1245.

¹⁸ W. Schumacher, nav. delo, str. 132. Takšna razdrobljenost konkurenčnega prava je bila zelo kritizirana v nemški in avstrijski literaturi. Glej tudi B. Keirsbilck, nav. delo, str. 248.

¹⁹ B. Keirsbilck, nav. delo, str. 248.

²⁰ M. Juhart, nav. delo, str. 1221. Za razmišljanje o obstoju potrošniškega prava kot pravne panoge glej M. Ilešič, nav. delo (1999), str. 17.

²¹ D. Možina, nav. delo (2004), str. 1340.

²² Sklepni predlogi generalne pravobranilke Trstenjak v zadevi C-540/08 *Mediaprint*, opomba 21.

²³ Prav tam.

²⁴ Sklepni predlogi generalne pravobranilke Trstenjak v zadevi C-540/08 *Mediaprint*, točka 45. Čeprav Direktiva 2005/29 neposredno varuje zgolj ekonomske interese potrošnikov, pa je po mnenju generalne pravobranilke Trstenjakove teza, da Direktiva



teresov potrošnikov, s to delitvijo pa prihaja do odmika od uveljavljene triade varovanih interesov v okviru prava nelojalne konkurence.²⁵

2.1. Ureditev nepoštenih poslovnih praks v razmerjih s potrošniki

Nepoštene poslovne prakse v razmerjih s potrošniki ureja Direktiva 2005/29. Njen namen je prispevati k pravilnemu delovanju notranjega trga in doseči visoko raven varstva potrošnikov s popolno uskladitvijo²⁶ pravil o nepoštenih poslovnih praksah, ki škodijo ekonomskim interesom potrošnikov.²⁷ Direktiva 2005/29 vsebuje zelo široko formulacijo poslovnih praks v razmerjih B2C. Definira jih kot vsako trgovčevo dejanje, opustitev, ravnanje, razlago ali tržne komunikacije, vključno z oglaševanjem in trženjem, ki so neposredno povezani s promocijo, prodajo ali dobavo izdelka potrošnikom pred poslovno transakcijo, med njo in po njej v zvezi z nekim izdelkom.²⁸

Osrednji del Direktive 2005/29 je generalna klavzula v določbi prvega odstavka 5. člena, ki prepoveduje nepoštene poslovne prakse in določa, da so nepoštene tiste prakse, ki nasprotujejo zahtevam poklicne skrbnosti in v zvezi z izdelkom bistveno izkrivljajo ali bi lahko izkrivljale ekonomsko obnašanje povprečnega potrošnika, ki ga izdelek doseže ali je nanj usmerjen, ali obnašanje povprečnega člana skupine, če je poslovna praksa usmerjena na določeno skupino potrošnikov.²⁹ Nadalje Direktiva 2005/29 določa, da so nepoštene poslovne prakse predvsem tiste, ki so zavajajoče in agresivne, vsebuje pa tudi priložo s seznamom 31 praks, ki so prepovedane *per se*, medtem ko je pri poslovni praksi, ki ni na seznamu, treba od primera do primera presojati, ali nasprotuje zahtevam poklicne skrbnosti in vpliva na ekonomsko obnašanje povprečnega potrošnika.³⁰

2005/29 zato obravnava varstvo ekonomskih interesov konkurentov, ki poslujejo zakonito, kot manj pomembno, napačna, kar utemeljuje z 8. uvodno izjavo.

²⁵ D. Možina, nav. delo (2006), str. 1297; K. Podobnik, nav. delo, str. 1289. Ta klasična triada interesov je z Direktivo 2005/29 varovana le še posredno, pa še to ne celovito. Glej tudi G. B. Abbamonte, nav. delo, str. 16.

²⁶ O tem, da je trditev o popolni harmonizaciji pretirana, saj Direktiva 2005/29 dopušča odstopanja zaradi varovanja zdravja in varstva potrošnikov, na primer v zvezi z alkoholom, tobakom ali farmacevtskimi izdelki, glej D. Možina, nav. delo (2006), str. 1296. O možni posledici popolne uskladitve, tj. nižjih standardih varstva v razmerjih B2C kot v razmerjih B2B, ki so prepuščeni nacionalnopravni ureditvi, glej M. Brkan, nav. delo, str. 12.

²⁷ Člen 1 Direktive 2005/29.

²⁸ Glej točko d prvega odstavka 2. člena in prvi odstavek 3. člena Direktive 2005/29.

²⁹ Člen 5 Direktive 2005/29.

³⁰ Več o vsebini Direktive 2005/29 in o zavajajočih in agresivnih praksah glej D. Možina, nav. delo (2006), str. 1296.

Določbe Direktive 2005/29 so v slovenski pravni red prenesene z ZVPNPP, ki določa, da se uporablja zgolj za nepošteno poslovne prakse v razmerju do potrošnikov (B2C). ZVPNPP prevzema definicijo nepoštenih poslovnih praks, ki jo najdemo v Direktivi 2005/29. Slovenski zakonodajalec se torej ni odločil, da bi še naprej enotno urejal tako interese konkurentov kot interese potrošnikov, in je prav s tem zakonom postavil ločnico med njimi.

2.2. Ureditev nepoštenih poslovnih praks med podjetji

Varstvo pred nepoštenimi poslovnimi praksami v razmerjih B2B se lahko zagotavlja neposredno ali posredno. Neposredno varstvo je tisto varstvo, ki neposredno ščiti interese poštenih konkurentov na trgu. Na ravni Unije na področju nepoštenih poslovnih praks ni akta, ki bi ločeno neposredno urejal to tematiko. Na splošno je pravo nelojalne konkurence na ravni Unije zelo pomankljivo harmonizirano (v primerjavi s pravom omejevanja konkurence).³¹ Najpomembnejša akta za varstvo interesov poštenih podjetij na trgu sta Direktiva o zavajajočem in primerjalnem oglaševanju (Direktiva 2006/114)³² in Direktiva o avdiovizualnih medijskih storitvah³³, vendar ta akta ne urejata nepoštenih poslovnih praks na splošno, ki so tako lahko v primeru odsotnosti ugotovljene kršitve prava preprečevanja nelojalne konkurence predmet varstva zgolj posredno na podlagi Direktive 2005/29.

Pred ravnanji konkurentov, ki kršijo pravo preprečevanja nelojalne konkurence, so poštene konkurenti varovani neposredno na podlagi nacionalnih določb, torej ZVK. Ta v 13. členu določa, da je kot nelojalna konkurenca prepovedano dejanje podjetja pri nastopanju na trgu, ki je v nasprotju z dobrimi poslovnimi običaji in s katerim se povzroči ali utegne povzročiti škoda drugim udeležencem na trgu. S tako široko zasnovano generalno klavzulo je v slovenskem pravnem redu pravni interes konkurentov pred nepoštenimi poslovnimi praksami dobro varovan.³⁴ S tem je vprašanje širokega posrednega varstva interesov konkurentov na podlagi Direktive 2005/29 v razmerjih B2B za domači pravni red morda manj relevantno. Vendar ne gre zanemariti dejstva, da je pri čezmejnem poslovanju za domača podjetja poleg zadovoljive domače uredit-

³¹ Glej J. Glöckner, nav. delo, str. 77.

³² Direktiva 2006/114/ES Evropskega parlamenta in Sveta z dne 12. decembra 2006 o zavajajočem in primerjalnem oglaševanju (kodificirano besedilo), UL L 376, 27. december 2006. Več o tem glej S. A. Kanduč Valant, nav. delo, str. 86.

³³ Direktiva 2010/13/EU Evropskega parlamenta in Sveta z dne 10. marca 2010 o usklajevanju nekaterih zakonov in drugih predpisov držav članic o opravljanju avdiovizualnih medijskih storitev (Direktiva o avdiovizualnih medijskih storitvah), UL L 95, 15. april 2010.

³⁴ Glej P. Grilc, nav. delo (2006), str. 1288.

ve prav tako pomembno, da so njihovi interesi pred nepoštenimi poslovnimi praksami varovani na ravni Unije.

Direktiva 2005/29 izrecno ugotavlja, da med podjetji obstajajo prakse, ki ne spadajo na njeno področje, saj ne škodijo interesom potrošnikov. Komisiji nalaga, da preuči potrebo po ureditvi tega področja.³⁵ Če vprašanja pristojnosti Unije za urejanje tega področja pustimo ob strani in se osredotočimo na praktično izpeljavo pravil o varstvu pred nepoštenimi poslovnimi praksami, je mogoče ugotoviti, da je na področju potrošnikov to varstvo celovito urejeno s horizontalnim aktom, ki se nanaša na nepoštene prakse v vseh panogah, medtem ko razmerja med podjetji niso urejena na ravni Unije. Sicer res obstaja možnost njihovega posrednega varstva, kar pa ne zadošča za učinkovito varstvo poštenih podjetij pred nepoštenimi praksami konkurentov. Normativni izraz posrednega varstva interesov konkurentov je določba prvega odstavka 11. člena Direktive 2005/29, iz katere izhaja zaveza držav članic, da ob ravnanju, ki ni v skladu z Direktivo 2005/29, priznajo procesno upravičenje tudi konkurentom, tako da se tem omogoči začetek postopka, bodisi neposredno bodisi s prijavo upravnemu organu, proti nepoštenim poslovnim praksam pred sodiščem.³⁶ Vendar pa ne gre spregledati, da to po samem bistvu le ni varstvo konkurentov kot takih, temveč še vedno le zagotavljanje širokega varstva potrošnikov.³⁷

Ker gre večinoma za iste poslovne prakse,³⁸ ki so v razmerju do potrošnikov prepovedane, v razmerju do konkurentov pa le v primeru, ko bistveno³⁹ škodijo tudi potrošnikom, se v teoriji pojavljajo zahteve po razširitvi področja uporabe Direktive 2005/29, tako da bi zajemala vse poslovne prakse v razmerju B2C, ne glede na to, ali imajo učinek na potrošnike ali konkurente.⁴⁰ Evropski parlament meni, da bi se morala ali razširiti osebna veljavnost Direktive 2005/29 na razmerja B2B ali pa bi se moral Direktivi 2006/114 priložiti »črni seznam« praks, ki se v vseh okoliščinah štejejo za zavajajoče.⁴¹

³⁵ Uvodna izjava 8 k Direktivi 2005/29.

³⁶ Sklepni predlogi generalne pravobranilke Trstenjak v zadevi C-540/08 *Mediaprint*, točka 44; U. Bernitz, nav. delo, str. 42.

³⁷ Glej R. M. Hilty, nav. delo, str. 11.

³⁸ Več o tem glej U. Bernitz, nav. delo, str. 41.

³⁹ O tem glej 3. poglavje.

⁴⁰ Glej na primer J. Stuyck, nav. delo, str. 27; D. Možina, nav. delo (2004), str. 1344; D. Možina, nav. delo (2006), str. 1296.

⁴¹ Evropski parlament v Resoluciji z dne 13. januarja 2009 o prenosu, izvajanju in izvrševanju Direktive 2005/29/ES o nepoštenih poslovnih praksah podjetij v razmerju do potrošnikov na notranjem trgu ter Direktive 2006/114/ES o zavajajočem in primerjalnem oglaševanju (2008/2114(INI)) (Resolucija), točka 7.

Direktiva 2005/29 dopušča možnost, da države članice enotno uredijo področje nepoštenih poslovnih praks tako v razmerjih B2C kot v razmerjih B2B. Za tak pristop sta se odločili na primer Nemčija in Avstrija, medtem ko je naš zakonodajalec prvotno enotno urejeno področje razdrobil prav z implementacijo Direktive 2005/29 z ZVPNPP.⁴² Če ne bo zakonodajne pobude za enotno urejanje poslovnih praks v razmerjih B2B, bi bilo smiselno osrednji nacionalni predpis o nelojalni konkurenci, ZVK, okrepiti z generalno klavzulo, da bi se dosegla uravnotežena ureditev razmerij B2C in B2B.⁴³ Namen pravnega urejanja teh področij je namreč tako varstvo potrošnikov kot varstvo ponudnikov, varstvo obeh kategorij pa mora biti uravnoteženo.⁴⁴

2.3. Zelena knjiga o nepoštenih trgovinskih praksah v oskrbni verigi z živili in neživili med podjetji v Evropi

Komisija je na podlagi določb Direktive 2005/29, ki ji nalaga, da preuči potrebo po urejanju nepoštenih poslovnih praks v razmerjih B2B, izdala Zeleno knjigo.⁴⁵ Ta definira nepošteno trgovinske prakse kot prakse med podjetji, ki močno odstopajo od dobrega trgovinskega ravnanja in so v nasprotju z dobro vero in poštenim ravnanjem.⁴⁶ Te prakse običajno uporablja močnejša stranka proti šibkejši stranki, torej v poslovnem odnosu med podjetji v primeru neravnotežja moči.⁴⁷ Tako šibkejša stranka običajno ne more opustiti nepoštenega odnosa in zamenjati partnerja zaradi stroškov, ki bi jih taka sprememba prinesla, ali zaradi pomanjkanja boljšega partnerja in tudi zaradi strahu pred povračilnimi ukrepi (t. i. dejavnik strahu).⁴⁸ Močnejši pogajalski položaj pa drugi stranki omogoča, da enostransko določi pogoje za šibkejšo nasprotno stranko

⁴² Različna ureditev v primerjavi z Nemčijo in Avstrijo je zanimiva predvsem zato, ker naša ureditev nelojalne konkurence temelji na nemškem in avstrijskem modelu. Glej P. Grilc, nav. delo (2007), str. 222.

⁴³ Glej P. Grilc, nav. delo (2006), str. 1288.

⁴⁴ Glej V. Trstenjak, nav. delo, str. 1125; R. M. Hilty, nav. delo, str. 7. Prav neuravnoteženost varstva pa bi lahko privedla do slabšega položaja potrošnikov. Osebna omejitve uporabe Direktive 2005/29 bi namreč lahko negativno vplivala na položaj potrošnikov tudi z vidika novih obrambnih strategij, s katerimi bi podjetja morda poskušala zagovarjati stališče, da njihove poslovne prakse zadevajo le razmerja B2B, zato ne kršijo Direktive 2005/29. Glej Sklepne predloge generalne pravobranilke Trstenjak v zadevi *Mediaprint*, opomba 25.

⁴⁵ Ob sklicevanju na 8. uvodno izjavo Direktive 2005/29 je tudi Evropski parlament Komisijo pozval, naj preuči potrebo po varstvu malih in srednjih podjetij pred agresivnimi poslovnimi praksami ter po potrebi uvede ustrezne nadaljnje ukrepe. Glej Resolucijo, točka 4.

⁴⁶ Zelena knjiga, str. 3.

⁴⁷ Prav tam.

⁴⁸ Prav tam, str. 6-7.

in pogodbeni odnos čezmerno oblikuje v korist izključno svojih lastnih ekonomskih interesov.⁴⁹ S tem šibkejša stranka nima nikakršnih možnosti, da bi se dejansko pogajala o pogodbenih pogojih, kar je v nasprotju s pogodbeno svobodo, ki bi morala biti temelj vsakega odnosa med podjetji.⁵⁰

Takšne nepoštene prakse, ki jih uporablja močnejša stranka v odnosu, zajemajo predložitev nezadostnih informacij o pogodbenih pogojih, zahtevanje plačil za blago ali storitve, ki za pogodbeno stranko nimajo vrednosti, enostranske ali retroaktivne spremembe pogodbenih pogojev ter plačila za navidezne storitve.⁵¹ Skupne značilnosti nepoštenih trgovinskih praks so premik nastalih stroškov in premik podjetniškega tveganja na šibkejšo stranko ter oviranje optimalnega sprejemanja odločitev, povzročanje pritiska na marže in potencialno zmanjševanje zmožnosti podjetij za naložbe in inovacije.⁵²

Zelena knjiga razlikuje med konkurenčnim pravom in pravili, katerih cilj je preprečiti nepoštene prakse. Cilj pravil o nepošteni trgovini je namreč drugačen od cilja konkurenčnega prava, saj urejajo pogodbeno razmerja med podjetji ne glede na dejanske ali domnevne učinke na konkurenco na trgu.⁵³ Tako je mogoče ugotoviti, da nekatere prakse, ki jih številne zainteresirane strani obravnavajo kot nepoštene, ne spadajo na področje uporabe pravil o konkurenci na ravni Unije ali v večini držav članic.⁵⁴ Ker vsebina Zelene knjige temelji na neenakopravnem pogajalskem položaju, se dotika zgolj tistih nepoštenih praks, do katerih pride v pogodbenem razmerju, ne pa tudi tistih praks, ki lahko vplivajo na ekonomski položaj konkurentov na trgu, ne da bi vstopali v pogodbeno razmerja z nepoštenim ponudnikom, čeprav tudi v tej smeri velja, da ni nujno, da bo takšna praksa prepoznana kot kršitev konkurenčnega prava, na položaj konkurentov pa vseeno učinkuje negativno.

Cilj Zelene knjige je torej preučiti urejanje tistih praks, ki ne pomenijo nujno hkrati kršitve konkurenčnega prava, da bi se tako lahko prepovedale s konkurenčnimi pravili, prav tako pa nimajo učinka na ekonomski položaj potrošnikov, da bi se lahko uporabilo posredno varstvo Direktive 2005/29.⁵⁵ Normativno urejanje teh praks bi bilo za ponudnike na trgu dobrodošlo, vendar bo

⁴⁹ Prav tam, str. 6.

⁵⁰ Prav tam, str. 6.

⁵¹ Prav tam, str. 6.

⁵² Prav tam, str. 21.

⁵³ Prav tam, str. 10, 11. Glej tudi 9. uvodno izjavo k Uredbi Sveta (ES) št. 1/2003 z dne 16. decembra 2002 o izvajanju pravil konkurence iz členov 81 in 82 Pogodbe, UL L 001, 4. januar 2003.

⁵⁴ Prav tam.

⁵⁵ Zaradi široke generalne klavzule v 13. členu ZVK je v slovenskem pravnem redu prostor za takšne poslovne prakse zelo ozek.

najprej treba ugotoviti, ali sploh obstaja dejanska potreba po takšnem urejanju ali pa bi široka razlaga Direktive 2005/29 vendarle lahko pripeljala do zadovoljive zaščite pred nepoštenimi poslovnimi praksami, ki ne pomenijo hkrati nelojalne konkurence.

3. ALI ŠIROKA INTERPRETACIJA V LUČI VARSTVA POTROŠNIKOV DAJE ZADOVOLJIVO VARSTVO TUDI KONKURENTOM?

Za Direktivo 2005/29 je značilen širok domet uporabe. Sodišče EU je imelo priložnost to že večkrat pojasniti.⁵⁶ Tako je poudarilo, da je za Direktivo 2005/29 značilna njena široka uporaba *ratione materiae*, ki se razteza na vsakršno poslovno prakso, neposredno povezano s promocijo, prodajo ali dobavo izdelkov potrošnikom. V zadevi *Mediaprint* je odločilo, da spada na področje uporabe Direktive 2005/29 nacionalna določba, ki na splošno prepoveduje vezane ponudbe, tudi takrat, ko ni namenjena zgolj varstvu potrošnikov, temveč tudi varstvu drugih ciljev, kot na primer varstvu pluralizma medijev in varstvu šibkejših konkurentov. Iz njenega dometa so izpuščene zgolj tiste poslovne prakse, ki prizadenejo samo ekonomske interese konkurentov ali ki se nanašajo na transakcije med podjetji.⁵⁷

Tako širok domet Direktive 2005/29 v praksi pomeni, da je lahko pod njenim okriljem skorajda vsaka poslovna praksa, ki je nepoštena, saj si je pri tako široki formulaciji poslovnih praks, ki so nepoštena, težko predstavljati, da ne bi bilo mogoče do konkurentov nepošteni poslovni praksi pripisati vsaj minimalnega posrednega učinka na ekonomske interese potrošnikov. Da je treba določbe Direktive 2005/29 interpretirati široko, je potrdilo tudi Sodišče EU v sodbi v zadevi *Ving Sverige AB*, v kateri je kot razlog proti ozki interpretaciji navedlo prav skrb za visoko raven varstva potrošnikov.⁵⁸

Tako širok pojem nepoštenih poslovnih praks, ki so urejene z Direktivo 2005/29, pa omogoča interpretacijo, po kateri bi lahko bilo za prizadevanje za visoko raven varstva potrošnikov nujno, da so z Direktivo 2005/29 prepovedane tudi nepoštena poslovne prakse v razmerjih med podjetji (B2B), ki nimajo učinka na ekonomski interes potrošnikov. Če za trenutek pustimo ob strani, da je to z Direktivo 2005/29 samo izrecno izključeno, kar bo predstavljeno v

⁵⁶ O široki uporabi Direktive 2005/29 in velikem številu zadev pred Sodiščem EU glej S. Weatherill, nav. delo (2012), str. 1313.

⁵⁷ Glej na primer sodbe v zadevah C-261/07 in C-299/07 *VTB-VAB* in *Galatea*, C-304/08 *Plus* in C-540/08 *Mediaprint*, točka 21.

⁵⁸ Sodba v zadevi C-122/10 *Ving Sverige AB*, točki 29, 39. Več o tem glej S. Weatherill, nav. delo (2012), str. 1314.

nadaljevanju, lahko pridemo do takšnega zaključka tudi, če upoštevamo širši pomen samega notranjega trga. Notranji trg je namreč sam po sebi »projekt varstva potrošnikov«, katerega namen je ustvarjati boljše delujoč trg, ki bo omogočal zdravo konkurenco in s tem večjo izbiro in nižje cene izdelkov, kar je v neposrednem interesu potrošnikov.⁵⁹ Ker se tudi z varstvom konkurentov pred nepoštenim ravnanjem drugih konkurentov na trgu zagotavlja poštena konkurenca,⁶⁰ je potemtakem tudi varstvo pred nepoštenimi poslovnimi praksami v razmerjih B2B v neposrednem interesu potrošnikov. Skladno s stališčem Sodišča EU v zadevi *Ving Sverige AB* bi lahko torej sklepali, da so tudi konkurenti lahko vedno predmet varstva Direktive 2005/29.

Vendar se zdi, da je to le preširoka razlaga pojma poslovnih praks v luči Direktive 2005/29, na kar kaže podrobno branje in analiza njenih določb. Iz 8. uvodne izjave izhaja, da Direktiva 2005/29 neposredno ščiti ekonomske⁶¹ interese potrošnikov pred nepoštenimi poslovnimi praksami podjetij v razmerju do potrošnikov (B2C). Na ta način pa posredno ščiti tudi podjetja, ki poslujejo zakonito, in s tem zagotavlja pošteno konkurenco. Ne zajema in tudi ne vpliva pa na nepošteno poslovne prakse, ki škodujejo samo ekonomskim interesom konkurentov ali zadevajo poslovanje med trgovci. Če torej poslovna praksa ne škodi potrošnikom, ne spada na področje uporabe Direktive 2005/29, zato pošteni konkurenti nimajo neposrednega varstva na njeni podlagi.

Na prvi pogled se zdi, da je varstvo konkurentov pred nepoštenimi poslovnimi praksami vseeno zagotovljeno na dokaj zadovoljiv način, če so le dovolj iznajdljivi, saj si lahko pomagajo z varstvom v imenu in z vidika varstva potrošnikov.⁶² Sodišče EU zagovarja široko interpretacijo Direktive 2005/29 prav v prizadevanju za visoko raven varstva potrošnikov, kamor bi se teoretično res lahko uvrstile številne poslovne prakse, ki ne škodijo potrošnikom. Drugi odstavek 5. člena določa, da je nepoštena poslovna praksa tista, ki nasprotuje zahtevam poklicne skrbnosti in ki v zvezi z izdelkom bistveno izkrivlja ali bi lahko izkrivljala ekonomsko obnašanje povprečnega potrošnika, ki *ga izdelek doseže ali je nanj usmerjen* (poudarila P. W.).⁶³ Če B2C pomeni »dosegati ali usmerjati na potrošnika«, se lahko poslovna praksa B2B, ki pomeni »dosegati

⁵⁹ Več o notranjem trgu in omogočanju večje izbire za potrošnike glej S. Weatherill, nav. delo (2005), str. 34. Glej tudi R. Knez, nav. delo, str. 1353.

⁶⁰ Glej 8. uvodno izjavo k Direktivi 2005/29.

⁶¹ V 7. uvodni izjavi k Direktivi 2005/29 je izrecno navedeno, da se ne nanaša na pravne zahteve glede dobrega okusa in spodobnosti, ki so v posameznih državah članicah zelo različne.

⁶² Glej tudi S. A. Kanduč Valant, nav. delo, str. 85.

⁶³ V primeru, da je poslovna praksa usmerjena na določeno skupino potrošnikov, je nepoštena poslovna praksa tista, ki izkrivlja ali bi lahko izkrivljala obnašanje povprečnega člana skupine. Glej točko b drugega odstavka 5. člena Direktive 2005/29.

ali usmerjati na konkurenta«, simultano kvalificira tudi kot poslovna praksa B2C, vsaj v tolikšni meri, kolikor je poslovna praksa, ki je naslovljena (in dosega) na konkurenta, sposobna simultano »doseči« potrošnika.⁶⁴ Zastavlja se vprašanje, ali v praksi sploh obstaja poslovna praksa, ki ne vpliva *per se* tudi na interese potrošnikov.⁶⁵ Pri tem je pomembno, kako široko ali ozko se bo interpretiralo, da neka poslovna praksa *ne škodi* interesom potrošnikom ter tako ne spada na področje uporabe Direktive 2005/29. Pomoč pri iskanju odgovora lahko najdemo v uvodni izjavi k Direktivi 2005/29. V skladu z načelom sorazmernosti ta varuje potrošnike pred učinki takšnih nepoštenih poslovnih praks, ki so *bistveni*.⁶⁶ Ne varuje pa jih pred učinki, ki so *zanemarljivi*.⁶⁷ V nadaljevanju Direktiva 2005/29 določa, da se ne nanaša na poslovne prakse, ki služijo *predvsem* drugim namenom (poudarila P. W.).⁶⁸ S tem še zaostri pogoje za uporabo, saj dikcijo, da se ne uporablja za poslovne prakse, ki »škodujejo samo ekonomskim interesom konkurentov ali zadevajo poslovanje med trgovci«, dodatno zaostri s tem, da se ne uporablja niti takrat, ko sicer škodijo tudi interesom potrošnikov, a ne bistveno, temveč zgolj posredno in zanemarljivo.

Iz tega lahko sklenemo, da se Direktiva 2005/29 niti *de facto* ne more uporabljati v vseh razmerjih B2B pod krinko vplivanja na ekonomske interese potrošnikov, ker bi se ti lahko razlagali tako široko, saj bo moral ta učinek na njihove interese izpolniti pogoj, da bo bistven in ne zanemarljiv. Seveda so to zgolj standardi, za katere Direktiva 2005/29 ne določa, kako jih napolniti. Tako bo sodnik od primera do primera presojal, ali je učinek neke nepoštenne poslovne prakse na potrošnike bistven ali ne, pri tem pa ne bo imel nobenih okvirno za tako presojo, kar vseeno omogoča široko interpretacijo pojma bistvenih učinkov. Direktiva 2005/29 torej navidezno oži možnosti za široko posredno varstvo konkurentov, vendar mu prav z nedoločnim jezikom pušča odprta vrata.

Odrpna vrata za široko posredno varstvo konkurentov pa bodo ostala ključna pri zagotavljanju njihovega varstva pred nepoštenimi poslovnimi praksami tudi ob morebitnem sprejemu pravil B2B na podlagi ugotovitev, do katerih bo pripeljala Zelena knjiga. Zelena knjiga namreč nadalje drobi področje nepoštenih poslovnih praks, saj se nanaša zgolj na eno izmed dveh kategorij, ki ju Direktiva 2005/29 izključuje iz svojega obsega uporabe, to je na nepošte-

⁶⁴ Glej B. Keirsbilck, nav. delo, str. 249. Glej tudi U. Bernitz, nav. delo, str. 42.

⁶⁵ Glej tudi R. M. Hilty, nav. delo, str. 7.

⁶⁶ Uvodna izjava 6 k Direktivi 2005/29.

⁶⁷ Prav tam.

⁶⁸ Prav tam, 7. uvodna izjava.

ne poslovne prakse, ki zadevajo poslovanje med trgovci.⁶⁹ Ne nanaša pa se na nepoštene prakse, ki škodujejo samo ekonomskim interesom konkurentov na trgu, ki z nepoštenim podjetjem niso v poslovnem razmerju.

Čeprav tudi Direktiva 2005/29 obravnava poslovne prakse, ki so neposredno povezane z vplivanjem na odločitve potrošnikov o poslu v zvezi z izdelki, to ni nujno najboljša rešitev za varstvo konkurentov. Za poštene konkurente je pogosto bistveno, da se njihovim konkurentom, s katerimi sicer niso v pogodbenem razmerju, prepreči uporaba nepoštenih praks, ki vplivajo na njihove poslovne priložnosti. Zato bo vprašanje ravni zaščite konkurentov, ki jo lahko dosežemo z interpretacijo pravil, ki se nanašajo na razmerja B2C, ostalo aktualno tudi ob sprejemu novih pravil B2B na podlagi Zelene knjige.⁷⁰

4. SMISELNOST UPORABE LOGIKE VARSTVA POTROŠNIKOV V RAZMERJIH MED KONKURENTI

4.1. Varstvo šibkejše stranke

Četudi bi prišli do pozitivnega odgovora na vprašanje, ali razlaga določb Direktive 2005/29 dopušča možnost širokega varstva poštenih konkurentov pred praksami nepoštenih, torej tudi v primeru, ko praksa ne škodi potrošnikom, pa naletimo na novo sporno vprašanje, ali je preslikava logike potrošniškega prava, ki temelji na varstvu šibkejše stranke, v razmerja med podjetji sploh upravičena in zaželeni.⁷¹

Konkurenčno pravo in pogodbeno avtonomija strank naj bi bila dve strani iste medalje, saj na primer pogodbeno svoboda za svojo učinkovitost nujno potrebuje konkurenco, ker je zgolj delujoča konkurenca sposobna nevtralizirati celo velike razlike v moči oziroma pogodbenem položaju strank.⁷² Tako je varstvo konkurence vedno hkrati tudi varstvo šibkejše stranke v pogodbenem razmer-

⁶⁹ Glej 6. uvodno izjavo k Direktivi 2005/29, ki določa, da ta direktiva ne zajema niti ne vpliva na posamezne nacionalne zakonodaje o nepoštenih poslovnih praksah, ki škodujejo samo ekonomskim interesom konkurentov ali zadevajo poslovanje med trgovci.

⁷⁰ Ker je določena raven zaščite pred nepoštenimi praksami, ki zadevajo poslovanje med trgovci, v domačem pravnem redu zagotovljena z načeli, ki jih najdemo v Obligacijskem zakoniku, morebitna nova ureditev tudi na tem področju na prvi pogled ne bi bistveno pripomogla k varovanju interesov konkurentov. Glej na primer 4., 5. in 6. člen, ki urejajo enakopravnost udeležencev v obligacijskih razmerjih, načelo vestnosti in poštenja, ravnanje v skladu z dobrimi poslovnimi običaji in skrbnost.

⁷¹ Takšno varstvo malih in srednjih podjetij, na podlagi logike varstva šibkejše stranke v okviru varstva potrošnikov, predvideva tudi predlog Uredbe o skupnem evropskem prodajnem pravu, več o tem glej M. Djinović in A. Friedl, nav. delo, str. II.

⁷² J. Glöckner, nav. delo, str. 94.

ju.⁷³ Če se strinjamo s tem argumentom, nas uporaba pravil, ki so namenjena varstvu potrošnikov, v razmerjih B2B ne bi smela motiti, saj je logika varstva šibkejše stranke temelj tako razmerij B2C kot razmerij B2B, torej vedno kadar je v pogodbenem razmerju udeležena šibkejša stranka, bodisi potrošnik bodisi podjetje. Takšni razlagi pritrjuje tudi Komisija, ki navaja, da prihaja do nepoštenih poslovnih praks prav zaradi neravnotežja moči in jih uporablja močnejša stranka proti šibkejši, kar pa ni omejeno zgolj na razmerja med podjetji in potrošniki.⁷⁴ Prav to neravnotežje moči je namreč razlog, da šibkejša stranka pogosto ne more opustiti nepoštenega odnosa in zamenjati poslovnega partnerja zaradi stroškov, ki jih pomeni takšna sprememba, ali zaradi pomanjkanja alternativ.⁷⁵

Očitno torej konkurenčno pravo in pogodbeno avtonomija strank nista vedno dovolj, da se zagotovijo poštene poslovne prakse, saj prav neenak pogajalski položaj onemogoča vzajemne koristi iz pogodbene svobode,⁷⁶ zaradi česar je potrebno dodatno varstvo deležnikov na trgu, pogosto malih in srednjih podjetij. Ker je pogodbeno avtonomija za dobro delujoč trg ključna, neenak pogajalski položaj pa je mogoče pripisati tako potrošnikom kot tudi šibkejšim podjetjem, s tega vidika urejanje razmerij B2B s pravili za B2C torej ne bi smelo biti problematično, zlasti ker gre pogosto za iste poslovne prakse, cilj varovanja obeh skupin pa je poštena konkurenca za učinkovito delovanje trga. Vendar obstajajo tudi nasprotna mnenja, da je taka koncepcija odmik od temeljnega razumevanja pogodbenih razmerij med gospodarskimi subjekti.⁷⁷ Pogajalska moč podjetij namreč ni premo sorazmerna njegovi velikosti, poleg tega pa so podjetja dolžna ravnati z višjo stopnjo skrbnosti, zaradi česar malih in srednjih podjetij ni mogoče izenačevati s potrošniki.⁷⁸

Ker se Komisija v Zeleni knjigi osredotoča na nepoštene prakse v razmerjih B2B, ki temeljijo na neenakopravnem pogodbenem položaju, ne pa tudi na druge prakse, ki prizadenejo poštene konkurente na trgu, s katerimi nepošteni konkurent ni v pogodbenem razmerju, se zdi, da bodo z morebitnim novim aktom varovane le tiste kategorije, ki bodo po definiciji odraz varstva šibkejše stranke.

⁷³ Prav tam.

⁷⁴ Glej Zeleno knjigo, str. 3.

⁷⁵ Prav tam, str. 6.

⁷⁶ Prav tam.

⁷⁷ Glej M. Džinović in A. Friedl, nav. delo, str. III.

⁷⁸ Prav tam.

4.2. Standard poštenosti

Pri presoji smiselnosti uporabe pravil, namenjenih varstvu pred nepoštenimi poslovnimi praksami v razmerju B2C, tudi v razmerjih B2B je treba upoštevati, da je nepoštenost pravni standard, ki ga je treba napolniti v vsakem konkretnem primeru posebej. Pri tem se zastavi vprašanje, ali je poštenost podjetja treba presojati z enakimi merili, ko njegova praksa škodi potrošnikom in ko škodi konkurentom na trgu, ali pa je treba uporabiti dva različna testa poštenosti. Pri tem je treba pripomniti, da lahko pride do enotnega testa poštenosti tudi na podlagi učinka spontanega prelitja (angl. *spill-over*) pogojev za uporabo prepovedi nepoštenih poslovnih praks iz Direktive 2005/29 na razmerja B2B.⁷⁹

Pri presojanju nepoštenosti v razmerjih s potrošniki je merilo povprečni potrošnik, čigar definicijo je oblikovalo Sodišče EU.⁸⁰ Tako je v sodbah v zadevah *Cassis de Dijon*, *Mars*, *Clinique* in *Drei Glocken* oblikovalo definicijo potrošnika, ki je razumno obveščen, pozoren in pazljiv ter sposoben sprejemati odločitve v skladu s svojimi preferencami.⁸¹ Pozabilo ni niti na posebno ranljive skupine potrošnikov, kot so na primer otroci ali kupci, ki jih prodajalec obišče na njihovem domu.⁸² V primeru takšne skupine potrošnikov se standard povprečnega potrošnika presoja z vidika povprečnega člana navedene skupine.⁸³ S sodbo v zadevi *Estée Lauder*⁸⁴ je formulo povprečnega potrošnika razširilo z upoštevanjem družbenih, kulturnih in jezikovnih značilnosti. Sodno prakso Sodišča EU je posnemal tudi zakonodajalec, ki je to v Direktivi 2005/29 celo izrecno poudaril.⁸⁵

Ni nujno, da legitimni interesi potrošnikov in konkurentov sovpadajo, saj so opredelitve etičnosti, moralnosti, skladnosti z dobrimi poslovnimi običaji raznolike ne le med posameznimi panogami ali posli, temveč zlasti nasproti potrošnikom.⁸⁶ Predpisi o zatiranju nelojalne konkurence in o varstvu potrošnikov res vplivajo na isto ravnanje, na iste poslovne prakse, vendar v okviru

⁷⁹ B. Keirsbilck, nav. delo, str. 302.

⁸⁰ G. B. Abbamonte, nav. delo, str. 24.

⁸¹ Sodbe v zadevah 120/78 *Cassis de Dijon*, C-470/93 *Mars*, 407/85 *Drei Glocken* in C-315/92 *Clinique*.

⁸² Več o povprečnem potrošniku glej S. Weatherill, nav. delo, str. 115, in V. Mak, nav. delo, str. 25.

⁸³ Glej na primer sodbo v zadevah 286/81 *Oosthoek's Uitgeversmaatschappij*, C-382/87 *Buet* in C-441/04 *Claudia Schmidt*.

⁸⁴ Sodba v zadevi C-220/98 *Estée Lauder*.

⁸⁵ Glej 18. uvodno izjavo in 5. člen Direktive 2005/29.

⁸⁶ P. Grilc, nav. delo (2011), str. 1364.

različnih prioritet, in izražajo različne moralne vrednote.⁸⁷ Zato je vprašljivo, do kolikšne mere je nelojalna konkurenca lahko zadovoljivo varovana, če je varovana z merili, ki se uporabljajo za varstvo potrošnikov.⁸⁸ V teoriji pa se ne glede na te pomisleke pojavlja mnenje, da bi morali biti kriteriji za presojanje nepoštenosti poslovne prakse načelno poenoteni, ne glede na to, komu je praksa namenjena, na koga naslovljena ali koga so dosegli njeni učinki.⁸⁹

Pri tem je treba opozoriti tudi, da preveč velikodušna interpretacija testa poštenosti na področju nelojalne konkurence omejuje dinamično konkurenco.⁹⁰ Cilji, ki jim sledita pravo nelojalne konkurence in pravo varstva konkurence, so si namreč lahko nasprotni.⁹¹ Zato obstaja nevarnost, da se v primeru, ko bi želeli poslovno prakso, ki domnevno škodi interesom konkurentov na trgu, presojati v skladu s standardom poštenosti, primernim za varstvo potrošnikov, pretirano posega v delovanje trga in zdrave konkurence na trgu ter prepove dejanja, ki z vidika delovanja konkurence na trgu niso sporna, temveč je odločilni kriterij poslovna morala.⁹² S tem pa lahko tako poostreno varstvo pred nepoštenimi poslovnimi pogoji škodi prav potrošnikom.⁹³

Vprašanje primernosti uporabe pravil, ki veljajo v razmerjih B2C, tudi v razmerjih B2B in napolnjevanje standarda poštenosti je lahko aktualno tudi na področju nepoštenih pogodbenih pogojev, ki so v potrošniških pogodbah prepovedani z Direktivo 93/13 o nedovoljenih pogojih v potrošniških pogodbah (Direktiva 93/13).⁹⁴ Ta direktiva v 3. členu določa, da pogodbeni pogoji, o katerem se stranki nista dogovorili posamično, velja za nedovoljenega, če v nasprotju z zahtevo dobre vere v škodo potrošnika povzroči znatno neravnotežje v pogodbenih pravicah in obveznostih strank. Tak nepošteni pogodbeni pogoji potrošnika ne zavezuje.⁹⁵ Sodišče EU je na tem področju razvilo sodno prakso, po kateri so sodniki dolžni presojati nedovoljenost pogodbenih pogojev po

⁸⁷ Prav tam.

⁸⁸ Primerjaj prav tam.

⁸⁹ Glej B. Keirsbilck, nav. delo, str. 249.

⁹⁰ J. Stuyck, nav. delo, str. 16; R. M. Hilty, nav. delo, str. 49.

⁹¹ Glej na primer R. M. Hilty, nav. delo, str. 5; J. Stuyck, nav. delo, str. 7.

⁹² Glej tudi D. Možina, nav. delo (2006), str. 1300.

⁹³ Več o tem glej J. Stuyck, nav. delo (2007), str. 172. Glej tudi V. Trstenjak, nav. delo (2009), str. 11, ki meni, da je pri varstvu potrošnikov pomembno, da proizvajalci in prodajalci niso preveč omejeni in da se ohranja konkurenčnost poslovnih subjektov.

⁹⁴ Direktiva Sveta št. 93/13/EGS z dne 5. aprila 1993 o nedovoljenih pogojih v potrošniških pogodbah, UL L 95, 21. april 1993.

⁹⁵ Glej prvi odstavek 6. člena Direktive 1993/13. O varstvu potrošnika kot šibkejše stranke in praktični uporabi pravil o nepoštenih pogodbenih pogojih glej tudi A. Ferčič, nav. delo, str. 11.

uradni dolžnosti, tudi če potrošnik ne ugovarja, saj gre za šibkejšo stranko tako z vidika pogajalskega položaja kot tudi informiranosti in znanja.⁹⁶ V zadevi *Mostaza Claro*⁹⁷ je pojasnilo, da je formalno ravnotežje v pogodbenih pravicah in obveznostih, ki izhajajo iz pogodbe, treba nadomestiti z učinkovitim ravnotežjem, ki bo spet vzpostavilo enakopravnost med pogodbenimi strankami.

Ali bi se, če sprejmemo možnost, da se pravila v zvezi z nepošteno poslovno prakso v razmerjih s potrošniki preslikajo v razmerja med konkurenti na trgu, konkurenti na podoben način lahko varovali tudi na področju Direktive 93/13? Pri tem ne smemo spregledati, da je lahko prav višji standard skrbnosti (standard profesionalne skrbnosti), ki se pričakuje od podjetja v primerjavi s potrošnikom, razlog, da presojanje sodišča po uradni dolžnosti o poštenosti pogodbenih pogojev v takem primeru ni primerno.⁹⁸ Vendar pa ne gre pozabiti, da je aktivnost Komisije v Zeleni knjigi, s katero želi preučiti potrebo po normativnem urejanju praks v razmerjih B2B, utemeljena s primerljivo logiko, kot jo je sodišče razvilo v zvezi z nepoštenimi pogodbenimi pogoji v potrošniških pogodbah na podlagi Direktive 93/13, saj obe temeljita na varstvu šibkejše stranke.

5. SKLEP

Direktiva 2005/29 konkurentom omogoča zgolj posredno varstvo njihovih interesov, neposredno varstvo pa le v razmerjih B2C. Kljub široko zastavljeni definiciji nepoštenih poslovnih praks in težnji k njihovi široki interpretaciji podrobna analiza besedila Direktive 2005/29 vseeno kaže na to, da vseh poslovnih praks, ki škodijo poštenim konkurentom, vendarle ni mogoče stlačiti v podano definicijo in konkurentom zagotoviti celovitega varstva. Pri tem ne gre mimo dejstva, da je pri večini nepoštenih poslovnih praks interes potrošnikov in konkurentov neločljivo povezan – pravilno delovanje trga. Vendar če praksa ne bo imela bistvenega in nezanemarljivega učinka na ekonomski interes potrošnika, ne bo prepovedana na podlagi Direktive 2005/29. Ker pa gre za pojme, ki jih bo sodnik napolnjeval od primera do primera pri presojanju, ali je učinek neke nepoštene poslovne prakse na potrošnike bistven ali ne, pri čemer za tako presojo ne bo imel nobenih okvirov, mu je vseeno omogočena široka

⁹⁶ Glej na primer sodbo v zadevi C-244/98 *Oceano Grupo*, točka 25, in sodbo v zadevi C-618/10 *Banco Espanol de Crédito SA*, točka 57. Več o presojanju pogodbenih pogojev po uradni dolžnosti glej tudi V. Trstenjak in E. Beysen, nav. delo, str. 119.

⁹⁷ Sodba v zadevi C-168/05 *Mostaza Claro*, točka 38. Glej tudi sodbo v zadevi C-243/08 *Pannon GSM*, točka 31, C-40/08 *Asturcom Telecomunicaciones*, točka 32, C-137/08 *VB Pénzügyi Lízing*, točka 49.

⁹⁸ Glej M. Djinović in A. Friedl, nav. delo, str. III.

interpretacija pojma bistvenih učinkov. Direktiva 2005/29 torej navidezno oži možnosti za široko posredno varstvo konkurentov, vendar mu prav z nedoločnim jezikom pušča odprta vrata.

Vendar pa še tako široka interpretacija Direktive 2005/29 ne more zagotoviti celovitega varstva poštenih konkurentov pred nepoštenimi poslovnimi praksami. Zato v primeru prakse, ki nima bistvenega učinka na interese potrošnika, vendar ne krši niti konkurenčnih pravil, vseeno pa škodi interesu konkurentov, ni podlage za varstvo konkurentov. Prav z namenom, da se preuči potreba po varstvu v takih primerih, je Komisija izdala Zeleno knjigo, ki pa se osredotoča zgolj na prakse, do katerih prihaja v pogodbenih razmerjih zaradi neenakopravnega položaja pogodbenih strank, kar je primerljivo z vsebino Direktive 93/13 o nepoštenih pogodbenih pogojih in na njej utemeljeno sodno prakso Sodišča EU. Zato bo vprašanje varstva interesov konkurentov, ki niso v pogodbenem razmerju z nepoštenim podjetjem na trgu, pred učinki nepoštenih poslovnih praks s pomočjo široke razlage posrednega varstva Direktive 2005/29 ostalo aktualno tudi ob morebitnem sprejemu pravil na podlagi Zelene knjige, ki bodo urejala razmerja B2B. Razlog za tako ozko izbrano skupino poslovnih praks, na katere se osredotoča Zelena knjiga, je morda v tem, da so konkurenti vendarle dovolj varovani s konkurenčnimi pravili in pravili za razmerja B2C (to, kar ostane nevarovano, pa je očitno zanemarljivega pomena, razen če gre za neenakopravnost pogodbenih pravic in obveznosti). Morda pa je treba iskati razloge drugje, na primer v preveč različnih nacionalnih ureditvah prava nelojalne konkurence, da bi jih bilo mogoče učinkovito poenotiti.

Pri uporabi enakih pravil za urejanje razmerij B2C in B2B je treba upoštevati, da logika varstva potrošnikov, namreč varstvo šibkejših strank, sicer ni nujno nasprotna namenu varovanja konkurentov, saj je pogodbeno svoboda za učinkovito konkurenco ključna. V razmerjih, v katerih imajo pogodbene stranke neenakopraven položaj, ima šibkejša stranka, bodisi potrošnik bodisi podjetje, omejene možnosti za pogajanje o pogodbenih pogojih, kar je v nasprotju s pogodbeno svobodo. Bolj problematična je uporaba enakega standarda poštenosti v obeh primerih, saj predpisi o preprečevanju nelojalne konkurence in o varstvu potrošnikov sicer res vplivajo na isto ravnanje, vendar v okviru različnih prioritet, izražajo različne moralne vrednote in zahtevajo ravnanje z različno stopnjo skrbnosti.

Literatura

- Giuseppe B. Abbamonte: The UPCD and its General Prohibition, v: Weatherill, Stephen, in Bernitz, Ulf (ur.): *The Regulation of Unfair Commercial Practices under EC Directive 2005/29: New Rules and New Techniques*. Hart Publishing, Oxford in Portland 2007.
- Aleš Avbreht, Borut Zajc, Boštjan Grešak, Marjeta Erjavec in Mateja Dren: *Zakon o varstvu potrošnikov pred nepoštenimi poslovnimi praksami (ZVPNNP)*. Uradni list Republike Slovenije, Ljubljana 2007.
- Ulf Bernitz: Scope, Ambitions and Relation to Unfair Competition Law, v: Weatherill, Stephen, in Bernitz, Ulf (ur.): *The Regulation of Unfair Commercial Practices under EC Directive 2005/29: New Rules and New Techniques*. Hart Publishing, Oxford in Portland 2007.
- Maja Brkan: Neskladnost slovenske potrošniške zakonodaje z evropsko?, v: *Pravna praksa*, (2010) 47, str. 11–13.
- Marko Djinović in Andrej Friedl, Skupno evropsko prodajno pravo – mar v B2B že ne obstaja?, v: *Pravna praksa*, (2013) 7-8, str. II–VIII (priloga).
- Aleš Ferčič: (Nepošteni) pogodbeni pogoji v potrošniških pogodbah, v: *Pravna praksa*, (2010) 2, str. 9–11.
- Frauke Henning-Bodewig: *International Unfair Competition Law*, v: Hilty, Reto M., in Henning-Bodewig, Frauke (ur.): *Law Against Unfair Competition. Towards a New Paradigm in Europe?* Springer, Berlin in Heidelberg 2007.
- Frauke Henning-Bodewig: *Secondary Unfair Competition Law*, v: Hilty, Reto M., in Henning-Bodewig, Frauke (ur.): *Law Against Unfair Competition. Towards a New Paradigm in Europe?* Springer, Berlin in Heidelberg 2007.
- Reto M. Hilty: *The Law Against Unfair Competition and Its Interfaces*, v: Hilty, Reto M., in Henning-Bodewig, Frauke (ur.): *Law Against Unfair Competition. Towards a New Paradigm in Europe?* Springer, Berlin in Heidelberg 2007.
- Jochen Glöckner: *The Law Against Unfair Competition and the EC Treaty*, v: Hilty, Reto M., in Henning-Bodewig, Frauke (ur.): *Law Against Unfair Competition. Towards a New Paradigm in Europe?* Springer, Berlin in Heidelberg 2007.
- Peter Grilc: Novosti in težnje na področju nelojalne konkurence, v: *Podjetje in delo*, (2011) 6-7, str. 1360–1365.
- Peter Grilc: *Unfair Competition Law in Slovenia*, v: Hilty, Reto M., in Henning-Bodewig, Frauke (ur.): *Law Against Unfair Competition. Towards a New Paradigm in Europe?* Springer, Berlin in Heidelberg 2007.

- Peter Grilc: Zatiranje nelojalne konkurence v Sloveniji (Erozija področja in dosedANJI nekoncept ter reforma, ki naj postavi koncept), v: *Podjetje in delo*, (2006) 6-7, str. 1282–1288.
- Peter Grilc (red.), Tanja Bratina, Aleš Galič, Erik Kerševan, Mitja Kocmut, Klemen Podobnik, Ana Vlahek in Bojan Zabel: *Zakon o preprečevanju omejevanja konkurence s komentarjem (ZPOmK-1)*. GV: Založba, Ljubljana 2009.
- Andrejka Grlič: Tržni inšpektorat med varstvom potrošnikov in zatiranjem nelojalne konkurence, v: *Podjetje in delo*, (2010) 6-7, str. 1355–1362.
- Marko Ilešič: Potrošniško pravo – nastaja nova pravna panoga?, v: *Pravna praksa*, (1999) 32, str. I.
- Mirko Ilešič: Reklama v pravu Evropske skupnosti, v: *Podjetje in delo*, (1997) 6-7, str. 1239–1246.
- Miha Juhart: Konkurenčno pravo EU: Pravna ureditev potrošnikov v kontekstu konkurenčnega prava Skupnosti, v: *Podjetje in delo*, (2001) 6-7, str. 1221–1227.
- Staša Ana Kanduč Valant: *Varstvo konkurentov v okviru ureditve nepoštenih poslovnih praks v pravu EU*. Magistrska naloga. Univerza v Mariboru, Pravna fakulteta, Maribor 2011.
- Rajko Knez: Vpliv politike varstva potrošnikov v EU na slovensko pravo doslej in v prihodnosti, v: *Podjetje in delo*, (2004) 6-7, str. 1353–1364.
- Bert Keirsbilck: *The New European Law of Unfair Commercial Practices and Competition Law*. Hart Publishing, Oxford in Portland 2011.
- Vanessa Mak: Standards of Protection: In Search of the »Average Consumer« of EU Law in the Proposal for a Consumer Rights Directive, v: *European Review of Private Law*, (2011) 1, str. 25–42.
- Damjan Možina: Direktiva o nepoštenih poslovnih praksah – odprta vprašanja, v: *Podjetje in delo*, (2006) 6-7, str. 1296–1308.
- Damjan Možina: Razvojne težnje v evropskem pravu nelojalne konkurence in varstva potrošnikov, v: *Podjetje in delo*, (2004) 6-7, str. 1339–1352.
- Klemen Podobnik: Implementacija Direktive o nepoštenih poslovnih praksah, v: *Podjetje in delo*, (2006) 6-7, str. 1289–1295.
- Wolfgang Schumacher: *The Unfair Commercial Practices Directive*, v: Hilty, Reto M., in Henning-Bodewig, Frauke (ur.): *Law Against Unfair Competition. Towards a New Paradigm in Europe?* Springer, Berlin in Heidelberg 2007.
- Jules Stuyck: *Briefing Paper on Addressing unfair commercial practices in business-to-business relations in the internal market*. Evropski parlament, Bruselj 2011.

- Jules Stuyck: Regulation of Sales Promotion and Unfair Competition, v: Weatherill, Stephen, in Bernitz, Ulf (ur.): The Regulation of Unfair Commercial Practices under EC Directive 2005/29: New Rules and New Techniques. Hart Publishing, Oxford in Portland 2007.
- Verica Trstenjak: Potrošnik in prodajalec – koga bolj ščiti evropsko pravo?, v: Pravna praksa, (2009) 11, str. 7–10.
- Verica Trstenjak: Sklepanje pogodb po internetu v sodni praksi Sodišča EU – od pristojnosti do odgovornosti, v: Podjetje in delo, (2010) 6-7, str. 1125–1133.
- Verica Trstenjak in Erwin Beysen: European Consumer Protection Law: Curia Semper Dabit Remedium?, v: Common Market Law Review, (2011) 48, str. 95–124.
- Stephen Weatherill: The Consumer Rights Directive: How and why a Quest for »Coherence« has (Largely) Failed, v: Common Market Law Review, (2012) 49, str. 1279–1318.
- Stephen Weatherill: EU Consumer Law and Policy. Edward Elgar Publishing, Cheltenham 2005.
- Stephen Weatherill: Who is the »Average Consumer«?, v: Weatherill, Stephen, in Bernitz, Ulf (ur.): The Regulation of Unfair Commercial Practices under EC Directive 2005/29: New Rules and New Techniques. Hart Publishing, Oxford in Portland 2007.

PROTECTION OF COMPETITORS AGAINST UNFAIR COMMERCIAL PRACTICES ON THE BASIS OF THE RULES PROTECTING CONSUMERS

Petra Weingerl,

*LL.B., Magister Juris (Dist) (Oxford), judicial trainee,
Appellate Court in Ljubljana*

Unfair commercial practices in the relations between businesses and consumers (business-to-consumer or B2C) are regulated at the Union level with Directive 2005/29 on unfair commercial practices (Directive 2005/29)¹, which does not (directly) protect competitors against practices in business-to-business or B2B relations. The Commission decided to examine the need for Union action in the field of unfair competition beyond the remit of this Directive and prepared Green Paper on Unfair Trading Practices in the Business-to-Business Food and Non-Food Supply Chain in Europe (Green Paper)².

In the light of new Commission's activities in the area of unfair commercial practices the question arises regarding the actual necessity of the new rules regulating B2B relations. This question is connected with the question whether these practices could be sufficiently regulated with the use of competition law, civil law rules and consumer protection law. This article is mostly limited to the regulation of unfair commercial practices in B2B relationship with rules designed to regulate B2C relationships. In the article, the author points out that the question of the use of the rules designed to regulate B2C relations in B2B relations will remain open also in the case of potential adoption of new

¹ Directive 2005/29/EC of the European parliament and of the Council of 11 May 2005 concerning unfair business-to-consumer commercial practices in the internal market and amending Council Directive 84/450/EEC, Directives 97/7/EC, 98/27/EC and 2002/65/EC of the European Parliament and of the Council and Regulation (EC) No 2006/2004 of the European Parliament and of the Council ('Unfair Commercial Practices Directive'), OJ L 149, 11. 6. 2005.

² COM(2013) 37 final.

B2B rules, adopted on the basis of the findings that will be reached on the basis of Green Paper. This is due to the fact that Green Paper deals only with one segment of unfair commercial practices, those used in the contractual relationship of the businesses.

As unfair commercial practices often harm both interests, interests of consumers and competitors alike, it seems inappropriate at the first sight to directly protect only one of these categories. It seems that Directive 2005/29 ensures satisfying protection of competitors under cover of protection of consumers' interests, due to its broad formulation of unfair commercial practices and indirect protection of competitors. Nevertheless, detailed analysis of the wording of the Directive 2005/29 shows that all commercial practices harming competitors cannot be squeezed under the umbrella of this broad definition to achieve the holistic protection of competitors. The author first introduces the dualistic framework of the protection against unfair commercial practices and the content of the Green Paper. In the second part, she goes into the analysis of how broad the interpretation of protected interest on the basis of the Directive's provisions could really be and to what extent is appropriate to transpose the rationale of consumer protection to the business to business relations, focusing especially on protection of the weaker party and the interpretation of the fairness test.

The Directive 2005/29 is characterised by a particularly wide scope *ratione materiae* which extends to any commercial practice directly connected with the promotion, sale or supply of a product to consumers.³ The Court of Justice of the EU (the Court) has explained that, as is evident from recital 6 in the preamble to the Directive 2005/29, only national legislation relating to unfair commercial practices which harm 'only' competitors' economic interests or which relate to a transaction between traders is thus excluded from that scope.

Such wide scope *ratione materiae* of the Directive 2005/29 in practice means that almost every unfair commercial practice could be under its umbrella. Having such wide formulation of the unfair commercial practices, it is hard to imagine a B2B practice that does not have at least minimum effect on economic interests of consumers. The Court held in *Ving Sverige AB* that a non-restrictive interpretation is the only one which is consistent with one of the objectives of that directive which, according to Article 1 thereof, is that of achieving a high level of consumer protection.⁴

However, it seems as too broad interpretation of the provisions of the Directive 2005/29. It has limited its scope *ratione personae* to B2C relationships only

³ Judgement of the Court in Case C-540/08 *Mediaprint*, point 21.

⁴ Judgement of the Court in Case C-122/10 *Ving Sverige AB*, points 29, 39.

as it regulates unfair commercial practices which directly harm consumers' economic interests and thereby only indirectly harm the economic interests of legitimate competitors.⁵ Article 5(2) provides that a commercial practice shall be unfair if it is contrary to the requirements of professional diligence, and it materially distorts or is likely to materially distort the economic behaviour with regard to the product of the average consumer *whom it reaches or to whom it is addressed*, or of the average member of the group when a commercial practice is directed to a particular group of consumers. If B2C means "reach or address the consumer", then B2B unfair commercial practice (meaning "reach or address the competitor") could be simultaneously qualified as B2C commercial practice, at least to the extent to which the practice addressed (and reaching) the competitor is able to simultaneously "reach" also the consumer.⁶ The crucial thing is the interpretation of the fact that some practice *does not harm* the economic interests of consumer and consequently does not fall under the scope of the Directive 2005/29. The Preamble can be helpful in solving this problem. In line with the principle of proportionality, the Directive 2005/29 protects consumers from the consequences of such unfair commercial practices where they are *material*.⁷ However, it does not protect consumers when the impact on them is *negligible*.⁸ Further, it does not address commercial practices carried out *primarily* for other purposes.⁹ Using this wording, the Directive 2005/29 additionally limits its scope. Not only that it is not applicable when unfair commercial practices harm only competitors' economic interests or which relate to a transaction between traders, it is also not applicable in cases when economic interests of consumers are harmed, however, not materially, but only indirectly and negligibly.

It must be kept in mind that "material", "negligible" and "primarily" are only standards and the Directive 2005/29 does not provide how to fill them. Therefore, judge will have to determine on the case by case basis whether certain practice has material consequences on economic interest of consumers, having no framework for determination of such practices. Thus, wide interpretation of material consequences is possible. The Directive 2005/29 seems to limit the possibilities for wide interpretation of indirect protection of consumers; however, it leaves open door for such interpretation due to its undefined language.

⁵ Recital 6 of the Preamble of the Directive 2005/29.

⁶ See Bert Keirsbilck: *The New European Law of Unfair Commercial Practices and Competition Law*. Hart Publishing, Oxford and Portland 2011, p. 249.

⁷ Recital 6 of the Preamble of the Directive 2005/29.

⁸ Ibid.

⁹ Ibid, recital 7.

These open doors for wide interpretation are going to be crucial also in the event of the adoption of special B2B rules on the basis of Green Paper. Green Paper is not dealing with unfair commercial practices that harm competitor which is not in transactional relationship with the unfair competitor. Although also the Directive 2005/29 addresses commercial practices directly related to influencing consumers' transactional decisions in relation to products, it is not necessarily the best solution for the protection of competitors. It is usually essential to them to be able to prevent other competitors from using unfair commercial practice, which influences their business opportunities. Therefore, the question of the level of competitors' protection achieved on the basis of the provisions of the Directive 2005/29 will remain up-to-date also in case of adoption of any such B2B rules.

Even in the case that Directive 2005/29 enables wide interpretation of indirect protection of competitors, new question arises – the question whether the transposition of rationale of consumer protection, the protection of the weaker party, to the competitors is justifiable and desirable. As the party autonomy is crucial for the market and the unequal bargaining position can be the characteristic of both, consumer and competitor, from this point of view regulation of B2B relationships with rules designed for B2C relations should not be problematic.

When determining whether it is reasonable to use rules designed for regulation of unfair commercial practices B2C relations in B2B relations, it has to be kept in mind that unfairness is standard that needs to be filled on a case by case basis. The question is whether the unfairness test should be the same for both, consumers and competitors.

The criteria for determining fairness in relations B2C is average consumer, shaped by the case law of the Court. The legitimate interests of consumers and competitors are not necessarily the same, as the definitions of ethical behaviour, moral behaviour and good commercial practices are different. Rules on unfair competition and consumer protection deal with the same commercial practice, however, through different prisms of priorities. Moreover, too generous interpretation of the fairness test in the field of unfair competition can limit dynamic competition.¹⁰ In the end, this is harmful especially for consumers.

¹⁰ Jules Stuyck: Briefing Paper on addressing unfair commercial practices in business-to-business relations in the internal market. European Parliament, Brussels 2011, p. 16; Reto M. Hilty: The Law Against Unfair Competition and Its Interfaces, in: Hilty, Reto M., and Henning-Bodewig, Frauke (eds.): *Law Against Unfair Competition. Towards a New Paradigm in Europe?* Springer, Berlin and Heidelberg 2007, p. 49.

The question of fairness test is present also in the relation to Directive 93/13 on unfair terms in consumer contracts (Directive 93/13).¹¹ The Court has developed the extensive case law in which it imposes the obligation on the national court to examine, of its own motion, the unfairness of a contractual term. In determining whether this interpretation could be transposed to the B2B relationships, it should be emphasised that higher standard of care applied in B2B relationships might be the obstacle to such transposition. However, the activities of the Commission with Green Paper are justified with similar rationale as the Court has developed in the relation to the Directive 93/13, as both rely on the protection of the weaker party.

¹¹ Council Directive 93/13/EEC of 5 April 1993 on unfair terms in consumer contracts, OJ L 095, 21. 4. 1993.

PRAVICA BITI SLIŠAN V UPRAVNEM POSTOPKU PO SLOVENSKI USTAVNOSODNI PRAKSI

Polonca Kovač,

*univerzitetna diplomirana pravnica, doktorica pravnih znanosti,
docentka na Fakulteti za upravo Univerze v Ljubljani*

1. UVOD

Z razvojem kompleksnosti družbenega življenja se povsod po svetu povečuje obseg upravnopravnih razmerij, v katerih se avtoritativno urejajo pravice in obveznosti ter pravni interesi oseb v razmerju do oblasti. Upravno pravo, ki ta razmerja pravno ureja, ima pri tem presečno funkcijo zagotavljanja oblikovanja in izvajanja javnih politik ter varstva šibkejših udeležencev razmerij do oblasti. V slednjem delu je posebej pomembno upravno procesno pravo, ki prek koncepta poštenega postopka (angl. *fair, due process*) izpeljuje nekatere ustavne kavele demokratične oblasti. Eden ključnih standardov demokratičnosti in pravne države je predvsem v germanskem izročilu, ki usmerja tudi slovensko pravo, spoštovanje človekovega osebnega dostojanstva. Na tej podlagi gre razumeti tudi 22. člen Ustave Republike Slovenije o enakem varstvu pravic, ki je – skupaj z določbami o sodnem varstvu in učinkovitem pravnem sredstvu – poglobitnega pomena za t. i. pravice (do) obrambe (angl. *rights of defense*). Med njimi je v upravnem pravu osrednja pravica (stranke) izjaviti se in biti slišan (lat. *audi alteram partem*, angl. *right to be heard*) v razmerju do oblasti ali načelo zaslišanja stranke po 9. členu Zakona o splošnem upravnem postopku (ZUP).¹ Ta pravica s svojo kontradiktorno oziroma adversarno na-

¹ Ur. l. RS, št. 24/06 – UPB2, 106/06, 26/07, 65/08, 8/10. Pravica ni enostranska, zahteva aktivno ravnanje organa in sodišča, zato v prispevku uporabljam izraz biti slišan, ne le izjaviti se, izjavljanje ali zaslišanje (angl. *hearing*). Za kazenski postopek je tako definiralo tudi Ustavno sodišče RS v zadevi Up-763/03-16 z dne 8. aprila 2004, čeprav v upravnih zadevah praviloma uporablja le termina izjavljanje in izjaviti se. Ta pravica je tudi v literaturi obravnavana terminološko različno. Pravno in politološko pa je pomembno predvsem raz-

ravo skuša uravnotežiti siceršnje enostransko oblastno odločanje v upravnih zadevah.

Prispevek se osredotoča na razumevanje pravice biti slišan v kontekstu upravnih razmerij. Za razpravo pomembna vprašanja obravnavam na dva načina: najprej teoretično in primerjalnopravno, nato pa kot nadgradnjo z analizo prakse Ustavnega sodišča RS v upravnih zadevah, tako pri pre-soji ustavnosti zakonov kot v postopkih ustavnih pritožb. Na teh temeljih skušam kategorizirati pojavnost in poglobitve razsežnosti pravice biti slišan v upravnih postopkih pri nas, kar je uporabno za ureditev *de lege ferenda* predvsem v ZUP kot *lex generalis* in na ravni izvajanja v upravni in sodni praksi. Pravica biti slišan vključuje nekaj drugih garancij ali je z njimi tesno povezana (npr. dostop do spisa in podatkov v lastni zadevi, zastopanje, raba jezika, sodelovanje pri ugotavljanju dejstev in dokazovanju, dolžnost obrazložitve odločitve, vročanje kot pogoj pravnega učinkovanja, učinkovito pravno sredstvo, nepristranski in neodvisni sodni nadzor nad zakonitostjo oblastne odločitve). V prispevku te elemente medsebojno sistematiziram. Iz primerjalnopravne analize in študije različnih teoretičnih virov lahko vzpostavimo zbirni model, po katerem je pravica biti slišan tesno povezana z drugimi pravicami obrambe. Posamičnih procesnih pravic ni mogoče umetno ločiti oziroma bi vsaka lahko bila samostojna kategorija. Pravico biti slišan gre tako razumeti v ožjem pomenu z zgoraj postavljenimi elementi in v širšem pomenu kot celoto obrambe skupaj z vsemi elementi pravnega varstva strank. A za nadaljnjo analizo ustavnosodne prakse pri nas predlagam obravnavo v dveh sklopih:

- pravica biti slišan s (pod)pravicami ali elementi: dostop do podatkov, obveščanje in vročanje, zastopanje in pomoč, raba jezika, adversarnost pri ugotavljanju in dokazovanju merodajnih dejstev;
- pravno varstvo s (pod)pravicami ali elementi: obrazložitev, učinkovito pravno sredstvo in dostop do sodišča, odločitev v razumnem roku.

V raziskavi preverjam domnevo, da slovenska ustavnosodna praksa v upravnih postopkih razlaga pravico biti slišan skladno z načeli in prakso sodišč v okviru Sveta Evrope (SE) in Evropske unije (EU).

likovanje med udeležbo strank (nem. *Beteiligung*) in participacijo (nem. *Partizipation*) kot soodločanjem naslovnikov norm z normodajalcem (W. Hoffmann-Riem in drugi, nav. delo (2012), str. 699–702). Pravica biti slišan je v tem prispevku obravnavana (le) kot udeležba stranke v postopku, znotraj tega pa *in lato sensu*.

2. PRAVICA BITI SLIŠAN V OKVIRU SODOBNIH UPRAVNIH RAZMERIJ

2.1. Pomen pravice biti slišan glede na razvoj prava in upravnih razmerij

Razvoj upravnega postopka in splošneje upravnega procesnega prava sovпада v večini evropskega prostora z razvojem demokracije kot nasprotje absolutistični in arbitrarni oblasti. Upravni postopek in upravni spor sta namreč predvsem instrument zagotavljanja pravic in pravnih koristi posameznih strank v razmerju do v upravnopravnem razmerju vnaprej nadrejene oblastne institucije. Demokratična pravila ustavno določene pravne države pa morajo zagotavljati predvidljivo ravnanje nosilcev oblasti in sodni nadzor nad odločitvami izvršilno-upravne veje oblasti.² Bistvo procesnega prava je v kontekstu pravne varnosti čim določneje razgrajevanje poteka dejanj za doseg cilja postopka, ki ga pravo ureja. Upravno pravo pa ne stremi le k varstvu položaja strank, ampak – poudarjeno na ravni EU³ – hkrati k uresničitvi pluralnih javnih koristi na posameznih upravnih področjih za učinkovito izvajanje javnih politik. Upravni postopek je tako presečišče, ki naj zagotovi, da sta javni in zasebni interes uravnotežena, sorazmerna. Navedeni procesi vodijo v redefinicijo pravne narave razmerij in posamičnih institutov. Zaradi presežene instrumentalne narave postopka kaže slediti pomenu procesnih garancij skozi teže posledic ob njeni morebitni kršitvi za naslovnika oblastne odločitve. Zato se klasična procesna jamstva danes čedalje pogosteje razumejo kot materialno- oziroma ustavnopravno zaščiteno upravičenje (prim. zadevo U-I-16/10 in Up-103/10 z dne 20. oktobra 2011).

Po nemško-avstrijskem zgledu se kot upravni postopek v Sloveniji razume konkretno odločanje v posamičnih zadevah, ne pa širše kot v ZDA ali EU ali njenih posameznih članicah (npr. Nizozemska) katerikoli postopek, ki ga

² O ustavnopravnih in mednarodnopravnih vidikih (SE, EU) zaščite procesnih pravic več W. Hoffmann-Riem in drugi, nav. delo (2012), str. 510 in nasl. V nemškem sistemu se upravno pravo označuje za »*constitutional law in action*«, »*concretised constitutional law*« (M. Künnecke, nav. delo, str. 8), nemški zakon o upravnem postopku pa ga označuje za upravno ustavo (D. Heckmann, nav. delo, str. 39). Prim. G. B. Peters in J. Pierre in drugi, nav. delo, str. 168, ali S. Rose-Ackerman in P. L. Lindseth, nav. delo, str. 117.

³ Med konvergenčnimi ukrepi v EU lahko omenimo deregulacijo in ukrepe za zmanjšanje administrativnih bremen (npr. privatizacija javnih nalog, izmenjava podatkov kot breme organov, pozitivna fikcija molka organa, sporazumno reševanje sporov). Glej historično in primerjalno W. Rusch, nav. delo, str. 3–5, D. J. Galligan in drugi, P. Kovač in drugi, nav. delo, str. 28–30, P. Kovač in G. Virant, nav. delo, str. 197–218, J. Ziller v G. P. Peters in J. Pierre, nav. delo, str. 167. Za praktični učinek so pomembna načela prava EU, in sicer načela primarnosti, neposredne uporabnosti in neposrednega učinka (glej zadeve s komentarjem, M. Avbelj, nav. delo, str. 63–118).

izvede organ javne uprave (vključno z nosilci javnih pooblastil, ki jim država delegira javne naloge).⁴ Večina držav pa ima ne glede na domet opredelitve upravnih postopkov kodificirano, da so načela in pravila, utemeljena na konceptih pravne države, delitve in omejitve oblasti, predvidljiva in zagotovljena. Teorija upravnega prava in mednarodna načela poudarjajo kot neizogibne elemente demokratičnega pravnega reda pri izvajanju upravne oblasti v katerikoli obliki predvsem nediskriminacijo in nepristranskost (lat. *nemo iudex in causa sua*), udeležbo strank z adversarnostjo in sodni nadzor nad odločitvami uprave.

Udeležba strank je posebej pomembna prav na področju upravnopravnih razmerij, kjer se zaradi spremenjene vloge države spreminja vloga uprave, ki tako ni edini nosilec oblasti, ampak se javno upravljanje vodi partnersko z mreženjem posameznih družbenih podsistemov. Teorija javnih politik je zato razvila doktrino dobrega vladanja (angl. *good governance*) kot participativnega strateškega vodenja družbe. To se izraža (tudi) v pravu in upravnih razmerjih, saj je ključni del dobrega vladanja dobra uprava, ki jo tvorijo klasična procesna upravičenja v razmerju do oblasti.⁵ Ta so se predvsem prek izročila 6. člena Evropske konvencije o človekovih pravicah (EKČP) skoncentrirala v posebno pravico do dobre uprave (angl. *right to good administration*) po 41. členu Listine EU o temeljnih pravicah (Ur. l. EU, C 83/337, 30. marec 2010). Strankam se na tej podlagi zagotavlja nepristranska, pravična in časovno ra-

⁴ Teorija in pravno urejanje upravnih postopkov v zadnjem desetletju razvijata širše razumevanje tudi v državah s klasičnim razumevanjem le konkretnega odločanja, npr. v Španiji ali Nemčiji (W. Rusch, nav. delo, str. 5, D. J. Galligan in drugi, nav. delo, str. 17–26, S. Rose-Ackerman in P. L. Lindseth in drugi, nav. delo, str. 336–356). Običajno ločijo dve skupini postopkov, tj. izdajo konkretnih upravnih aktov (angl. *individualised decision-making, adjudication*, nem. *Verwaltungsverfahren*) in normodajni oblikovalni postopek (angl. *policy-based decisions with general effect, regulatory acts, rule-making, procedural arrangements, public policy cycle*, nem. *Gestaltungsverfahren*). Prim. J. Breznik in E. Kerševan, nav. delo, str. 30–57, L. Šturm in drugi, nav. delo (2011), str. 1390–1400. Za temeljna načela glej Resolution No. 77 (31) on the Protection of the Individual in Relation to the Acts of Administrative Authorities. Več o aktih SE in Listini EU o temeljnih pravicah W. Hoffmann-Riem in drugi, nav. delo (2012), str. 510–520.

⁵ Več o vladanju v M. Bevir, nav. delo, o partnerstvih G. F. Schuppert, str. 287–298. O pravnih načelih H. P. Nehl, nav. delo, str. 17, 25, G. B. Peter in J. Pierre in drugi, nav. delo, str. 179, C. Harlow in R. Rawlings, nav. delo, str. 523. O vsebini, pravni naravi, pravnih podlagah in razmerju med dobrim vladanjem in dobro upravo Beneška komisija (nav. delo). Komisija poudarja, da je cilj upravne dejavnosti v smislu dobre uprave razrešitev konfliktov med javnim in enim ali več zasebnimi interesi za spodbujanje učinkovitosti javnih politik, a s poudarkom na omejitvi oblasti prek udeležbe strank. Pri avtoritativnih postopkih se konsenz o predmetu postopka med enakopravnimi strankami nadomesti s pričakovanjem, da bo nadrejeni organ sprejel dobro argumentirano odločitev. Zato je postopek orodje demokracije. Več S. Rose-Ackerman in P. L. Lindseth in drugi, nav. delo, str. 337, W. Hoffmann-Riem in drugi, nav. delo (2012), str. 696–706.

zumna obravnava zadev, z možnostjo izjav v kateremkoli jeziku EU in dostopa do podatkov v lastni zadevi; upravna odločitev mora biti obrazložena in oškodovancu dana možnost odškodnine. Pravica biti slišan je torej ključni del dobre uprave, ki neposredno vodi v pojmovanje postopka v smislu njegove združevalne funkcije.

Doktrina dolžnega ravnanja oblastnih organov glede poštenega postopka s poudarkom na pravici biti slišan že od 18. stoletja temelji na načelu spoštovanja človekovega dostojanstva.⁶ Tako je tudi v odločbi Ustavnega sodišča v zadevi U-I-109/10-11 z dne 26. septembra 2011 poudarjeno (6.–11. točka), da je spoštovanje človekovega dostojanstva pravnoetični temelj sodobnih držav, ki temeljijo na skozi stoletja razvijajočem se konceptu ustavne demokracije z omejeno oblastjo. Zato se koncept izraža npr. tudi v EKČP ali Listini EU o temeljnih pravicah ter ustavnem redu Republike Slovenije, vključno s 1. členom o demokratični republiki. Posebno vlogo pri razlogovanju pa imajo sodišča, saj *a priori* opredelitev človekovega dostojanstva ni mogoča, ampak se načelo uresničuje v konkretnih pravnih postopkih. (So)udeležbo strank pri oblastnem odločanju gre zato razumeti kot del obrambe, sorazmernosti in zakonitosti. Praviloma je tako pravica biti slišan v državah EU v upravnih zadevah izvedena iz ustavnih garancij, čeprav je redko izrecno ustavno načelo (npr. španska ustava določa pravici do poštenega postopka in biti slišan v postopku, ki bi lahko prizadel interese stranke). Sicer imajo vse države EU v svoj pravni red (običajno ZUP) vključeno pravico biti slišan. Pri tem praviloma natančneje določajo upravičence, uveljavljanje npr. še pred izdajo odločbe ali vsaj začetkom izvršbe, vpogled v spis, pravice v dokaznem postopku, obrazložitev odločitve, vročanje, pravna sredstva ipd. Primerjalno je pomen udeležbe stranke (oziroma njene participacije kot soodločanja) ponekod večji, npr. v finskem zakonu o upravnem postopku je pravici biti slišan namenjeno posebno poglavje. Enako velja v anglosaškem pravu že zaradi odsotnosti ločitve na javno in zasebno pravo ter pomena participativne demokratičnosti. Naspro-

⁶ Glej H. P. Nehl, nav. delo, str. 166, C. Harlow in R. Rawlings, nav. delo, str. 107, 199, 497 (t. i. *dignitary approach*). Ustava Republike Slovenije v 21. členu opredeljuje varstvo človekove osebnosti in dostojanstva v pravnih postopkih, v 34. členu pa pravico do osebnega dostojanstva in varnosti. V slovenskem pravnem redu je pošten postopek nekoliko različno pojmovan glede na vejo prava, npr. v ustavnem civilnem procesnem pravu iz pravice do poštenega sojenja izvirata pravici (1) do kontradiktornega postopka ali izjavljanja in (2) do enakopravnosti strank z enakostjo orožij (A. Galič v L. Šturm, nav. delo (2011), str. 275). C. Harlow in R. Rawlings, nav. delo, str. 496, navajata za procesno pravo predvsem pomen nepristranskosti, obveščanja, biti slišan in pravnega zastopstva, privilegija zoper samoobtožbo in odločanja v razumnem roku. O pravicah obrambe več European Parliament, nav. delo, str. iii–viii in 105, kjer se med drugim ugotavlja, da veljajo povsod ista načela ob izvedbenih razlikah kot posledici različnih tipov zadev: upravnih ali ustavnih, civilnih ali kazenskih.

ten trend je z odpravo kršitev pravice biti slišan oziroma njihovo relativizacijo zaznati pod ekonomskimi vplivi iz EU, npr. v Nemčiji.⁷ Formalizem pravnega urejanja pravic obrambe pa ima smisel le, če in dokler je treba preprečiti arbitrarnost nadrejene oblasti s čezmernimi avtoritativnimi posegi v zasebnikov pravni položaj. V preostalih razsežnostih naj se upravni postopek na ravni regulacije in izvajanja poenostavi, da bo predpisana kategorija javnega interesa res zavarovana, kot izhaja iz veljavnega področnega predpisa. Tak pristop je tradicionalen v ameriškem prostoru, a se mu približuje tudi srednjeevropski prostor. Pri normiranju zato kaže najti ravnovesje in zaupati pristojnim, pri slednjih pa razviti kulturo participativnosti, tudi prek (pro)aktivne ustavnosodne prakse.

2.2. Posebnosti upravnih razmerij kot okvir za razumevanje pravice biti slišan

Upravnopravna razmerja oziroma upravni postopki imajo v primerjavi z drugimi pravnimi razmerji in postopki nekaj posebnosti. Izhodiščno je posebnost že razmeroma velika pogostnost in neizbežnost upravnih postopkov v življenju povprečne osebe zaradi uvodoma omenjenega širjenja uprave in oblastne regulacije odnosov, vključno z nalaganjem obveznosti posameznikom za urejeno skupnostno družbo. Različen pomen materialne resnice je ob prepletanju različnih postopkov neredko problem. Recimo v kaznovalnem pravu velja privilegij zoper samoobtožbo, po ZUP dolžnost stranke govoriti resnico. Ta pa je subjektivna v okviru vedenja stranke. Od stranke ne moremo zahtevati skladnosti izjav z objektivnim dejanskim stanjem, če ga ne pozna, čeprav stranka ne sme niti zamolčati pomembnih dejstev in ne sme namerno navajati okoliščin in dejstev, za katere ve, da ne obstajajo. Pogosto se prepletajo tudi upravni in civilni postopki, kjer sta glavni razliki (1) v dispozitivnosti zahtevka, saj so v pravdi možnosti poravnave bistveno večje, in (2) vlogi odločujočega, saj je v upravnem postopku organ hkrati nasprotni udeleženec stranki, v pravdi pa sodnik ločen in nad tožnikom in tožencem.

⁷ O posameznih državah glej European Parliament, nav. delo, str. 90, Statskontoret, nav. delo, str. 35, M. Vintar in drugi, nav. delo, str. 123–126. V Nemčiji je bila v zgoraj opisanem kontekstu leta 1996 izvedena dokaj radikalna reforma v smislu bolj učinkovitega in hitrejšega izvajanja javnih politik, zlasti povezanih z EU, tako da so se nekatere prej absolutne postopkovne napake v nemškem ZUP opredelile le kot relativne (M. Künnecke, nav. delo, str. 145–154). Gre za *Beschleunigungsgesetz*, BGB1.I, 1354, katerega cilj je bila pospešitev postopkov pri tujih investicijah. Po tem zakonu kršitev pravice biti slišan ne ustvari niti položaja izpodbojnosti akta, če ni izkazan vpliv procesne napake na meritorno odločitev. Taka ureditev je lahko nasprotna pravu EU (prim. M. Avbelj, nav. delo, str. 267).

Po ZUP se pravica biti slišan izraža poudarjeno prek opredelitve absolutnih postopkovnih napak in je tako neposredno del (formalne) zakonitosti. Namen načela in izvedbenih pravil je – predvsem v ugotovitvenem postopku – dvojen: (1) zavarovati pravno definirane pravice in interese strank ter (2) ugotoviti resnični objektivni dejanski stan, merodajen za odločitev. Po naravi upravne zadeve je pogoj za zakonitost upravne odločitve predvsem materialna resnica in ob koliziji nadrejenost javnega interesa nad pravicami strank (7. in 8. člen ZUP). Zato kontradiktornost in pravica biti slišan nimata enake teže kot recimo v pravdi. V upravnem postopku je stranka podrejena vsaj potencialno nasprotnosmernemu (javnemu) interesu. Toda ravno zaradi siceršnje podrejenosti stranke v razmerju do javne koristi in organov, ko jo v postopku varujejo, je v upravnih zadevah udeležba stranke še bolj pomembna.⁸ Obseg standardov na različnih področjih ni enak, a vključuje minimalno dostop, slišanost in obrazložitev (angl. *notice, hearing, reasoning*). Pravice obrambe naj bi se stranki zagotovile zlasti ob zavrnitvi zahtevka ali posegu v njen pravni položaj, tako da bo do tega prišlo samo tedaj in toliko, če in kolikor javnega interesa ni mogoče zaščititi drugače. Pravica stranke biti slišan je korektiv siceršnje nadrejenosti javne koristi. V okviru dispozitivnega in razpravnega načela pri sprožitvi in načinu vodenja postopka pa ne nazadnje zmanjša potrebo po inkvizitornosti. Izjava stranke kljub omejeni dokazni vrednosti prispeva k ugotovitvi resničnosti merodajnih dejstev.⁹ A iskanje resnice in stopnjo (ne)udeležbe stranke je treba ločiti, saj se lahko pravica stranke biti slišan udejanji tudi drugače. Torej (naj) ZUP določa dolžnost organa, da stranki zagotovi pravico biti slišan primarno do izdaje odločbe, razen če gre za po naravi nujne ukrepe s prevlado javnega interesa ali neskladja med navedbami stranke in ugotovitvami organa, s čimer kolizij interesov ni.

⁸ Glej Androjna in E. Kerševan, nav. delo, str. 103–109, ki poleg razmerja med organom in stranko obravnavata pomembno kontradiktornost med strankami z nasprotnimi interesi. V javnem pravu nasploh govorimo o razmerjih nadrejenosti in podrejenosti med subjekti. Nosilec podrejanja (subordinacije) je država kot organ oblasti, ki pravna razmerja prisilno oklepa in prek njih udejanja javne (splošne) interese (več v M. Pavčnik, nav. delo (2001), str. 60, 135 in 455). O pomenu procesnih garancij v upravnih postopkih zaradi vnaprejšnje podrejenosti stranke tudi M. Künnecke, nav. delo, str. 149, W. Rusch, nav. delo, str. 6, ali P. Craig v B. G. Peters in J. Pierre, nav. delo, str. 176 in 179–181.

⁹ Več W. Hoffmann-Riem, nav. delo (2012), str. 675. O razmerju med inkvizitornim in adversarnim načelom glej H. P. Nehl, nav. delo, str. 109–115, prim. V. Androjna in E. Kerševan, nav. delo, str. 302 in nasl., W. Rusch, nav. delo, str. 6–7. Treba pa je ločiti pravico biti slišan (oziroma načelo zaslišanja) in izjavo stranke kot dokaz, saj je stranka v prvem primeru subjekt oziroma nosilec pravice, v drugem pa (le) objekt oziroma vir dejstev (glej T. Jerovšek in P. Kovač, nav. delo, str. 64, L. Šturm in drugi, nav. delo (2011), str. 287).

3. ANALIZA SLOVENSKE USTAVNOSODNE JUDIKATURE

3.1. Izvori in elementi pravice biti slišan po Ustavi, ZUP in ustavnosodni praksi

Pravica biti slišan je v slovenskem ustavnem redu v upravnih zadevah utemeljena krovno že prek načel demokratične in pravne države ter varstva človekovega dostojanstva. Neposredno se izraža v sklopu načela enakega varstva pravic po 22. členu Ustave Republike Slovenije, kot izhaja tako iz teorije kot ustavnosodne prakse oziroma utemeljitve odločitev Ustavnega sodišča. Enako varstvo pravic je specialnejša oblika načela enakosti (14. člen Ustave), na upravnem področju pa se izrazi predvsem v (ne)ustavnosti področnih zakonov, ki določajo posebne upravne postopke. ZUP je sicer *lex generalis*, toda za ustavno skladno zakonsko ureditev ne zadošča zgolj formalna nadrejenost področnega zakona nad ZUP, temveč se lahko s posebnim zakonom drugače kot po ZUP opredeli le posamezno procesno vprašanje s kumulativnim obstojem razumnega razloga za razlikovanje oziroma potrebo po drugačni ureditvi glede na naravo posameznega upravnega področja. Dodatno ni dopustno s posebno ureditvijo izničiti temeljnih načel ZUP.¹⁰ To velja tudi za pravico biti slišan (9. člen ZUP) in posamezna pravila ZUP, katerih kršitev sam zakon opredeli kot absolutno bistveno postopkovno napako (po drugem odstavku 237. člena in 260. členu ZUP). Slovenski ZUP opredeljuje pravico biti slišan kot del načel varstva pravic strank (7. in 9. člen ZUP), kar podrobneje razgrajuje s pravili o izjavljanju pri meritorni presoji predmeta postopka (npr. 146. člen).¹¹ Načelo zaslišanja stranke tej daje možnost uveljavljanja pravic in branjenja interesov med drugim na tak način, da ima pregled nad potekom postopka ter da lahko odločilno vpliva na ugotovitveni in dokazni postopek.

¹⁰ T. Jerovšek in P. Kovač, nav. delo, str. 17–18, V. Androjna in E. Kerševan, nav. delo, str. 34–36, 74 in nasl.

¹¹ Člen 146 ZUP je ocenjen primerjalno v EU kot zgleden (po Statskontoret, nav. delo, str. 35), določa pa med drugim: »(1) Stranka ima pravico udeleževati se ugotovitvenega postopka in za dosego namena, ki ga ima ta postopek, dajati potrebne podatke ter braniti svoje pravice ... (2) Stranka sme navajati dejstva, ki utegnejo vplivati na rešitev zadeve, in izpodbijati pravilnost navedb, ki se ne ujemajo z njenimi navedbami ... (4) Pristojni organ ne sme izdati odločbe, preden ne da stranki možnosti, da se izreče o dejstvih in okoliščinah, ki so pomembna za izdajo odločbe.« In tretji odstavek 238. člena ZUP: »(3) V pritožbi lahko navaja pritožnik nova dejstva in nove dokaze ...« ZUP določa še kopico drugih pravic obrambe, kot so status in položaj stranke, njeno zastopanje, raba jezika, vpogled v spis, obveščanje in vročanje ter vabljenje, razpravno sodelovanje, podaljševanje rokov, dolžnost obrazložitve odločitve in navedba pravnega pouka, pravna sredstva itd. (43., 48., 62., 82., 103., 188., 214. člen idr.). Prim. T. Jerovšek in P. Kovač, nav. delo, str. 50, V. Androjna in E. Kerševan, nav. delo, str. 99, P. Kovač in G. Virant, nav. delo, str. 211 idr.

Po proučitvi tistih odločitev Ustavnega sodišča, ki se nanašajo na upravne zadeve in obenem (ne)posredno zadevajo pravico biti slišan, lahko v dvajsetletnem obdobju izpostavimo nabor približno deset odločb v postopku presoje ustavnosti zakona in skoraj 30 odločb v postopkih ustavnih pritožb. Ta nabor je osnova za raziskovanje pojavnosti vprašanj glede pravice biti slišan, kjer naj bi zakonodajalec na splošno oziroma upravni organ ali sodišče v konkretnem postopku ravnali protiustavno.¹² Časovno so odločbe približno enakomerno razporejene, če jih razdelimo na čas prve in druge dekade delovanja Ustavnega sodišča, čeprav se v posamičnih letih, a bolj naključno, pojavlja več odločitev (kot recimo v letih 1996, 2002, 2011). Problematika je bila najprej raziskana glede posamičnih elementov pravice biti slišan v upravnih zadevah, kot izhaja iz preglednice. Prvi stolpec vsebuje ključne elemente pravice biti slišan oziroma posredno povezane dileme. Že iz analize obsega in klasifikacije ustavnosodnih presoj lahko ugotovimo, da je najbolj sporno, ko prihaja do hkratnih kršitev pravice biti slišan in učinkovitega pravnega sredstva oziroma sodnega varstva (npr. glede nepopolne obrazložitve odločitve). Med ustavnimi pritožbami (kljub združitvi desetih zadev v eno) in tudi ustavnimi presojami je očitno največ ugotovljenih protiustavnih posegov na področju ministrstva za notranje zadeve (državljanstvo, prebivališče, azil oziroma mednarodna zaščita ...).¹³ Neredko je spore mogoče zaznati tudi na področju denacionalizacije, gradnje objektov, trga vrednostnih papirjev in položaja otrok, medtem ko se večina drugih upravnih področij pojavlja le z eno odločbo (davki, zdravstvena inšpekcija, privatizacija). Primerjalno pa v Sloveniji glede na teorijo in prakse drugod nekateri elementi, npr. vpogled v spis, niso problematični.

¹² Med odločbami glede ustavnih pritožb je 10 odločb, izdanih v letih 2001 in 2002, skoraj enakih, saj se vse nanašajo na istovrstno pravno vprašanje v postopkih državljanstva kot elementa legitimacije za denacionalizacijo podržavljenega premoženja. Zato so v nadaljevanju obravnavane kot ena sama. Gre za zadeve Up-368/01-9 z dne 11. decembra 2001, Up-345/00, Up-293/01-10, Up-299/01-12 in Up-461/01-7 z dne 10. januarja 2002, Up-442/01 z dne 7. februarja 2002, Up-401/01-8 in Up-2/02-9 z dne 7. marca 2002, Up-517/01 in Up-95/02 z dne 16. maja 2002. Akt presoje v postopku ustavne pritožbe je zaradi nujnega sodnega varstva nad odločitvami uprave (običajno upravnega spora) in pogoja izčrpanosti pravnih sredstev običajno zavrnilna sodba upravnega, socialnega ali vrhovnega sodišča, in ne upravna odločba, s katero je oblastni organ ali nosilec javnega pooblastila v upravni zadevi odločil (ali izjemoma sodišče s sodbo iz upravnega spora polne jurisdikcije) (J. Čebulj, nav. delo, str. 303).

¹³ Ta ugotovitev zaradi več okoliščin ni povsem statistično nesporna, saj pogostnost ustavnosodne presoje variira recimo tudi v neposredni odvisnosti od agilnosti zastopnikov strank. Glede na javnost identitete pobudnika in strokovne članke kaže omeniti predvsem mag. Krivica (nav. delo (2010)). Vlagatelji obravnavanih ustavnih pritožb so sicer vedno prizadete stranke, se pa postavlja teoretično vprašanje aktivne legitimacije upravnemu organu. To J. Čebulj, nav. delo, str. 305, zanika (razen za varstvo občinskega premoženja). Drugače R. Pirnat, nav. delo, str. 702, ki tako možnost kljub siceršnji usmeritvi k negativnemu odgovoru dopušča.

Tip in pogostnost vprašanj o pravici biti slišan v analiziranih odločbah

Element obravnave	Presoje ustavnosti	Ustavne pritožbe	Št. odločb
Obseg »biti slišan«: izjaviti se in hkrati povedano ugotavljati in dokazovati	U-I-273/98 z dne 1. 7. 1999	Up-147/96 z dne 13. 3. 1997 Up-1525/06-23 z dne 21. 6. 2007 Up-758/06-25 z dne 6. 12. 2007 Up-416/09-15 z dne 20. 5. 2010	5
Legitimacija – kdo ima pravice obrambe (kandidat, otrok, stranski udeleženec, enakost)	U-I-273/98 z dne 1. 7. 1999 U-I-312/00-40 z dne 23. 4. 2003 U-I-64/07-13 z dne 21. 6. 2007 U-I-165/09-34 z dne 3. 3. 2011	Up-112/97 z dne 16. 10. 1997 Up-171/00-16 z dne 12. 7. 2001 Up-395/06-24 z dne 21. 6. 2007 Up-984/06-27 z dne 4. 6. 2009	8
Zastopanje stranke	U-I-273/98 z dne 1. 7. 1999 U-I-252/00 z dne 8. 10. 2003 U-I-50/08-16 z dne 26. 3. 2009 U-I-166/08-8 z dne 18. 6. 2009	Up-41/93 z dne 4. 7. 1996 Up-2177/08-16 z dne 26. 3. 2009 Up-1782/08-16 z dne 18. 6. 2009	7
Raba jezika in tolmačenje	U-I-146/07-34 z dne 13. 11. 2008 U-I-50/08-16 z dne 26. 3. 2009	Up-147/96 z dne 13. 3. 1997 Up-2177/08-16 z dne 26. 3. 2009	4
Vpogled in dostop ter varstvo podatkov	U-I-16/10 z dne 20. 10. 2011	Up-422/03-10 z dne 24. 6. 2003 Up-220/05-10 z dne 29. 3. 2007 Up-103/10 z dne 20. 10. 2011	4
Izpodbijanje domnev		Up-368/01-9 idr. v 2001 in 2002	1 (10)
Zaslišanje prič		Up-17/95 z dne 4. 7. 1996	1
Sklic naroka/ustne obravnave/ogleda z ustnim sodelovanjem	U-I-219/03-25 z dne 1. 12. 2005 U-I-213/03-26 z dne 12. 1. 2006	Up-112/97 z dne 16. 10. 1997 Up-171/00-16 z dne 12. 7. 2001 Up-758/06-25 z dne 6. 12. 2007	5
Sodelovanje pri ugotavljanju in dokazovanju dejstev – drugo	U-I-252/00 z dne 8. 10. 2003	Up-171/00-16 z dne 12. 7. 2001 Up-422/03-10 z dne 24. 6. 2003 Up-2195/06-04 z dne 11. 9. 2007 Up-758/06-25 z dne 6. 12. 2007	5
Prekluzije in omejitve pravice biti slišan	U-I-273/98 z dne 1. 7. 1999 U-I-246/02-28 z dne 3. 4. 2003 U-I-220/03-20 z dne 13. 10. 2004 U-I-219/03-25 z dne 1. 12. 2005 U-I-213/03-26 z dne 12. 1. 2006 U-I-64/07-13 z dne 21. 6. 2007	Up-220/05-10 z dne 29. 3. 2007 Up-1525/06-23 z dne 21. 6. 2007 Up-2195/06-04 z dne 11. 9. 2007 Up-395/06-24 z dne 21. 6. 2007 Up-1293/08 z dne 6. 7. 2011	11
Vročanje	U-I-50/08-16 z dne 26. 3. 2009	Up-41/93 z dne 4. 7. 1996 Up-422/03-10 z dne 24. 6. 2003 Up-2177/08-16 z dne 26. 3. 2009 Up-416/09-15 z dne 20. 5. 2010	5

Obrazložitev odločitve	U-I-50/08-16 z dne 26. 3. 2009	Up-84/94 z dne 11. 7. 1996 Up-147/96 z dne 13. 3. 1997 Up-50/94 z dne 22. 1. 1998 Up-359/01 z dne 15. 11. 2001 Up-2177/08-16 z dne 26. 3. 2009 Up-416/09-15 z dne 20. 5. 2010	7
Učinkovito pravno sredstvo (pritožba, ugovor, obnova) in sodni nadzor	U-I-273/98 z dne 1. 7. 1999 U-I-252/00 z dne 8. 10. 2003 U-I-213/03-26 z dne 12. 1. 2006 U-I-16/10 z dne 20. 10. 2011	Up-41/93 z dne 4. 7. 1996 Up-17/95 z dne 4. 7. 1996 Up-50/94 z dne 22. 1. 1998 Up-359/01 z dne 15. 11. 2001 Up-416/09-15 z dne 20. 5. 2010 Up-103/10 z dne 20. 10. 2011	10
Plačilo izvajanja pravic obrambe	U-I-252/00 z dne 8. 10. 2003 U-I-213/03-26 z dne 12. 1. 2006		2
Razmerje med splošnim in posebnim zakonom/postopkom	U-I-246/02-28 z dne 3. 4. 2003 U-I-252/00 z dne 8. 10. 2003 U-I-220/03-20 z dne 13. 10. 2004 U-I-219/03-25 z dne 1. 12. 2005 U-I-213/03-26 z dne 12. 1. 2006 U-I-50/08-16 z dne 26. 3. 2009	Up-1525/06-23 z dne 21. 6. 2007 Up-2177/08-16 z dne 26. 3. 2009	8
Primerjava z drugimi (normodajnimi, civilnimi, kadrovskimi, kazenskimi) postopki	U-I-273/98 z dne 1. 7. 1999 U-I-312/00-40 z dne 23. 4. 2003 U-I-213/03-26 z dne 12. 1. 2006 U-I-146/07-34 z dne 13. 11. 2008 U-I-165/09-34 z dne 3. 3. 2011	Up-984/06-27 z dne 4. 6. 2009 Up-1293/08 z dne 6. 7. 2011	7
Skupaj			88

Iz preglednice je nadalje mogoče razbrati, da se istovrstna vprašanja s časom ponavljajo, iz česar lahko sklepamo, da t. i. moralni precedenčni učinek stališč Ustavnega sodišča ne dosega (dovolj) nosilcev regulativne in upravne funkcije. Morda je razlog tudi sklep po proučitvi zadevnih odločb Ustavnega sodišča, da ni povsem enoznačne razlage, kaj pravica biti slišan obsega. Pri tem so pomembna tudi stališča Ustavnega sodišča, ko do protiustavnosti (še) ni prišlo.¹⁴

¹⁴ Obseg presoje je ob tem vezan na kršitev ustavnih pravic, saj materialna ali procesna nezakonitost ne zadošča. Sodišče pogosto že izhodiščno poudarja, da napačna uporaba zakona v posameznem primeru, ki bi vodila v kršitev ustavnega načela enakega varstva pravic, ni predmet ustavnosodne presoje predpisa, ampak presoje zakonitosti konkretnega pravnega akta (npr. v 16. točki obrazložitve odločbe U-I-213/03-26 z dne 12. januarja 2006). Splošno v tej povezavi glede postopka ustavne pritožbe R. Pirnat, nav. delo, str. 702, ugotavlja, da ta vsebuje premalo elementov kontradiktornosti, kolikor je povezan s postopkom presoje ustavnosti in zakonitosti, saj gre pri slednjem za spor o konkretni zadevi. Večkrat sodišče še navede, da samo nestrinjanje pritožnikov z dokazno oceno in stališči sodišča ne pomeni kršitev 22. člena Ustave (npr. v odločbi Up-2177/08-16 z dne 26. marca 2009).

3.2. Domet in omejitve pravice biti slišan po stališčih Ustavnega sodišča

Vprašanje dometa oziroma legitimacije do pravice biti slišan je pomembno in zato v naši ustavnosodni praksi (skupaj z zastopanjem v skoraj 20 odstotkih vseh zadev) in teoriji pogosto. Prevladalo je stališče (glej 7. točko obrazložitve, Up-984/06-27 z dne 4. junija 2009), da se procesna jamstva iz 22. člena Ustave ne nanašajo tudi na postopke v zasebni sferi.¹⁵ Sodišče je sicer večkrat poudarilo omejitve pravice biti slišan v okviru različnih tipov postopkov, kot npr. izhaja iz odločbe U-I-273/98 z dne 1. julija 1999 (17. točka obrazložitve). Svoje stališče je sodišče dopolnilo šele po več letih v odločbi U-I-312/00-40 z dne 23. aprila 2003, zato kaže dodati, da sodišča delujejo v obravnavanih družinskih razmerjih po zakonu, ki ureja pravdni postopek. Ta ima v 409. in 410. členu bistveno večje kavtele za varstvo otrok kot strank v primerjavi z ZUP, ki je temeljni procesni predpis za delo upravnih organov.¹⁶ Nasprotno uresničitev pravice biti slišan v enem postopku, kjer je njegov namen in s tem obseg legitimiranih upravičencev drugačen, še ne zadosti pravici enakega varstva v drugem postopku. To velja, čeprav sta oba vezana na iste okoliščine (npr. sodelovanje pri prostorskem načrtovanju ni identično pravici izjaviti se, ki jo ima stranski udeleženec pri izdaji gradbenega dovoljenja, glej odločbo U-I-165/09-34 z dne 3. marca 2011). Po odločbi v zadevi Up-1293/08 z dne 6. julija 2011 pa bi, upoštevaje preplet kazensko- in upravnopravnih elementov v inšpekcijskem nadzoru, sodišče lahko bolj doktrinarno opredelilo dopustnost dokazov. Dileme teh jamstev glede omejitve področnega zakona povezuje recimo odločba U-I-213/03-26 z dne 12. januarja 2006, delno enako že U-I-220/03-20 z dne 13. oktobra 2004 (30.–35. točka obrazložitve). Področni zakon (o trgu vrednostnih papirjev) je namreč razmeroma omejevalen npr. glede pravice stranke do ugovora, časovne meje zanj, sklica obravnave, plačljivosti dejanj

¹⁵ Pravica biti slišan se je v ameriški doktrini sprva (že v 18. in 19. stoletju) uporabljala ravno v kadrovskih odločitvah, kot so ne le razrešitev z javne funkcije, ampak tudi disciplinski in drugi ukrepi v zasebnopravnih organizacijah (P. Craig v G. P. Peters in J. Pierre, nav. delo, str. 179). Prim. L. Šturm in drugi, nav. delo (2011), str. 271, kjer je ob obravnavi človekovega dostojanstva poudarjeno, da je varstvo tega predvsem v rokah predstavnikov izvršilne in sodne veje oblasti.

¹⁶ Prim. A. Galič v L. Šturm, nav. delo (2011), str. 283, ki meni, da gredo določbe Zakona o pravdnem postopku za zaščito otroka »morda predaleč« v škodo ustavnih procesnih jamstev staršev. Glej C. Harlow in R. Rawlings, nav. delo, str. 181, ki ob bok navedenemu postavljata pomen enakosti v različnih tipih postopkov v pogojih omejenih (finančnih) virov. Pri nas L. Ude, nav. delo, str. 1377, že več kot desetletje ugotavlja tendenco vdora javnopravnih elementov v zasebnopravna razmerja, tudi ko gre za sodne pristojnosti, doma in v povezavi z mednarodnimi konvencijami in sodno prakso. Prim. podrobneje o razločevanju med upravnimi in drugimi razmerji, postopki oziroma organi V. Androjna in E. Kerševan, nav. delo, str. 57, P. Kovač in drugi, nav. delo, str. 80, M. Avbelj, nav. delo, str. 166.

ipd. A pri vseh teh elementih gre za ustavno skladnost zaradi potrebe po avtonomiji regulatorne agencije in ekonomičnosti postopka, kar pomeni razumne in sorazmerne razloge za razlikovanje.

Nasploh je prekludiranje strank z vezanostjo izjav do določenega roka tudi po ZUP (146. in 238. člen ter 1. točka 260. člena) ustavno dopustno zaradi učinkovitosti postopka (prim. enako v U-I-50/08-16 in Up-2177/08-16 z dne 26. marca 2009 za t. i. pospešene azilne postopke). Tako ni dovoljeno omejevanje strank na samo določen čas med potekom postopka (U-I-219/03-25 z dne 1. decembra 2005), če ni omejitev pogojena s specifikami urejevanega področja in s sorazmerjem med normo in njenim ciljem (prim. npr. odločbo o izbrisanih, U-I-246/02-28 z dne 3. aprila 2003, in U-I-14/00 z dne 7. decembra 2000, češ da je bil (prekluzivni!) rok za vložitev vlog (tri mesece) za nabor naslovnikov realno prekratek). Ta stališča Ustavnega sodišča kažejo na poglobljeno tehtanje več ustavnih jamstev in ciljev obravnavanih aktov, pri čemer je sodišče v svojih odločitvah konsistentno in običajno argumente pri večkratni obravnavi istih področij in institutov nadgrajuje. Omejitve pravice biti slišan so pravilo tudi v drugih državah EU,¹⁷ zato kaže našo ureditev in ustavnosodno prakso z vidika primerljivosti oceniti kot skladno z evropskim standardom oziroma uravnoteženjem javnega in zasebnih interesov v postopku.

3.3. Obseg pravice biti slišan: izjaviti se in povedano obravnavati ter obrazložiti

Bistvenega pomena za pravico biti slišan je poleg omogočanja strankam, da se izjavijo, dvosmernost komunikacije ali dialog, tako da pristojni organ dejansko posluša in meritorno obravnava povedano ter svoje stališče obrazloži v aktu odločitve. Tako razumevanje pravice biti slišan je (še) v skladu z njegovo (naravnopravno) vrednostno podstatjo, neposredno pa tudi dejavnik učinkovitega pravnega varstva.¹⁸ Organ se je dolžan z navedbami stranke seznaniti ter jih ob kumulativno izpolnjenih pogojih dopustnosti in bistvenosti obravnavati, se do njih opredeliti ter jih ob odločitvi obrazložiti, in to ne samo navidezno (Up-1525/06-23 z dne 21. junija 2007) ali pavšalno (Up-17/95 z dne 4. julija 1996 ali Up-147/96 z dne 13. marca 1997) ali s »praznim« odgovorom na tožbo (Up-416/09-15 z dne 20. maja 2010). Ali po odločbi U-I-273/98 z dne 1. julija

¹⁷ Statskontoret, nav. delo, str. 36, kjer študija obravnava predvsem te oblike omejitev: (1) potrebna hitrost odločitve, (2) veliko število udeležencev v postopku, (3) za stranko ugodna odločitev.

¹⁸ Podrobneje A. Galič in drugi v L. Šturm, nav. delo (2011), str. 274–325 in 392–411. Standardi obrazložitve so za instančne organe nižji kot za prvoinstančne, saj ob strinjanju z nižjim organom in dovoljšni izčrpanosti prve obrazložitve ponavljanje argumentov s strani višjega organa ne prispeva k pravici do obrambe.

1999: enako varstvo pravic vključuje izjavo vseh (pravno) prizadetih o dejstvih, pomembnih za odločitev, torej njihovo pravico, da povedo svoje mnenje in da je njihovo mnenje pri odločitvi upoštevano (enako U-I-219/03-25 z dne 1. decembra 2005 ali Up-1525/06-23 z dne 21. junija 2007 in Up-758/06-25 z dne 6. decembra 2007). Ali po odločbi Up-498/08 z dne 15. aprila 2008, ki sicer ne zadeva upravne stvari, in enako v Up-1525/06-23 z dne 21. junija 2007 za azilno zadevo: v (kontradiktornem) postopku mora biti vsaki stranki omogočeno, da navaja dejstva, dokaze in tudi (nosilna) pravna stališča ali naziranja o dejstvih in dokazih (kljub pravilu *iura novit curia*), da se opredeli do navedb morebitne nasprotne stranke, da sodeluje v dokaznem postopku (vključno s postavljanjem vprašanj pričam in izvedencem), da se izjavi o rezultatih dokazovanja ter sploh o celotnem procesnem gradivu, ki lahko vpliva na odločitev. Pravica biti slišan velja v vseh fazah postopka, tudi z različnimi pravnimi sredstvi in v izvršbi (sploh ob meritornemu načinu prisilitve, glej Up-359/01 z dne 15. novembra 2001). Če se pojavi sprememba predpisa v zvezi z legitimacijo ali obsegom pravic obrambe na splošno zaradi zakonitosti, je ustavno skladna, čeprav pomeni neenakost med strankami glede na čas postopka, če ni retroaktivna (Up-395/06-24 in U-I-64/07-13 z dne 21. junija 2007).¹⁹ In kot je poudarjeno v več odločbah (npr. Up-84/94 z dne 11. julija 1996 ali Up-50/94 z dne 22. januarja 1998), je obrazložitev posebej pomembna pri odločanju po prostem preudarku in nedoločnih pravnih pojmi, saj se le tako onemogoči arbitrarnost.

Nasprotno ne gre za protiustaven poseg, če se ne upoštevajo procesna dejanja, ki pomenijo zlorabo procesnih pravic (Up-3427/07 in U-I-287/07 z dne 6. novembra 2008). Bistvo temeljnega načela zaslišanja strank tudi ni v tem, da je stranka navzoča pri posameznem dejanju ugotovitvenega postopka, čeprav je tudi to pomembno za pravilno uporabo tega načela, temveč v uresničevanju njegove vsebine.²⁰ In največkrat omenjena omejitev: pravice obrambe (izjavljanje, upoštevanje in obravnavanje navedb, obrazložitev, pravno varstvo) so vezane samo na tista dejstva in dokaze, ki so ali bi morali biti v zadevi bistveni za

¹⁹ To ne velja, ko bi šlo za nastop novega predpisa v že pred časom uvedenem postopku z nerazumno dolgim odločanjem (glej Up-10/03 z dne 10. julija 2003 in Up-304/01 z dne 20. maja 2004). Verjetno bi Ustavno sodišče enako določilo izjemo po praksi Evropskega sodišča za človekove pravice (ESČP), glej v L. Šturm, nav. delo (2011), str. 313, npr. *Scoppola proti Italiji*, 10249/03 z dne 17. septembra 2009, če bi država (ali občina) kot normodajalec spremenila predpis z namenom, da vpliva na izid konkretnega postopka, v katerem je sama udeležena kot stranka.

²⁰ V. Androjna in E. Kerševan, nav. delo, str. 106. Tako ni mogoče šteti, da je bila stranki možnost zaslišanja dana že s samo pravico pregledovati dokument zadeve, prav tako je kršeno načelo, če organ uporabi dokaze zaupne narave, ki stranki niso dostopni. Ali po odločbi U-I-252/00 z dne 8. oktobra 2003 (13.–16. točka obrazložitve), češ da strankam ni onemogočeno sodelovanje pri ugotavljanju dejanskega stanja, čeprav stranke ne spremljajo poteka nastajanja po področnem zakonu naknadno po ogledu izdanega zapisnika.

odločitev, kar torej pomeni pogoje področnih predpisov za pridobitev pravice ali pravnega interesa ali naložitev obveznosti (glej npr. Up-171/00-16 z dne 12. julija 2001, Up-2177/08-16 z dne 26. marca 2009 ali Up-422/03-10 z dne 10. julija 2003). Organ ni dolžan izvesti vsakega predlaganega dokaza (Up-758/06-25 z dne 6. decembra 2007), mora pa se do njega opredeliti in razložiti, če ga zavrne, zakaj ga ne bo izvedlo (Up-1525/06-23 z dne 21. junija 2007).

3.4. Legitimacija za pravico biti slišan s pravico pomoči

V slovenskem pravnem redu je legitimiran za pravico biti slišan in povezane pravice ne le nosilec pravice ali obveznosti, temveč vsaka oseba z v času postopka obstoječim in posamičnim pravnim interesom za celotni postopek ali njegove posamične dele ali vprašanja. Stvarno legitimacijo pri tem določa materialno upravno pravo, to pa naj se razlaga po namenu zakonodajalca, da z normo zavaruje posameznika, ki naj tako zaščiti oziroma izboljša svoj pravni položaj. Osebam, ki niso stranke, pa imajo po ZUP enak procesni položaj, npr. stranski udeleženci, »ni mogoče zanikati potrebe po tem, da se jim v postopkih za varstvo njihovih pravnih koristi prizna možnost njihovega učinkovitega uveljavljanja in s tem povezanega poštenega upravnega postopka« (U-I-165/09-34 z dne 3. marca 2011 ali Up-112/97 z dne 16. oktobra 1997). Tako je treba vsakomur, komur pravo priznava obstoj njegovega pravno varovanega interesa, omogočiti, da ta interes zavaruje tudi v upravnem postopku, v katerem bi bilo lahko v ta interes poseženo. Primerjalno je taka ureditev v EU danes večinska, tako da Slovenija ob sicer razvojno bolj demokratični širitvi legitimacije z glavnih strank tudi na druge osebe s pravnim interesom ne prednjači (npr. ponekod se priznava tudi bodoče upravičeno pričakovanje, angl. *legitimate expectations*).²¹ Tudi ustavnosodna praksa kaže, da pri nas pravice obrambe v upravni praksi neredko niso zagotovljene niti osebam z že priznanim statusom oziroma položajem stranke. Kot je zapisano v odločbi U-I-273/98 z dne 1. julija 1999, mora biti pravica biti slišan zagotovljena tudi otroku, ko gre za njegov položaj (eksistencialnega pomena, kot v postopku odvzema staršem), če je otrok svoje mnenje glede na starost, zrelost in okoliščine sposoben oblikovati, ne le tistemu (s polno opravilno sposobnostjo), na čigar zahtevo postopek teče.

²¹ O ureditvi statusa in položaja strank v upravnih zadevah v državah EU glej več v M. Vintar in drugi, nav. delo, str. 126. Npr. finski zakon o upravnem postopku v 41. členu določa, da v postopkih izdaje upravnih aktov sodelujejo osebe, ki sicer nimajo izkazanega pravnega interesa, a bi lahko upravna odločitev bistveno vplivala na njihovo življenje ali delovne oziroma druge razmere. V ameriškem APA je opredelitev udeležencev v postopku zelo široka, stranka (angl. *party*, 551. člen) v upravnem postopku so vse osebe, ki iščejo ali imajo pravico do vključitve (angl. *right to be admitted*), ob procesni nesposobnosti ji je tudi zagotovljena pravna pomoč (angl. *right of legal guardian*, 552. člen APA). Več P. Craig v B. G. Peters in J. Pierre, nav. delo, str. 180, in W. Rusch, nav. delo, str. 6–7.

Glede zastopstva se pojavlja več vprašanj, npr. zastopanje opravilno nesposobne stranke (Up-1782/08-16 in U-I-166/08-8 z dne 18. junija 2009). Posebej je zanimiva omejitev postulacijske sposobnosti, in sicer jo ima samo oseba s pravniškim izpitom, saj »*obvezno pravno zastopanje pripomore k povečanju kakovosti sojenja*« (U-I-69/07 z dne 4. decembra 2008 in Up-736/04 z dne 9. novembra 2006). To je sicer v upravnih zadevah glede na velik obseg, neizogibnost in relativno enostavnost večine upravnih postopkov vprašljivo, vsekakor pa je mogoče z ustavnega vidika kritično oceniti odločitev sodišča, da zavrže vlogo, ker vložnik ni predložil dokazila o pravniškem izpitu, čeprav nesporno ve, da je ta izpit opravil. Kakršnekoli posebnosti področnih zakonov glede na ZUP, npr. o (ne)povračilu stroškov zastopanja, pa niso ustavno skladne, če zanje ni podan pravno utemeljen in razumen razlog razlikovanja (kot v davčnih zadevah po U-I-252/00 z dne 8. oktobra 2003). Glede vprašanja legitimacije je Ustavno sodišče torej skoraj vedno dosledno. Sicer glede razumevanja obsega pravnega interesa ostaja bolj ali manj zadržano, s čimer omogoča večji aktivizem pri tistih interesih, ki so pravno utemeljeni, a še neobstoječi.

3.5. Komunikacija: raba jezika, vpogled in dostop do podatkov, obveščanje in vročanje

Instituti obveščanja so orodje dialoga, ki naj v demokratični državi poteka med udeleženci v postopku. Gre za več institutov, kot so jezik, vpogled v spis, obvestila, vročanje. V okviru dobre uprave je predvsem pravica dostopa do podatkov danes v EU ključnega pomena in se praviloma obravnava vzporedno, ne (kot sprva) podrejeno pravici biti slišan. Omogoča namreč tudi učinkovito pravno varstvo in dostop do sodišča. Enako izhaja iz odločitve Ustavnega sodišča jeseni 2011, ki je povezano pritrtilno odgovorilo na obe obravnavani vprašanji, tj. (1) da je razumevanje pravice do pregleda dokumentov po 82. členu ZUP ločeno od vzporedne (materialnopravne) pravice dostopa do informacij javnega značaja po posebnem zakonu iz leta 2003 ter (2) da ima to pravico tudi morebitni stranski udeleženec oziroma oseba s pravnim interesom. V državah EU je še pogostejše kot pravica biti slišan pravica dostopa do podatkov le zakonska kategorija, čeprav večina zakonov pravico določa široko, npr. vključno z obveščanjem in vročanjem. Zato je pomen ustrezne razlage te pravice v ustavni razsežnosti, upoštevanje še omejitve pravice, v (ustavno) sodni praksi toliko pomembnejši. To izhaja tudi iz odločitve U-I-16/10 in Up-103/10 z dne 20. oktobra 2011, v kateri je sodišče štelo pravico do vpogleda v spis po 82. členu ZUP za samostojno posebno zakonsko pravico s specifičnim namenom v smislu 23. člena Ustave. S tem je procesni pravici zagotovilo raven materialnopravnega ustavnega varstva in potrdilo stališče teorije, da lahko tudi procesni sklep, izdan med potekom upravnega postopka, poseže v člove-

kovo pravico ali temeljno svoboščino. Zato bi bilo nevzdržno stališče, da mora prizadeti počakati do konca upravnega postopka in šele s pravnimi sredstvi zoper odločbo o glavni stvari izpodbijati tak vmesni sklep. Pravica seznanitve, vpogleda ali dostopa ima omejitve, a tudi po stališču ESČP restriktivne z omejitvijo načina vpogleda, ne pa seznanitve z relevantnim procesnim gradivom (tako po 82. členu ZUP in Up-220/05-10 z dne 29. marca 2007).

Vročanje je v praksi pogosto podcenjeno, a v demokraciji brez kafkovskega prizvoka izredno pomembno vprašanje. (Vsaj fiktivna) vročitev akta organa je namreč pogoj za nastanek pravnih posledic iz pisanja, pri čemer pa je način vročitve lahko ustavno skladno omejen (npr. z vročitvijo le z javnim naznanilom ali pooblaščenju, prim. Up-16/06-26 z dne 7. decembra 2006, U-I-50/08-16 in Up-2177/08-16 z dne 26. marca 2009). Povezava vročanja in zastopstva se pojavi tudi v zadevi Up-41/93 z dne 4. julija 1996 o odpovedi prebivanja, kjer je bila odločba vročena »prisilno postavljeni« soprogi stranke, zaradi česar je prišlo do zamude pri strankini vložitvi pritožbe. Toda Ustavno sodišče je nesporno ugotovilo, da so bili tako zastopanje brez pravne podlage in vse nadaljnje posledice nezakoniti. Ta primer plastično pokaže pomen pravilnega vročanja kot predpostavke rabe pravnih sredstev ter nastopa izvršljivosti, dokončnosti in pravnomočnosti. V obrazložitvah Ustavnega sodišča je včasih (glej Up-422/03-10 z dne 10. julija 2003), morda zaradi jezikovnega stila, zaslutiti dopuščanje popravka napak organov. Zato kaže poudariti, da naknadna vročitev ali dovolitev vpogleda v spis ne more pomeniti sanacije predhodnega neustavnega ravnanja, razen če se šele od tedaj šteje nastop pravnih učinkov oziroma teka (prekluzivnih) rokov za stranko.

Raba svojega jezika je poudarjena že na ravni EU oziroma po 6. členu EKČP, v luči varstva narodnih manjšin pa v slovenski Ustavi s posebnimi določbami 11., 61. in 62. člena. Zato mora organ posamezniku v postopku po odločbi Up-147/96 z dne 13. marca 1997 (8. točka obrazložitve) dati možnost, da se izjavi o dejstvih in okoliščinah, ki so pomembne za odločitev, vsakemu s priznanim pravnim interesom ne glede na status državljanstva. A v okviru enakega varstva pravic in pravice biti slišan so možne omejitve te pravice. Kot pravi sodišče (v zvezi z zakonom, ki ureja mednarodno zaščito, po odločbi Up-2177/08-16 z dne 26. marca 2009, 19. točka obrazložitve): *»Zato zgolj zato, ker prosilci ... niso upravičeni do celotnega prevoda upravne odločbe, še ni poseženo v pravico iz 62. člena Ustave.«* Iz Ustave namreč ne izhaja zahteva, da bi morali organi javne oblasti stranki omogočiti uporabo jezika, ki ga ta razume. Posebno varstvo je namenjeno osebam, ki jim je komuniciranje oteženo, kar je v odločbi U-I-146/07-34 z dne 13. novembra 2008, v zvezi s komunikacijo s slepo osebo v pravnem ali analogno upravnem idr. postopkih, sodišče izjemno izčrpno in proaktivno pojasnilo z upoštevanjem prakse ESČP. Posledica

te odločbe je bila leta 2010 dopolnitev vseh procesnih zakonov v Republiki Sloveniji v smislu pravic invalidov. Pravica do rabe jezika vključuje še tolmačenje, s katerim je tesno povezano vprašanje plačila stroškov. Pri tem kaže opozoriti, da zakonska ureditev praviloma loči med pravico rabe svojega neuradnega jezika in pravico do tolmača na eni strani ter bremenom plačila prevoda oziroma tolmača na drugi strani.

3.6. Adversarnost pri ugotavljanju in dokazovanju dejstev in dokazil za odločitev

Po kvantitativni analizi v preglednici 1 je očitno, da je glede na skupno vsoto odločb o pomenu pravice biti slišan zelo pereče vprašanje pri nas slišnost pri dokazovanju, saj se pojavlja neposredno v približno četrtini vseh izdanih odločb. V praksi je očitno sporno favoriziranje inkvizitornosti v razmerju do adversarnosti kot posebnosti upravnopravnega razmerja.²² V tem okviru kaže opozoriti na stališča (sicer v civilnih zadevah) po Up-2380/07 z dne 19. marca 2009, da velja pravica izjaviti se vključno za po uradni dolžnosti izvedene dokaze. V Up-216/99 z dne 19. decembra 2000 pa je navedeno stališče, da ima stranka v zakonsko določenih položajih pravico izkoristiti roke za procesna dejanja v celoti. Zato ni ustavno skladna zavrnitev zahteve za vrnitev v prejšnje stanje, češ da bi stranka lahko dejanje opravila še pred nastankom nepredvidljivega in neodvrnljivega vzroka za zamudo. Zlasti če gre za aktivno stranko, pravica biti slišan ne pomeni le pravice do vabljenja in udeležbe, ampak tudi pravico do postavljanja vprašanj pričam, sicer je možno, da se odločitev odpravi in postopek obnovi še leta od dokončnosti (glej Up-17/95 z dne 4. julija 1996). V tem primeru je sodišče proaktivno nadgradilo dotedanjo razlago obnovenega razloga (ne)udeležbe v postopku, češ da udeležba pomeni *de facto* aktivno sodelovanje, ne le *pro forma* statiranje.

V zvezi z dokazovanjem je sodišče sicer pogosto postavilo omejitve ali jih presodilo kot ustavno skladne. Npr. odločanje organa brez obravnave, čeprav bi po ZUP morala biti sklicana, samo po sebi ne vpliva na strankino pravico izjavljanja, če se lahko izrazi pisno ali ustno izven naroka ali je nujna koncentracija odločanja (odločbe U-I-213/03-26 z dne 12. januarja 2006, Up-758/06-25 z dne 6. decembra 2007, U-I-50/08-16 z dne 26. marca 2009). Pri tem je treba kljub skrajšanemu ali pospešenemu ugotovitvenemu postopku dejansko stanje ustrezno ugotoviti na predpisani stopnji materialne resnice (Up-1525/06-23 z

²² Po T. Jerovšek in G. Trpin, nav. delo, str. 86, ima načelo zaslišanja svoj temelj že v določbi 1. člena Ustave o demokratični državi. Stranki daje tri temeljne pravice: (1) udeleževati se ugotovitvenega postopka, (2) izjaviti se o vseh dejstvih in okoliščinah ter (3) izpodbijati ugotovitve in navedbe organa in nasprotnih strank ter drugih udeležencev. Prim. European Parliament, nav. delo, str. 50, R. Lampe, nav. delo, str. 44–48. O navzkrižnem zaslišanju prič in izvedencev P. Craig v G. B. Peters in J. Pierre, nav. delo, str. 180.

dne 21. junija 2007). Zanimivo je še vprašanje dokazne moči dokazov, na ktere so podane pripombe strank, čeprav so te pripombe z ustavno skladnimi določbami področnega zakona prekludirane. Glede tega so mnenja deljena, nekateri zagovarjajo večje omejevanje, če je formalna omejitev zakonsko podprta in ustavno skladna, drugi več fleksibilnosti organov ter delovanje *in dubio pro reo* (prim. pritrdilno ločeno mnenje sodnika Fišerja k odločbi U-I-252/00 z dne 8. oktobra 2003). Vendar je v kar desetih ustavnih pritožbah v zvezi z državljanstvom in denacionalizacijo (npr. Up-368/01-9 z dne 11. decembra 2001) Ustavno sodišče jasno postavilo stališče, da je treba stranki dovoliti izpodbijanje pravnih domnev, kot so javne listine ali podatki iz uradnih evidenc, sicer je kršena pravica stranke biti slišan in celota njenih obrambnih jamstev.

3.7. Sklepne ugotovitve

Iz analize obravnavanih odločb je na splošno mogoče kritično ugotoviti, da slovenska Ustava in posledično naše Ustavno sodišče pravico biti slišan obravnavata včasih razmeroma formalistično oziroma prej podrejeno kot na isti ravni v primerjavi s po mednarodnih standardih primerljivimi načeli. Način in vsebina obravnave se namreč bolj ko ne omejujeta na enako varstvo pravic, kar je v primerjavi s prakso evropskih sodišč in teorijo podcenjeno. Evropsko razumevanje namreč v osnovi poudarja predvsem dvoje vrednostnih usmeritev, enakost in participacijo (ali vsaj udeležbo) strank, kar je tudi jedrni predmet sodne presoje zakonitosti (in primernosti) upravnih aktov. Naša Ustava enakost in sodni nadzor določa neposredno v več določbah, medtem ko je udeležba s pravico biti slišan manj izdelana. Po naši oceni pa je ta pravica enako pomembna in potrebna za razvoj ustavne demokracije, zakonitosti in legitimnosti oblasti ter dobre uprave. Uvodno domnevo raziskave, da slovenska ustavnosodna praksa pravico biti slišan v upravnih zadevah po zgoraj razdelanih izvoru in elementih razlaga skladno z načeli Sveta Evrope in EU, je tako mogoče pretežno potrditi, a ne v celoti. Ustavno sodišče naj bi zato v prihodnje glede na temeljno vlogo ustavnosti kot obrambe šibkejšega v (še zlasti upravnopravnem) razmerju pravico biti slišan proaktivno razvilo kot samostojno temeljno garancijo.²³ Gre za analognost kot v primeru koncepta sorazmerno-

²³ V tem pogledu lahko po modelu v delu C. Harlow in R. Rawlings, nav. delo, str. 516, Ustavno sodišče RS povprečno umestimo med aktivne formaliste, ki zagotavljajo sodno korektno upravno delovanje (angl. *judicialised administration*), medtem ko so anglosaška sodišča in sodniki ob visoki stopnji aktivizma in nizki formalizma nosilci redefiniranja poštenosti (angl. *fairness redefined*). Podobno J. Ziller v G. P. Peters in J. Pierre, nav. delo, str. 173, C. Harlow in R. Rawlings, nav. delo, str. 495, poudarjajo vlogo sodišč glede njihovega (potrebnega) prispevka k naravnopravni postopkovni pravičnosti. O (potrebnem) aktivizmu sodišča za razvoj načel M. Pavčnik, nav. delo (2009), str. 35. Glej tudi poudarek o dometu zaveze temeljnih načel EU za nacionalna sodišča in upravne organe (M. Avbelj, nav. delo, str. 119 in nasl.).

sti, ki v Ustavi ni eksplicitno zapisan, a se je ravno skozi ustavnosodno prakso oblikoval kot avtonomno načelo, vključno z ustrežno metodologijo presoje ustavnosti. Samo celovito razumevanje pravice biti slišan oziroma koncepta obrambe lahko vodi v nadaljnji razvoj temeljnih demokratičnih in civilizacijskih vrednot.

4. SKLEP

Pravica biti slišan je nedvomno ena ključnih civilizacijskih pridobitev moderne demokracije. Zato mora ostati varovana na deklarativni in operativni ravni, k čemur nas zavezujejo tudi mednarodnopravni akti in razvoj. Kot lahko sklenemo na podlagi analize slovenske ustavnosodne prakse, je pri nas raven pravnega urejanja upravnih zadev razmeroma korektna, tako da z vidika ustavnosti presojeni zakoni za upravna področja kljub nekaj omejitvam ne posegajo v načelno raven pravice biti slišan. Več skrbi vzbuja pogosto protiustavno odločanje na nekaterih področjih, npr. notranjih zadev. Zato ustavnopravno varstvo pravice biti slišan pomeni pomembno varovalko, ki naj v prihodnje še bolj poudarjeno vrednostno napolnjuje pomen pravice biti slišan v upravnih razmerjih.

Literatura

- Vilko Androjna in Erik Kerševan: Upravno procesno pravo. GV Založba, Ljubljana 2006.
- Matej Avbelj: Sodno pravo Evropske unije. GV Založba, Ljubljana 2011.
- Beneška komisija, Venice Commission – European Commission for Democracy through Law: Stocktaking on the Notions of »Good Governance« and »Good Administration«, Study no. 470/2008, CDL-AD(2001)009, 2011, <www.venice.coe.int/docs/2011/CDL-AD(2011)009-e.pdf> (16. 1. 2013).
- Mark Bevir (ur.) in drugi: The SAGE Handbook of Governance. Sage, Los Angeles, London, New Delhi, Singapur, Washington DC 2011.
- Janez Breznik (red.) in Erik Kerševan (red.) in drugi: Zakon o upravnem sporu (ZUS-1) s komentarjem. GV Založba, Ljubljana 2008.
- Janez Čebulj: Posebnosti ustavne pritožbe s področja upravnega prava, v: Ustavno sodstvo (M. Pavčnik (ur.) in A. Mavčič (ur.)). Cankarjeva založba, Ljubljana 2000, str. 301–321.
- European Parliament: Right to Defence and Fair Legal Procedures in the Member States and the Candidate Countries, Working paper. Bruselj 2001.
- Denis James Galligan, Richard H. Langan in Constance S. Nicandrou: Administrative Justice in the New European Democracies. Open Society Institute, Constitutional and Legislative Policy Institute and the Centre for Socio-Legal Studies, University of Oxford, Oxford 1998.
- Carol Harlow in Richard Rawlings: Law and Administration. Butterworths, London, Edinburgh, Dublin 1997.
- Dirk Heckmann (ur.) in drugi: Modernisierung von Justiz und Verwaltung. Boorberg, Stuttgart, München, Hannover, Berlin, Weimar, Dresden 2007.
- Wolfgang Hoffmann-Riem (ur.), Eberhard Schmidt-Assmann (ur.), Andreas Vosskuhle (ur.) in drugi: Grundlagen des Verwaltungsrechts (Band II), str. 461–522. C. H. Beck, München 2008.
- Wolfgang Hoffmann-Riem (ur.), Eberhard Schmidt-Assmann (ur.), Andreas Vosskuhle (ur.) in drugi: Grundlagen des Verwaltungsrechts (Band II), str. 495–937. C. H. Beck, München 2012.
- W. John Hopkins: International Governance and the Limits of Administrative Justice: the European Code of Good Administrative Behaviour, v: New Zealand University Law Review, 22 (2007), str. 710–727.
- Tone Jerovšek (ur.) in Gorazd Trpin (ur.) in drugi: Zakon o splošnem upravnem postopku s komentarjem. Inštitut za javno upravo pri Pravni fakulteti v Ljubljani in Nebra, Ljubljana 2004.

- Tone Jerovšek: *Zakon o splošnem upravnem postopku z uvodnimi pojasnili*. Uradni list Republike Slovenije, Ljubljana 1999.
- Tone Jerovšek in Polonca Kovač: *Upravni postopek in upravni spor*. Univerza v Ljubljani, Fakulteta za upravo, Ljubljana 2010.
- Polonca Kovač (ur.) in Gregor Virant (ur.) in drugi: *Razvoj slovenske javne uprave 1991–2011*. Uradni list Republike Slovenije, Ljubljana 2011.
- Polonca Kovač (ur.), Iztok Rakar in Matjaž Remic: *Upravno-procesne dileme, 2. del – 120 vprašanj z odgovori in sodno prakso ter z uvodno študijo*. Uradni list Republike Slovenije, Ljubljana 2012.
- Matevž Krivic: *Varstvo ustavnih pravic v upravnih zadevah – po izkušnjah pri zastopanju tujcev, v: XVII. dnevi slovenske uprave*, Fakulteta za upravo, Portorož 2010.
- Marina Künnecke: *Tradition and Change in Administrative Law: an Anglo-German Comparison*. Springer, Berlin, New York 2007.
- Rok Lampe: *Pravo človekovih pravic*. Uradni list Republike Slovenije, Ljubljana 2010.
- Hanns Peter Nehl: *Principles of Administrative Procedure in EC Law*. Hart, Oxford 1999.
- Marijan Pavčnik: *Teorija prava*. Cankarjeva založba, Ljubljana 2001.
- Marijan Pavčnik (ur.) in drugi: *Pravna država*. GV Založba, Ljubljana 2009.
- B. Guy Peters (ur.) in Jon Pierre (ur.) in drugi: *Handbook of Public Administration*. Sage, London, Thousand Oaks, New Delhi 2011.
- Rajko Pirnat: *Nekatera vprašanja ustavne pritožbe zoper upravne akte, v: Podjetje in delo, št. 5-6/1994*, str. 701–705.
- Susan Rose-Ackerman (ur.) in Peter L. Lindseth (ur.) in drugi: *Comparative Administrative Law*. Edward Elgar, Cheltenham, Northampton 2011.
- Wolfgang Rusch: *Administrative Procedures in EU Member States, v: Conference on Public Administration Reform and European Integration*. SIGMA, Budva 2009, <www.oecd.org/dataoecd/49/34/42754772.pdf> (18. 1. 2013).
- Jürgen Schwarze: *Judicial Review of European Administrative Procedure, v: Law and Contemporary Problems*, 68 (2004), str. 84–105.
- Principles of Good Administration in the Member States of the European Union*, Statskontoret 2005, <www.statskontoret.se/upload/Publikationer/2005/200504.pdf> (16. 1. 2013).
- Lovro Šturm (ur.) in drugi: *Komentar Ustave Republike Slovenije in Dopolnitev A*. Fakulteta za državne in evropske študije, Brdo pri Kranju 2002 in 2011.

Lojze Ude: Posebni upravni in sodni postopki v novejši slovenski zakonodaji, v: *Podjetje in delo*, 6-7 (2000), str. 1375–1382.

Mirko Vintar (ur.), Maja Klun (ur.) in Alenka Kuhelj (ur.) in drugi: *Primerjalni pogled na delovanje izbranih področij javnega sektorja v Sloveniji*. Fakulteta za upravo, Ljubljana 2012.

OBVEZNOST DRŽAVE, DA MED PODPISOM IN UVELJAVITVIJO MEDNARODNE POGODBE NE IZNIČI NJENEGA PREDMETA IN NAMENA¹

Andrej Svetličič,

*univerzitetni diplomirani pravnik, magister pravnih znanosti,
Ministrstvo za zunanje zadeve, pooblaščen minister*

1. UVOD

Podpis mednarodne pogodbe je eno od mednarodnopravnih dejanj v postopku sklepanja mednarodne pogodbe (v nadaljevanju tudi: pogodba), ki označuje konec obdobja pogajanj in hkrati začetek obstoja mednarodne pogodbe, zato mu mednarodno pravo pripisuje določene učinke.² Iz razprav v zvezi z učinkom podpisa mednarodnih pogodb do njihove uveljavitve pa je razvidno, da je v Sloveniji zavedanje o tem pogosto pomanjkljivo;³ v zadnjem času je tako vprašanje podpisa mednarodne pogodbe in njegovih učinkov v Sloveniji (in Evropski uniji) ponovno aktualno denimo v povezavi s sklepanjem t. i. sporazuma ACTA.⁴ V tem prispevku bo analizirana obveznost države od podpisa do

¹ Prispevek ne izraža nujno tudi stališča institucije, v kateri je avtor zaposlen.

² Simona Drenik: *Praksa sklepanja mednarodnih pogodb v Republiki Sloveniji*, v: Javna uprava, (2009) 1-2, str. 138; Danilo Türk: *Temelji mednarodnega prava*. GV Založba, Ljubljana 2007, str. 248 in 250. Podrobneje glede podpisa kot faze postopka sklepanja mednarodnih pogodb v Republiki Sloveniji glej Irena Jager Agius (verificiral Sektor za mednarodno pravo): *Postopek sklepanja mednarodnih pogodb in drugih mednarodnih aktov*, priročnik, Ministrstvo za zunanje zadeve, Ljubljana 2011, <www.mzz.gov.si/fileadmin/pageuploads/Zakonodaja_in_dokumenti/knjiznica/Prirocnik_za_sklepanje_MA.pdf> (25. 2. 2013).

³ S. Drenik, nav. delo, str. 138.

⁴ Trgovinski sporazum za boj proti ponarejanju med Evropsko unijo in njenimi državami članicami, Avstralijo, Kanado, Japonsko, Republiko Korejo, Združenimi mehiškimi državami, Kraljevino Maroko, Novo Zelandijo, Republiko Singapur, Švicarsko konfederacijo in Združenimi državami Amerike (v nadaljevanju: ACTA, glej <<http://register.consilium>

uveljavitve mednarodne pogodbe po 18. členu Dunajske konvencije o pravu mednarodnih pogodb,⁵ in sicer bosta v drugem poglavju najprej predstavljena izvor in razvoj vmesne obveznosti pred sprejetjem DKPMP, v tretjem poglavju pa analiza vmesne obveznosti, kot je določena v 18. členu DKPMP.

Podpis ima sicer tudi druge učinke, najpogosteje ima vlogo potrditve verodostojnosti besedila.⁶ Poleg tega je učinek podpisa ta, da je država podpisnica upravičena pogodbo ratificirati, če pa pogodbe ne podpiše, pa lahko njena pogodbenica postane tako, da k njej pristopi. Če država pogodbe ne podpiše, tudi na primer ne more sodelovati pri morebitnih dejavnostih po podpisu, na primer pri oblikovanju s pogodbo ustanovljenih teles. Podpis pogodbe lahko pomeni tudi možnost predložitve pridržka ob podpisu ali začetek njene začasne uporabe.⁷ Podpis mednarodne pogodbe torej že pred njeno uveljavitvijo prinese državi določene pravice oziroma koristi, zato je primerno, da ima na podlagi podpisa v tem času tudi določene obveznosti.⁸ Kadar država s podpisom mednarodne pogodbe že s podpisom privoli, da jo ta pogodba zavezuje,⁹

europa.eu/pdf/sl/11/st12/st12196.sl11.pdf> 25. 2. 2013). Glede vsebine ACTA in učinka njegovega podpisa glej na primer sporočilo za javnost Ministrstva za gospodarski razvoj in tehnologijo, v katerem je med drugim navedeno, da »[s] podpisom sporazuma ACTA za Republiko Slovenijo ta mednarodna pogodba ni bila uveljavljena, ampak je v skladu z [DKPMP] nastala obveznost, da ne ravna v nasprotju s predmetom in namenom te pogodbe« (<http://www.mgrt.gov.si/nc/si/medijsko_sredisce/novica/article//8149/> 25. 2. 2013).

⁵ United Nations Treaty Series (UNTS) 1155, str. 331, Akt o notifikaciji nasledstva glede konvencij Organizacije združenih narodov in konvencij, sprejetih v Mednarodni agenciji za atomsko energijo (Ur. l. RS-MP, št. 9/92, 9/93, 5/99, 9/08 in 13/11, v nadaljevanju: DKPMP). V doktrini se obveznost po tem členu imenuje tudi »vmesna obveznost« (angl. *interim obligation*) (glej na primer Paul V. McDade: The Interim Obligation between Signature and Ratification of a Treaty, *Netherlands International Law Review* 32 (1985) 5; Joni S. Charme: The Interim Obligation of Article 18 of the Vienna Convention on the Law of Treaties: Making Sense of an Enigma, *George Washington Journal of International Law & Economy* 25 (1992) 71; David S. Jonas in Thomas N. Saunders: The Object and Purpose of a Treaty: Three Interpretive Methods, *Vanderbilt Journal of Transnational Law* 43 (2010) 565, str. 594); ta pojem je v okviru razprave o osnutku členov DKPMP uporabil Pal (Yearbook of the International Law Commission (YBILC), 1965, Vol. I, str. 92, tč. 65) in tako bo poimenovan tudi v tem prispevku.

⁶ Člen 10 DKPMP.

⁷ Glede drugih učinkov podpisa glej na primer prvo poročilo o pravu mednarodnih pogodb posebnega poročevalca Humphreya Waldocka (v nadaljevanju: Waldockovo poročilo), YBILC, 1962, Vol. II, dok. A/CN.4/144, str. 47, tč. 7.

⁸ Prvo poročilo posebnega poročevalca Herscha Lauterpachta (v nadaljevanju: Lauterpachtovo poročilo), YBILC, 1962, Vol. II, dok. A/CN.4/63, str. 109 in 110, tč. 3.

⁹ Člen 12 DKPMP. Splošno o tem učinku podpisa glej na primer Treaty Making – Expression of Consent by States to be Bound by a Treaty. Council of Europe and British Institute of International and Comparative Law (ur.), Kluwer Law International, Haag 2001, str. 9-10.

pogodba pa začne veljati takoj po podpisu, med podpisom in uveljavitvijo ni nobenega časovnega zamika, zato za državo takoj nastopijo vse pravne posledice uveljavitve, torej da mora država pogodbo izpolnjevati v dobri veri (*pacta sunt servanda*).¹⁰ Drugače pa je, kadar država s podpisom samo potrdi verodostojnost besedila, samo pogodbo pa je treba še ratificirati, ali kadar z njim sicer izrazi privolitev, da jo pogodba zavezuje, vendar pogodba v skladu z njenimi določbami ne začne veljati takoj, ampak v določenem roku. Takrat nastane med podpisom in uveljavitvijo določen časovni zamik, ki sproži vprašanje glede pravnega položaja države podpisnice v tem času. To vprašanje ureja 18. člen DKPMP, ki določa:¹¹

»Država se mora vzdržati dejanj, zaradi katerih bi se lahko izničila¹² predmet in namen mednarodne pogodbe, če je:

- a) podpisala mednarodno pogodbo [...] s pridržkom ratifikacije [...], dokler jasno ne izrazi namena, da ne bo postala pogodbenica mednarodne pogodbe [...], ali
- b) izrazila privolitev, da jo mednarodna pogodba zavezuje, že pred njeno uveljavitvijo in pod pogojem, da se uveljavitev ne odlašá neupravičeno.«

Podpis mednarodne pogodbe, ki predvideva ratifikacijo, torej ni samo formalnost brez kakršnegakoli pravnega učinka in obveznosti,¹³ ni pa tudi sam po sebi dovolj za to, da se država s pogodbo zaveže.¹⁴ Njegov pravni položaj, ki je torej nekje vmes med navedenima skrajnostma,¹⁵ naj bi urejal 18. člen

¹⁰ Člen 26 DKPMP.

¹¹ Angleški izvirnik se v upoštevnem delu glasi: »A State is obliged to refrain from acts which would defeat the object and purpose of a treaty when [...] it has signed the treaty [...] subject to ratification [...], until it shall have made its intention clear not to become a party to the treaty [...] or it has expressed its consent to be bound by the treaty, pending the entry into force of the treaty and provided that such entry into force is not unduly delayed.«

¹² Slovenski prevod izvirnika ni najbolj posrečen, kar zadeva besedilo »bi se lahko izničila«, saj izvirnik v angleščini, francoščini in španščini na tem mestu določa »acts which would defeat« (angl.), »actes qui priveraient« (fr.) oziroma »actos en virtud de los cuales se frustran« (špan.), čemur bi v slovenščini ustrezal prevod »dejanj, zaradi katerih se izničila«.

¹³ To ugotavljajo že avtorji t. i. Harvardskega osnutka konvencije o pravu mednarodnih pogodb (Draft Convention on the Law of Treaties (III. del, Law of Treaties), American Journal of International Law, 29 (supp. 1935) 657 (v nadaljevanju: Harvardski osnutek)).

¹⁴ D. Türk, nav. delo, str. 248; Juraj Andrassy: Međunarodno pravo. Deseta izdaja, Školska knjiga, Zagreb 1990, str. 329. Glej tudi opredelitev podpisa v Treaty Handbook, Treaty Section of the Office of Legal Affairs, United Nations Publication (2006), št. E.02.V2, <<http://treaties.un.org/doc/source/publications/THB/English.pdf>>, str. 64 (25. 2. 2013).

¹⁵ J. Charme, nav. delo, str. 88; David S. Jonas: The Comprehensive Nuclear Test Ban Treaty: Current Legal Status in the United States and the Implications of a Nuclear Test Explosion, International Law and Politics 39 (2006–2007), str. 1034.

DKPMP, katerega vsebina pa še danes ni povsem pojasnjena.¹⁶ Zdi pa se, da je vendarle jasno, da gre za pravilo običajnega mednarodnega prava kot izraza splošnega načela dobre vere, ki je bilo kodificirano v DKPMP.¹⁷ Države morajo po mednarodnem pravu na splošno¹⁸ in posebej po pravu mednarodnih pogodb ravnati v dobri veri, kar se domneva, in torej ne velja domneva nedobrovernosti.¹⁹ V skladu s tem države načeloma podpisujejo pogodbe v dobri veri, da jih bodo pozneje ratificirale ter da bodo pogodbe začele veljati in se izvajati. Obstajajo pa lahko različni razlogi za to, da se sicer običajno naklonjen odnos države do podpisane pogodbe pozneje poslabša. To še posebej velja za večstranske mednarodne pogodbe, o katerih se pogaja veliko držav in vse ne dosežejo tistega, kar so želele, mednarodna pogodba pa je zato običajno rezultat kompromisa med pogajalskimi delegacijami.²⁰ Mogoče pa je tudi, da za negativno spremembo stališča do mednarodne pogodbe obstajajo notranji razlogi v državi. Po podpisu se lahko na primer zamenja oblast v državi in nova oblast ne podpira več mednarodne pogodbe,²¹ lahko pride do pritiska znotraj

¹⁶ Že v Waldockovem poročilu je tako navedeno, da pravni učinki podpisa pogodbe, ki jo je treba ratificirati, nikakor niso brez negotovosti (nav. delo, str. 46, tč. 1), ta negotovost pa očitno še vedno obstaja, glej na primer Patrick Daillier in Alain Pellet: *Droit International Public*. Šesta izdaja, L.G.D.J., Pariz 1999, str. 134, in Paolo Palchetti: *Article 18 of the 1969 Vienna Convention: A Vague and Ineffective Obligation or a Useful Means for Strengthening Legal Cooperation?*, v: Enzo Canizzaro, E. (ur): *The Law of Treaties Beyond the Vienna Convention*. Oxford University Press 2011, str. 26.

¹⁷ Draft Articles on the Law of Treaties with Commentaries, YBILC, 1966, Vol. II, dok. A/6309/Rev.I, str. 202, tč. 1. Glej tudi P. Palchetti, nav. delo, str. 25–26; D. Türk, nav. delo, str. 250; P. Daillier in A. Pellet, nav. delo, str. 134.

¹⁸ Drugi odstavek 2. člena Ustanovne listine Združenih narodov (UNTS 1, Akt o notifikaciji nasledstva glede konvencij Organizacije združenih narodov in konvencij, sprejetih v Mednarodni agenciji za atomsko energijo, nav. delo).

¹⁹ Splošno glej Tariq Hassan: *Good Faith in Treaty Formation*, *Virginia Journal of International Law* 21 (1981) 3, str. 450. Tretja uvodna izjava preambule DKPMP določa, da je načelo dobre vere splošno priznано.

²⁰ Nezadovoljstvo z doseženim kompromisom lahko država delno »popravi« tudi z vložitvijo pridržkov, s katerimi spremeni vsebino določb mednarodne pogodbe v zvezi s seboj. Več o pridržkih glej D. Türk, nav. delo, str. 253–259.

²¹ V zvezi s tem velja omeniti primer Rimskega statuta Mednarodnega kazenskega sodišča (UNTS I-38544, Ur. l. RS-MP, št. 29/01), ki ga je med drugimi povsem ob koncu svojega mandata, 31. decembra 2000, podpisal tudi predsednik ZDA Bill Clinton, administracija naslednjega predsednika Georgea Busha pa je Generalnemu sekretarju OZN kot depozitarju te pogodbe maja 2002 poslala uradno obvestilo, da ZDA ne nameravajo postati pogodbenica te mednarodne pogodbe. ZDA so podpisale tudi Kyotski protokol, vendar drugače kot pri Rimskem statutu Mednarodnega kazenskega sodišča niso poslale uradnega obvestila o tem, da ne nameravajo postati njegova pogodbenica, so pa njeni predstavniki večkrat izrazili odklonilno stališče do ratifikacije tega protokola. Več o tem glej v Curtis A. Bradley: *Unratified Treaties, Domestic Politics, and the U.S. Constitution*, *Harvard International Law Journal* 48 (2007) 2, str. 311–312.

države, da se pogodba ne ratificira, ker določeni akterji niso bili vključeni v pogajanja.²² Vsi ti dejavniki so lahko povsem legitimen razlog za to, da se pogodba ne ratificira, mednarodnopravno pa jih niti ni treba izkazati. Ratifikacija mednarodne pogodbe namreč po mednarodnem pravu ni obvezna in spada v diskrecijo držav, vmesni čas med podpisom in ratifikacijo pa je namenjen prav razmisleku o tem, ali naj država ratificira podpisano mednarodno pogodbo.²³ To pa ne pomeni, da lahko država v času med podpisom in uveljavitvijo s svojim ravnanjem ogrozi smiselnost uveljavitve in izvajanja pogodbe, na primer tako, da odtuji premoženje ali ozemlje, ki bi ga morala po podpisani pogodbi prenesti na drugo državo,²⁴ da nastavlja mine po podpisu pogodbe o prepovedi uporabe min,²⁵ da izvrši smrtno kazen po podpisu pogodbe o prepovedi le-te²⁶ ipd.²⁷ Tako ravnanje lahko povzroči odgovornost države po mednarodnem pravu, saj že navedeno načelo dobre vere v mednarodnem pravu tudi na tem področju zahteva, da se mora država vzdržati dejanj s takim učinkom, izraz tega načela pa je tudi vmesna obveznost.²⁸

2. IZVOR IN RAZVOJ VMESNE OBVEZNOSTI PRED DKPMP

Vmesna obveznost ima svoje korenine v praksi držav, odločitvah mednarodnih sodišč oziroma arbitraž in mednarodnopravni doktrini že pred začetkom priprave DKPMP.²⁹ V zvezi s prakso držav se tako v doktrini največkrat navaja že 38. člen Splošne listine berlinske konference z dne 26. februarja

²² V zvezi z ACTA so tako na primer v Sloveniji nekatere organizacije pritiskale na državo, naj razmisli o ratifikaciji sporazuma, nekateri pa so jo celo neposredno pozivali, naj tega ne stori, v zvezi s tem glej na primer objavo v časopisu Delo: <<http://www.delo.si/druzba/infoteh/tudi-v-sloveniji-se-obeta-protestni-shod-proti-acti.html>> (25. 2. 2013).

²³ Glej na primer Waldockovo poročilo, nav. delo, str. 47, tč. 5; Martin A. Rogoff: The International Legal Obligations of Signatories to an Unratified Treaty, *Maine Law Review* 32 (1980), str. 267; D. Türk, nav. delo, str. 248.

²⁴ Glej opombo 32 v nadaljevanju.

²⁵ Jan Klabbbers: How to Defeat a Treaty's Object and Purpose Pending Entry Into Force: Toward Manifest Intent, *Vanderbilt Journal of Transnational Law* 34 (2001), str. 285.

²⁶ Sodba Evropskega sodišča za človekove pravice v zadevi *Öcalan proti Turčiji* z dne 12. marca 2003, št. 46221/99, tč. 185.

²⁷ Za več primerov glej Harvardski osnutek, nav. delo, str. 781–782.

²⁸ Glej na primer stališče posebnega poročevalca Waldocka, da je tovrstna obveznost držav splošno sprejeta v upoštevni doktrini in sodni praksi (Waldockovo poročilo, nav. delo, str. 47, tč. 6).

²⁹ Za splošen povzetek glej na primer T. Hassan, str. 452–456, in J. Klabbbers, nav. delo (2001), str. 294–299.

1885,³⁰ ki je kot primer izpostavljena tudi v pripravljalnem delu DKPMP.³¹ Kar zadeva odločitve mednarodnih sodišč in arbitraž, velja omeniti dve zadevi, ki se v doktrini, pa tudi v pripravljalnem delu DKPMP, največkrat omenjata kot pomembni z vidika vmesne obveznosti. V zadevi *Nekateri nemški interesi v poljski Zgornji Šleziji*,³² ki jo je obravnavalo Stalno meddržavno sodišče in v kateri je Poljska izpodbijala pravico Nemčije, da po podpisu in pred uveljavitvijo Versajske pogodbe odtuji določeno premoženje, je navedeno sodišče odločilo v korist Nemčije, ki je imela po njegovi presoji nedvomno pravico, da do prenosa suverenosti po pogodbi razpolaga s svojim premoženjem, samo zloraba te pravice pa bi po oceni sodišča lahko pomenila kršitev pogodbe.³³ Eden od argumentov Poljske v zadevi je bil, da je Nemčija zlorabila svoje pravice s tem, ko je pred prenosom suverenosti na določenem ozemlju odtujila določeno premoženje.³⁴ Stalno meddržavno sodišče je v zvezi s tem med drugim posredno potrdilo, da podpisnik v določenih primerih ne sme ravnati v nasprotju z načelom dobre vere in da je lahko posledica zlorabe njegovih pravic tudi kršitev njegovih obveznosti po pogodbi, ki še ni ratificirana. Pri tem je uporabilo argument, da je glede na to, da pogodba Nemčiji tudi po ratifikaciji ni onemogočala odsvojitve takega premoženja, taka odsvojitve med podpisom in ratifikacijo še toliko manj kršitev načela dobre vere.³⁵ Iz

³⁰ General Act of the Conference at Berlin of the Plenipotentiaries of Great Britain, Austria-Hungary, Belgium, Denmark, France, Germany, Italy, the Netherlands, Portugal, Russia, Spain, Sweden and Norway, Turkey and the United States respecting: (1) Freedom of Trade in the Basin of the Congo; (2) the Slave Trade; (3) Neutrality of the Territories in the Basin of the Congo; (4) Navigation of the Congo; (5) Navigation of the Niger; and (6) Rules for Future Occupation on the Coast of the African Continent (<<http://www.austlii.edu.au/au/other/dfat/treaties/1920/17.html>>, 25. 2. 2013). Navedeni člen določa celo, da podpisnice listine do ratifikacije ne bodo sprejele nobenega ukrepa, ki bi bil v nasprotju z določbami listine, kar je več kot vmesna obveznost po današnjem razumevanju, ki zahteva »samo« vzdržanje ravnanja v nasprotju s *predmetom in ciljem* pogodbe. Glede tovrstnih določb o vmesni obveznosti v mednarodnih pogodbah glej na primer M. Rogoff, nav. delo, str. 280, opomba 56; J. Charne, nav. delo, str. 78–79.

³¹ Lauterpachtovo poročilo, nav. delo, str. 110, tč. 4.

³² *Certain German Interests in Polish Upper Silesia*, Permanent Court of International Justice (PCIJ), Series A, št. 7.

³³ Prav tam, str. 30.

³⁴ Prav tam, str. 37.

³⁵ T. Hassan, nav. delo, str. 454. Sodišče je med drugim navedlo: »As regards this argument, the Court may confine itself to observing that, as, after its ratification, the Treaty did not, in the Court's opinion, impose on Germany such obligation to refrain from alienation, it is, a fortiori, impossible to regard as an infraction of the principle of good faith Germany's action in alienating the property before the coming into force of the Treaty which had already been signed«, na podlagi tega pa »In these circumstances, the Court need not consider the question whether, and if so how far, the signatories of a treaty are under an obligation to abstain from any action likely to interfere with its execution when ratification has taken place.« PCIJ, nav. delo, str. 39 in 40.

tega bi bilo torej mogoče sklepati, da bi, če Nemčija v skladu s pogodbo po ratifikaciji te pravice do odtujitve ne bi imela, lahko šlo za zlorabo te pravice, če bi se taka odtujitev zgodila v času med podpisom in ratifikacijo. Neposredno pa se je do vmesne obveznosti opredelila arbitraža v zadevi *Megalidis proti Turčiji*, ki se je nanašala na uporabo Lozanske pogodbe, podpisane 24. julija 1923.³⁶ V tej zadevi je grški tožnik zahteval vrnitev predmetov, ki so mu jih domnevno v nasprotju s 65. členom navedene pogodbe³⁷ odvzeli turški organi. Arbitražno sodišče je razsodilo, da so turški organi ravnali v nasprotju z mednarodnim pravom, ker imajo pogodbenice že s podpisom pogodbe in pred njeno uveljavitvijo obveznost, da ne naredijo ničesar, s čimer bi posegale v pogodbo s tem, da bi zmanjšale pomen njenih določb.³⁸

Praksa držav, sodna praksa in doktrina so vplivale tudi na Harvardski osnutek,³⁹ ki v 9. členu določa, da država ni zavezana izpolnjevati pogodbe pred njeno uveljavitvijo in da lahko v določenih primerih dobra vera zahteva, da se država razumen čas od podpisa do uveljavitve mednarodne pogodbe vzdrži dejanj, zaradi katerih bi postalo izvajanje pogodbe za katerokoli podpisnico nemogoče ali težje.⁴⁰ Avtorji Harvardskega osnutka so v skladu z večinskim mnenjem takratne doktrine menili,⁴¹ da je to moralna obveznost na podlagi načela dobre vere, katere kršitev ne pomeni odgovornosti po mednarodnem pravu. Po njihovem mnenju bi bila kršitev take obveznosti lahko predmet mednarodne odgovornosti države samo, če bi bila vnesena v določbe konkretne mednarodne pogodbe.⁴² To stališče je zanimivo in nekoliko neloogično, saj če bi Harvardski osnutek nekoč postal mednarodna pogodba, bi kot mednarodna pogodba tudi določal tako obveznost pogodbenic, kar se je z DKPMP dejansko tudi zgodilo.

³⁶ Treaty of Lausanne, 28 League of Nations Treaty Series (LNTS) 11. Za podrobnejši opis zadeve glej M. Rogoff, nav. delo, str. 277.

³⁷ Navedeni člen je določal, da se premoženje državljanov držav zaveznic na turškem ozemlju nemudoma vrne v obstoječem stanju.

³⁸ Recueil des Décisions des Tribunaux Mixtes 8 (1928) 386, str. 395.

³⁹ Harvardski osnutek, nav. delo, str. 783–786.

⁴⁰ Harvardski osnutek, nav. delo, str. 778.

⁴¹ Glej stališča Crandalla, Cavaglierija, Anzilottija, Fauchillea, povzeta v Harvardskem osnutku (nav. delo, str. 783–784). Navedeni avtorji kot podlago vmesne obveznosti navajajo načelo dobre vere oziroma teorijo o zlorabi pravic.

⁴² Harvardski osnutek, nav. delo, str. 787. Osnutek se sklicuje tudi na prej navedeni 38. člen Splošne listine berlinske konference, nav. delo.

3. ANALIZA VMESNE OBVEZNOSTI PO DKPMP

3.1. Pripravljalno delo⁴³

Iz pripravljalnega dela z začetka priprave DKPMP izhaja, da – kljub navedeni predhodni praksi držav, doktrini, sodni praksi in Harvardskemu osnutku – take določbe v prvem osnutku DKPMP posebnega poročevalca Brierlyja sploh ni bilo, pa tudi sicer je bilo v Komisiji za mednarodno pravo (v nadaljevanju: KMP) – kot bo razvidno v nadaljevanju – precej razprav o podlagi za vmesno obveznost in posledično potrebi, da se vključi v DKPMP. Brierly je nato v svojem drugem poročilu vendarle prevzel 9. člen Harvardskega osnutka kot osnutek 7. člena DKPMP, vendar zgolj zaradi razprave, enako kot avtorji Harvardskega osnutka pa je menil, da ta določba vsebuje moralno, in ne pravno obveznost.⁴⁴ Iz razprave članov KMP je mogoče razbrati, da so bili pri tem členu razdeljeni. Ena od vidnejših tem razprave je bilo načelo dobre vere oziroma teorija zlorabe pravic kot izvor vmesne obveznosti, katere glavna zagovornika sta bila Yepes oziroma Scelle. Scelle je tako pojasnil, da država ne bi smela zavrniti ratifikacije z namenom, da povzroči škodo drugi državi, na primer tako, da prepreči uresničitev skupnega dogovora. Zato se je zavzel za določbo, na podlagi katere bi podpis v času pred ratifikacijo vseboval neko obveznost, vendar pa bi se bilo treba izogniti položaju, ko bi podpis zavezoval k ratifikaciji.⁴⁵ Po njegovem ni nobene države, katere pravo bi zavračalo zlorabo pravic, in torej ni nobenega razloga, da je ne bi prenesli tudi v mednarodno pravo, ker tudi to ni absolutno in tudi državna suverenost ni absolutna, to je samo ostanek preteklosti.⁴⁶ Yepes pa se je v zvezi z dobro vero skliceval na drugi odstavek 2. člena Ustanovne listine Združenih narodov in menil, da je na podlagi tega dobra vera postala del pozitivnega prava in ni več samo moralna kategorija. Po njegovem mnenju države ne bi smele kar tako z lahkoto podpisovati mednarodnih pogodb in pomena podpisa ne bi smeli razvrednotiti.⁴⁷ Zanimivo je tudi stališče Cordove, ki meni, da je rešitev iz osnutka 7. člena razumna in da je obveznost iz tega člena tako moralna kot pravna. Osnutek 7. člena nazadnje

⁴³ V tem poglavju bodo predstavljeni osnovni elementi razvoja določbe o vmesni obveznosti do sprejetja DKPMP, v naslednjem poglavju pa bodo posamezni elementi pripravljalnega dela uporabljeni pri podrobnejši analizi vmesne obveznosti.

⁴⁴ Drugo poročilo o pravu mednarodnih pogodb posebnega poročevalca Jamesa L. Brierlyja (v nadaljevanju: Brierlyjevo poročilo), YBILC, 1951, Vol. II, dok. A/CN.4/43, str. 73, komentar k členu 7. Glej tudi obrazložitev Brierlyja k členu 7 na začetku razprave o tem členu, YBILC, 1951, Vol. I, dok. A/CN.4/SR.86, str. 34, tč. od 110 do 112.

⁴⁵ YBILC, 1951, Vol. I, dok. A/CN.4/SR.86, str. 34, tč. od 115 do 117.

⁴⁶ Prav tam, str. 35, tč. 132.

⁴⁷ Prav tam, str. 35, tč. 123.

ni dobil potrebne podpore in je bil (sicer s tesno večino 5 proti 4) črtan iz osnutka.⁴⁸

Naslednji posebni poročevalec Lauterpacht je obveznost ponovno uvrstil med osnutke členov in je v nasprotju z Brierlyjem menil, da je vmesna obveznost pravna, in ne moralna obveznost. V predlaganem osnutku 5. člena DKPMP jo je oblikoval tako, da gre za obveznost, po kateri se mora država pred ratifikacijo v dobri veri vzdržati dejanj z namenom bistveno zmanjšati pomen podpisanega dogovora.⁴⁹ Kot izhaja iz komentarja k tej določbi, je njen namen prepovedati nedobroverna dejanja, s katerimi se želi druge podpisnike prikrajšati za koristi, ki jih upravičeno pričakujejo iz pogodbe, razen če so to običajne upravne dejavnosti države.⁵⁰ Pri tem se je posebni poročevalec posebej oprl na sodbo Stalnega meddržavnega sodišča v navedeni zadevi *Nekateri nemški interesi v poljski Zgornji Šleziji*. Iz komentarja k določbi točke (a) osnutka 5. člena pa je mogoče dodatno sklepati, da je Lauterpacht z navedeno določbo v bistvu potrdil stališče, da se mora država med podpisom in ratifikacijo vzdržati dejanj, nezdružljivih z namenom pogodbe.⁵¹ Tretji posebni poročevalec Fitzmaurice je večinoma sledil mnenju Lauterpachta glede vmesne obveznosti, s tem da je osnutek 30. člena DKPMP v zvezi s tem oblikoval nekoliko bolj previdno, saj je na primer navedel, da podpis »lahko« pomeni obveznost, da se država vzdrži dejanj, s katerimi bi škodovala ciljem pogodbe ali vanje posegla.⁵² Zanimiv je tudi osnutek drugega odstavka navedenega člena, v katerem je, podobno kot je navedel tudi Lauterpacht,⁵³ opis še nekaterih učinkov podpisa, in sicer da podpis ne daje državi podpisnici nobenih »materialnih« pravic, pač pa določene pravice, ki izhajajo iz statusa podpisnika, kot je pravica do ugovora k pridržkom, pravica do ugovora k pripustitvi dodatnih podpisnic, pravica do tega, da zahteva spoštovanje določb pogodbe o ratifikaciji in da odloča o pravicah drugih držav do pristopa, ter pravice v drugih »postopkovnih« zadevah.⁵⁴

⁴⁸ YBILC, 1951, Vol. I, dok. A/CN.4/SR.87, str. 42, tč. 83.

⁴⁹ Izvirno besedilo osnutka člena 5(2)(b) se v upoštevnem delu glasi: »[...] the signature, or any other means of assuming an obligation subject to subsequent confirmation, has no binding effect except that it implies an obligation, to fulfilled in good faith [...] to refrain, prior to ratification, from any act intended substantially to impair the value of the undertaking as signed«.

⁵⁰ YBILC, 1953, Vol. II, dok. A/CN.4/63, str. 110.

⁵¹ Prav tam. Pri tem uporablja dikcijo »purpose of the treaty« (poudarek dodan).

⁵² YBILC, 1956, Vol. II, dok. A/CN.4/101, str. 113 in 122. Izvirno besedila osnutka člena 30(1)(c) se v upoštevnem delu glasi: »[...] the signature [...] may involve an obligation [...], pending a final decision about ratification, or during a reasonable period, not to take any action calculated to impair or prejudice the objects of the treaty« (poudarek dodan).

⁵³ Lauterpachtovo poročilo, nav. delo, str. 109.

⁵⁴ Prav tam, str. 113.

Fitzmaurice je sicer v zvezi s pripravo DKPMP izdal še štiri poročila, ki pa z vidika tega prispevka niso upoštevna.

Četrty posebny poročevalec Waldock je glede vmesne obveznosti v svojem prvem poročilu v bistvu povzel stališča Lauterpachta in Fitzmauricea. Navedel je, da je vmesna obveznost, ki jo je v osnutku 9. člena DKPMP v točki (c) drugega odstavka navedenega člena za obdobje med podpisom in ratifikacijo formuliral kot obveznost, da se država podpisnica vzdrži dejanj z namenom ogrožanja ciljev pogodbe ali njenega poznejšega izvajanja, splošno priznana v doktrini in mednarodni sodni praksi, pri tem pa je kot upoštevno sodno prakso prav tako navedel zadevi *Nekateri nemški interesi v poljski Zgornji Šleziji ter Megalidis proti Turčiji*.⁵⁵ Na novo pa se je izrecno skliceval na svetovalno mnenje Meddržavnega sodišča o pridržkih h Konvenciji o preprečevanju in kaznovanju zločina genocida, v katerem je sodišče ugotovilo, da podpis daje državi podpisnici »začasen status«.⁵⁶ Waldock je v točko (b) tretjega odstavka 9. člena vključil tudi vmesno obveznost v obdobju od podpisa kot izraza namere države, da jo mednarodna pogodba zavezuje, do njene uveljavitve,⁵⁷ česar prejšnji posebni poročevalci v svojih poročilih niso storili. Navedel je, da ima država v tem obdobju status »domnevne pogodbenice«, katere položaj je primerljiv s položajem države podpisnice, zato je treba tudi za to obdobje določiti primerljivo vmesno obveznost. Drugače kot prejšnji posebni poročevalci se je posvetil tudi časovni dimenziji vmesne obveznosti in določil, da vmesna obveznost velja, dokler podpisnica drugih držav ne obvesti o svoji odločitvi glede ratifikacije, oziroma »razumno obdobje«, če tega ne stori. Če podpis pomeni privolitev, da mednarodna pogodba zavezuje, ta obveznost velja do uveljavitve pogodbe, če pa pogodba v »razumnem času« po podpisu še ne začne veljati, pa dokler država ne obvesti, da se ne šteje več zavezana s to obveznostjo.⁵⁸ Določitev obdobja trajanja vmesne obveznosti je Waldock utemeljil s tem, da bi bil brez tega v tem pravilu element negotovosti, po drugi strani pa se zaradi različnih okoliščin pri različnih mednarodnih pogodbah ni odločil za določitev konkretnega časovnega obdobja.⁵⁹ V razpravi komisije o tem poročilu so člani v glavnem podprli vključitev vmesne obveznosti v osnutek 9. člena, najbolj sporen del je bil tisti glede določitve te obveznosti že v fazi pogajanj, ki je bil pozneje tudi zaradi nasprotovanja večine držav črtan. Na tem mestu velja splošno omeniti še stališča članov KMP glede podlage za vmesno obveznost, in sicer so nekateri izrazili

⁵⁵ Waldockovo poročilo, nav. delo, str. 46 in 47.

⁵⁶ Glej prav tam, str. 47, tč. 7, za svetovalno mnenje Meddržavnega sodišča pa glej ICJ Reports, 1951, str. 15.

⁵⁷ Prav tam, str. 47 in 48.

⁵⁸ Prav tam, str. 46.

⁵⁹ Prav tam, str. 47.

stališče, da podlaga ne more biti še neveljavna pogodba, ampak splošno načelo oziroma pravilo mednarodnega prava.⁶⁰

Na splošno se zdi, da je na umestitev vmesne obveznosti v DKPMP imelo največji vpliv Lauterpachtovo poročilo, saj sta se tako Fitzmaurice kot Waldock pozneje sklicevala nanj in vmesno obveznost dodelala v skladu z razpravo v KMP in stališči držav. Nazadnje je tako med člani KMP kot državami prevladalo stališče, da gre za mednarodnopravno obveznost držav, ki si zasluži ustrezno določbo v DKPMP.

3.2. Analiza 18. člena DKPMP

3.2.1. Uvodni del

Uvodni del 18. člena DKPMP državam podpisnicam nalaga obveznost, da s svojimi dejanji ne smejo izničiti *predmeta in namena* mednarodne pogodbe. Določba državam seveda ne more prepovedati kršitev določb pogodbe ali zapovedati ravnanja v skladu z njimi, ker pogodba še ne velja,⁶¹ zato je v njej prepovedano ravnanje, s katerim se izniči njen predmet in namen. Predmet in namen pogodbe se sicer v DKPMP omenjata večkrat, in sicer v 19. in 20. členu (pridržki), 31. in 33. členu (razlaga mednarodnih pogodb), 41. členu (sprememba pogodb), 58. členu (suspenz pogodb) in 60. členu (prenehanje veljavnosti ali suspenz pogodbe zaradi njene kršitve), nikjer pa ni opredelitve te besedne zveze in tudi komentarji KMP ne dajejo smernic v zvezi s tem.⁶² Pomembna pa je ugotovitev KMP v nedavno sprejetih Smernicah⁶³ v zvezi s pridržki, da ima besedna zveza »predmet in namen« enak pomen v vseh navedenih določbah, torej tudi v 18. členu, ki ga je torej treba razlagati v skladu z enotnim razumevanjem tega pojma v DKPMP. Hkrati pa je KMP v Smernicah tudi priznala, da to ne rešuje problema, ampak samo določa

⁶⁰ Glej stališča Yaseena, Bartoša, Briggsa v YBILC, 1962, Vol. I, dok. A/CN.4/SR.644, str. 92–94, tč. 65, 78 oziroma 88.

⁶¹ Glej na primer Anthony Aust: *Modern Treaty Law and Practice*. Cambridge University Press, Cambridge 2000, str. 94, in sklepne predloge generalne pravobranilke Eleanor Sharpston z dne 1. julija 2010 v zadevi *Evropska komisija proti Republiki Malti*, C-508/08, tč. 72.

⁶² Isabelle Buffard in Karl Zemanek: 'The 'Object and Purpose' of a Treaty: An Enigma?', v: *Austrian Review of International and European Law*, 3 (1998), str. 322.

⁶³ Guide to Practice on Reservations to Treaties (v nadaljevanju: Smernice), dok. A/66/10/Add.1, Report of the International Law Commission, Sixty-third session (2011), General Assembly Official Records, Sixty-sixth Session, Supplement No. 10, smernica 3.1.5., str. 352. Pri tem se sklicuje na stališče posebnega poročevalca Waldocka ob primerjavi vmesne obveznosti in pridržkov v nasprotju s predmetom in namenom pogodbe (prav tam).

enotno merilo, ne pa še tudi njegove opredelitve.⁶⁴ KMP je nato na podlagi pripravljalnega dela DKPMP, sodne prakse in doktrine določila smernico 3.1.5., da je pridržek nezdržljiv s predmetom in namenom pogodbe, »če vpliva na temeljni element pogodbe, potreben za njeno celovitost, tako da s tem posega v *raison d'être* pogodbe«. ⁶⁵ Slednji izraz je KMP povzela iz svetovalnega mnenja Meddržavnega sodišča o pridržkih h Konvenciji o preprečevanju in kaznovanju zločina genocida, v katerem je le-to predmet in namen opredelilo kot *raison d'être* mednarodne pogodbe.⁶⁶ Nekateri sicer menijo, da se 18. člen DKPMP nanaša tudi na predmet in namen vsake posamezne določbe pogodbe,⁶⁷ spet drugi pa, da je treba pri tem zavzeti splošen pristop in iz pogodbe izluščiti njeno bistvo oziroma njen temeljni cilj.⁶⁸ Pravilnejši se tudi z vidika Smernic zdi slednji pristop, saj so posamezne določbe pogodbe ne glede na to, da lahko imajo svoj specifičen predmet in namen, del celote, in šele dejanja, ki ogrožajo celoto, so lahko taka, za katere se uporablja vmesna obveznost. To stališče potrjuje tudi dejstvo, da DKPMP povsod navaja predmet in namen *pogodbe*, v členu 41(1)(b)(ii) celo izrecno pogodbe *kot celote*,⁶⁹ je pa tudi skladno s tem, da je po DKPMP mednarodna pogodba načeloma celovit akt, katerega določbe je načeloma mogoče ločevati samo takrat, kadar se države o tem strinjajo.⁷⁰

Osnutek določbe o vmesni obveznosti iz leta 1966 je kot osnutek 15. člena vseboval samo omembo predmeta pogodbe, ne pa tudi namena, kljub temu da sta se drugod v DKPMP navajala oba pojma.⁷¹ Nekateri avtorji menijo, da gre namreč za dva pomensko ločena pojma, s tem da se »predmet« nanaša

⁶⁴ Prav tam, str. 352.

⁶⁵ Avtorjev prevod. KMP je posamezne pojme iz te smernice razložila tako, da (1) »temeljni element« ni nujno omejen na konkretno določbo, ampak na za pogodbo bistveno pravilo, pravico ali obveznost, izključitev ali sprememba katerih bi ogrozila *raison d'être* pogodbe, (2) da »celovitost« (*general tenour*) pomeni ravnotežje pravic in obveznosti, ki pomenijo bistvo pogodbe ali splošni razlog zanjo (v francoščini je po mnenju KMP to nekoliko ustrezneje izraženo z besedilom »*économie générale de traité*«), in (3) da je izraza »potreben« (*necessary*) in »posega« (*impair*) izbrala, ker sta milejša od izrazov »nujen« (*indispensable*) in »odvzame« (*deprive*), ki ju je tudi obravnavala (prav tam, str. 358–359).

⁶⁶ ICJ Reports, nav. delo, str. 23.

⁶⁷ Glej Mark E. Villiger: *Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*. Martinus Nijhoff Publishers, Leiden 2009, str. 249.

⁶⁸ Glej Guide to Practice on Reservations to Treaties and Commentaries Thereto, nav. delo, str. 352, in sklepne predloge E. Sharpston, nav. delo, tč. 73.

⁶⁹ V zvezi s tem glej Jan Klabbbers: *Some Problems Regarding the Object and Purpose of Treaties*, v: Finnish Yearbook of International Law, VIII (1997), str. 151.

⁷⁰ Glej na primer 44. člen DKPMP.

⁷¹ YBILC, 1966, Vol. II, str. 202.

na neposreden cilj pogodbe, »namen« pa se nanaša na nekaj bolj oddaljenega.⁷² V skladu s tem bi bil na primer predmet dvostranske pogodbe o izgradnji mejnega mostu sama izgradnja mostu, namen pa omogočiti pretok ljudi med obema državama in s tem okrepiti sodelovanje med ljudmi iz obeh držav.⁷³ Pregled pripravljalnega dela DKPMP kaže na to, da je končno sprejeto formulacijo prvi predlagal Reuter (natančneje, predlagal je besedilo »predmet ali namen«),⁷⁴ ker se mu je pri izvorno uporabljeni besedi »predmeti« (angl. *objects*) iz osnutka posebnega poročevalca Waldocka⁷⁵ pojavljalo prav vprašanje, ali gre za vse predmete pogodbe ali samo za nekatere, s tem da po njegovem mnenju nova formulacija kljub svoji nekoliko večji uravnoteženosti ni bila nič manj nejasna, jo je pa pri svetovalnem mnenju o pridržkih h Konvenciji o preprečevanju in zatiranju zločina genocida uporabilo Meddržavno sodišče.⁷⁶ Pozneje je »namen« dodal odbor za redakcijo šele na Dunajski konferenci za sprejetje DKPMP, po pojasnilu predsedujočega odboru zato, ker je bila besedna zveza »predmet in namen« pogosto uporabljena v konvenciji, odsotnost besede »namen« pa bi lahko vodila v težave pri razlagi, ta sprememba pa naj nikakor ne bi vplivala na vsebino določbe in ne širila obveznosti držav po tem

⁷² J. Klabbers, nav. delo (1997), str. 145. Glej tudi Smernice, kjer je citirano stališče iz doktrine, da je predmet dejanska vsebina pogodbe, namen pa njen cilj (nav. delo, str. 356).

⁷³ Glej na primer Sporazum med Vlado Republike Slovenije in Vlado Republike Hrvaške o izgradnji cestnega mejnega mostu na reki Sotli na meddržavnem mejnem cestnem prehodu Imeno–Miljana, podpisan 6. julija 2010 v Zagrebu (Ur. l. RS, MP, št. 3/11). Namen bi bil tako izražen v drugi in tretji alineji preambule sporazuma, predmet pa v 1. členu sporazuma, ki med drugim določa, da sta se pogodbenici sporazumeli o »skupni gradnji novega mejnega mostu za cestni promet čez reko Sotlo«.

⁷⁴ Morda je besedo »ali« uporabil zato, ker je sicer menil, da gre za ločena pojma, kar bi bilo mogoče sklepati iz njegovega stališča pri osnutku 55. člena DKPMP o *pacta sunt servanda*, kjer je menil, da je predmet obveznosti eno, njen namen pa drugo (YBILC, 1964, Vol. I, dok. A/CN.4/167, str. 26, tč. 77). Tudi Türk v zvezi z obveznostjo po 18. členu DKPMP navaja »cilj ali predmet« (nav. delo, str. 250), vendar gre verjetno samo za redakcijsko nedoslednost, saj isti avtor pri analizi 19. člena DKPMP v zvezi s pridržki (ki se v njenem izvirniku v tem delu ne razlikuje od 18. člena) pravilno navaja, da je lahko pridržek nezdružljiv s »predmetom in ciljem« pogodbe.

⁷⁵ Ta je na vprašanja predstavnikov Urugvaja in Gane glede pomena stavka »*acts tending to frustrate the object of a proposed treaty*« pojasnil, da gre za ustaljeno frazo v angleškem pravu (glej United Nations Conference on the Law of Treaties, Vienna, Austria, First Session, 26 March–24 May 1968, Meetings of the Committee of the Whole, dok. A/CONF.39/C.1/SR.20, tč. 4, str. 102 (vprašanje Urugvaja), tč. 23, str. 98 (vprašanje Gane) ter tč. 26, str. 104 (pojasnilo strokovnega svetovalca konference Waldocka)). Del te fraze je tudi »*object of a proposed treaty*«, v angleškem pravu je temu enakovreden pojem »*object of a contract*«, ki ga v slovenskem pravu najdemo v Obligacijskem zakoniku (Ur. l. RS, št. 97/07 – uradno prečiščeno besedilo) kot »predmet obveznosti« (34. člen).

⁷⁶ YBILC 1965, Vol. I, dok. A/CN.4/SR.788, str. 91, tč. 39. Tako stališče je podprl Castrén, glej YBILC, 1965, Vol. I, dok. A/CN.4/SR.789, str. 94, tč. 8.

členu.⁷⁷ Glede na navedeno se ta dva pojma uporabljata kot celota, kar potrjuje tudi prej navedeno stališče KMP v Smernicah v zvezi s pridržki, da ima izraz »predmet in namen pogodbe«, ki ga je KMP v narekovajih izrecno navedla skupaj, enak pomen povsod po DKPMP. KMP tudi navaja, da so bili poskusi razbitja tega pojma na ločena pojma »predmet« in »namen« zaradi lažje opredelitve neuspešni.⁷⁸

Predmet in namen je torej glede na navedeno treba razumeti kot enoten pojem, ki se nanaša na pogodbo kot celoto, razumeti pa ga je treba enotno po vsej DKPMP v skladu s smernico 3.1.5. Smernic. Pri ugotavljanju kršitve vmesne obveznosti bi bilo treba v skladu z navedeno smernico presoditi, ali je država s svojimi dejanji v času med podpisom in uveljavitvijo pogodbe izničila temeljni element pogodbe, potreben za njeno celovitost, tako da je posegla v *raison d'être* pogodbe. Pri ugotavljanju predmeta in namena konkretne mednarodne pogodbe se sicer običajno upošteva zlasti naslov, preambulo in uvodne člene mednarodne pogodbe.⁷⁹ V kontekstu vmesne obveznosti bi bile pri ugotavljanju njenega področja uporabe upoštevne tudi določbe o uveljavitvi pogodbe.⁸⁰

V zvezi z dejanji, s katerimi se *izniči* (angl. *defeat*) predmet in namen mednarodne pogodbe, je treba najprej na splošno ugotoviti, da gre za dejanja, zaradi katerih bi postalo izvajanje pogodbe nesmiselno – po mnenju nekaterih avtorjev ne tudi nemogoče⁸¹ – ali ki bi državi preprečila spoštovanje pogodbe v celoti. DKPMP ne našteva primerov takih dejanj, nekaj jih je bilo že navedenih

⁷⁷ United Nations Conference on the Law of Treaties, 1st Session, 26 March–24 May 1968, Meetings of the Committee of the Whole, dok. A/CONF.39/C.1/SR.61, tč. 101, str. 361.

⁷⁸ Smernice, nav. delo, str. 356.

⁷⁹ Glede ugotavljanja predmeta in namena mednarodne pogodbe glej tč. 3.1.5.1. Smernic, nav. delo, str. 359. J. Klabbers (nav. delo (1997), str. 155–159) ugotavlja tudi, da so pri določanju predmeta in namena pogodbe upoštevni še drugi elementi in da je treba upoštevati značilnosti konkretne pogodbe.

⁸⁰ P. Palchetti, nav. delo, str. 29.

⁸¹ M. Villiger, str. 249, opomba 24. Vendar glej tudi stališče Charmea, da je razlikovanje med dejanji, zaradi katerih bi postalo izvajanje pogodbe nesmiselno oziroma nemogoče, problematično (nav. delo, str. 102). Glede opredelitve ravnanja države, za katero se vmesna obveznost uporablja, glej tudi sklepne predloge generalne pravobranilke E. Sharpston, v katerih med drugim meni, da vmesna obveznost sicer ne zavezuje samo k vzdržanju ravnanj, »ki bi preprečila celoten smisel in namen pogodb EU« in bi bila torej po njenem mnenju resnično daljnosežna, da pa kljub temu ne gre za kršitev te obveznosti, kadar gre za »samo en primer ravnanja, ki ni popolnoma združljivo z obveznostjo [iz pogodb EU, op.a.]« (nav. delo, tč. 74).

v tem prispevku,⁸² lahko pa gre za »fizična« dejanja,⁸³ zakonodajne ukrepe⁸⁴ ali celo sklenitev mednarodne pogodbe.⁸⁵ Treba pa je opozoriti na to, da ne gre za izničenje predmeta in namena, če država mednarodne pogodbe ne ratificira, to je namreč v njeni diskreciji.⁸⁶ Pri presoji tovrstnih dejanj je pomembno vprašanje, ali je treba pri presoji kršitve vmesne obveznosti izkazati namen države, da z njimi izniči predmet in namen pogodbe. Glede na besedilo 18. člena DKPMP je mogoče sklepati, da so se snovalci DKPMP odločili za objektivno merilo za presojo dejanj države, s katerimi domnevno posega v predmet in namen pogodbe. Iz osnutkov tega člena in razprave v zvezi z njim pa izhaja potreba po subjektivnem elementu, v poročilih posebnih poročevalcev so bile tako uporabljene navedbe »*intended substantially to impair*«,⁸⁷ »*calculated to impair or prejudice*«⁸⁸ oziroma »*calculated to frustrate*«. Posebni poročevalci so torej menili, da je pri presoji vmesne obveznosti pomembno, ali je bil pri ravnanju države prisoten subjektivni element, torej namen izničiti predmet in namen pogodbe. Končno besedilo tega subjektivnega elementa ne vsebuje, zato bi bilo mogoče sklepati, da je bilo subjektivno merilo nadomeščeno z objektivnim. To bi v praksi pomenilo, da je treba pri presoji, ali je država z nekim ravnanjem posegla v predmet in namen pogodbe, ugotoviti samo, ali se s tem ravnanjem (objektivno) izniči predmet in namen, ne pa tudi subjektivnega odnosa države do takega ravnanja.⁹⁰ Dovolj bi bila torej ugotovitev vzročne zveze, ne pa tudi odgovornosti, če naredimo vzporednico z odškodninskim pravom. Vendar taka razlaga ni povsem upravičena, kar je razvidno iz pripravljalnega dela DKPMP. Član KMP Ago je tako menil, da je francoska različica besedne zveze »*calculated to*« neustrezna, ker angleška različica vsebuje element namena, zato bi moralo v francoščini pisati »*tendant à*«, s čimer se je strinjal de Luna, nato pa je posebni poročevalec Waldock zaradi približanja obeh različic predlagal tudi spremembo angleške različice v »*tending to*«. ⁹¹ Pozneje sta Avstralija in ZDA na diplomatski konferenci za sprejetje DKPMP

⁸² Glej opombe od 24 do 26 tega prispevka. Glej tudi A. Aust, nav. delo, str. 94.

⁸³ Glej opombo 24 tega prispevka.

⁸⁴ Glej na primer sodbo Sodišča prve stopnje Evropskih skupnosti z dne 22. januarja 1997 v zadevi *Opel Austria proti Svetu Evropske unije* (T-115/94, Recueil, str. II-39, tč. 92), ki zadeva sprejetje uredbe s strani Sveta Evropske unije, ali P. Palchetti, nav. delo, str. 34.

⁸⁵ P. Palchetti, nav. delo, str. 33.

⁸⁶ M. Villiger, nav. delo, str. 249.

⁸⁷ Lauterpachtovo poročilo, nav. delo.

⁸⁸ Fitzmauriceovo poročilo, nav. delo.

⁸⁹ Waldockovo poročilo, nav. delo.

⁹⁰ Tako meni tudi Aust: »*the test is objective, and it is not necessary to prove bad faith*« (nav. delo, str. 94).

⁹¹ YBILC, 1966, Vol. I, del II, str. 326.

predlagali nadomestitev besedila »*tending to*« z besedilom »*which would*«, pri čemer je predstavnik ZDA pojasnil, da v prvem besedilu ni dovolj izražen element namena, ter dodal, da je bilo v tem smislu boljše besedilo, ki ga je predlagala KMP pred to spremembo, torej »*calculated to*«. ⁹² Na drugi strani pa je nizozemski predstavnik na to odgovoril, da bi imela predlagana sprememba ravno nasproten učinek, torej odmik od namena, ki pa je bistveni element dobre vere. ⁹³ Podobno v zvezi z razliko med pojmom »*calculated*« in »*tending*« razmišljajo nekateri drugi avtorji, ki menijo, da je slednji izraz nekoliko manj subjektiven. ⁹⁴ Nazadnje je odbor za redakcijo določil sedanje besedilo »*which would defeat*«, ob tem pa je njegov predsednik pojasnil, da gre samo za redakcijsko spremembo zaradi večje jasnosti. ⁹⁵

Glede na razprave v KMP in pozneje na konferenci za sprejetje DKPMP je torej mogoče sklepati, da je poleg posebnih poročevalcev tudi večina drugih, ki so izražali mnenja glede ravnanja države v smislu izničenja predmeta in namena pogodbe, zavzela stališče, da mora vsebovati subjektivni element, ⁹⁶ se je pa razprava gibala v smeri objektivizacije, verjetno tudi zaradi težavnosti dokazovanja subjektivnega elementa v praksi, s tem da je subjektivni element očitno še vedno ostal prisoten. Tako sklepanje potrjuje doktrina, ki se strinja, da 18. člen domnevno določa objektivni test ⁹⁷ za presojo ravnanja države

⁹² United Nations Conference on the Law of Treaties, 1st Session, 26 March–24 May 1968, Meetings of the Committee of the Whole, dok. A/CONF.39/C.1/SR.19, tč. 10 (predlog Avstralije) in tč. 13 (stališče ZDA), str. 98. Predloga je podprl tudi predstavnik Avstrije, ki je navedel, da predloga prinašata »več jasnosti« v besedilo, glej prav tam, tč. 50, str. 101.

⁹³ Prav tam, tč. 36, str. 99.

⁹⁴ J. Klabbbers, nav. delo (2001), str. 312. Tudi Morvay (Werner Morvay: The Obligation of a State not to Frustrate the Object of a Treaty Prior to Its Entry into Force, Comments on Art. 15 of the ILC's 1966 Draft Articles on the Law of Treaties, <www.zaoerv.de/27_1967/27_1967_3_c_451_462.pdf> (25. 2. 2013), Max-Planck Institut für ausländisches Recht und Völkerrecht, 1967, str. 453, opomba 5) meni, da je bil s spremembo besedila iz »*calculated to*« v »*tending to*« subjektivni element v angleški različici oslavljen, po njegovem mnenju bi ga bilo najbolje izraziti z besedno zvezo »*acts interned to*«. Morvay tudi meni, da je mogoče v skladu z osnutkom DKPMP iz leta 1966 in razlago KMP v zvezi z njim vmesno obveznost kršiti samo namenoma, ne pa tudi z nenamerno storjenimi dejanji, kar sicer ne izhaja jasno iz določbe, pač pa prav iz v prejšnjem stavku navedene spremembe besedila (prav tam, str. 458).

⁹⁵ United Nations Conference on the Law of Treaties (UNCLT), Vienna, Austria, First Session, 26 March–24 May 1968, Meetings of the Committee of the Whole, dok. A/CONF.39/C.1/SR.61, tč. 101, str. 361. Palchetti pa zvezi z besedo »*defeat*« meni, da je bil s tem postavljen dokaj visok prag, s čimer se je področje uporabe obveznosti dejansko zožilo (nav. delo, str. 29).

⁹⁶ Za povzetek razprave glej na primer J. Klabbbers, nav. delo (2001), str. 305–313.

⁹⁷ Enako tudi Hassan, ki se pri tem izrecno sklicuje na zgodovino sprejemanja tega člena (nav. delo, str. 448).

v času med podpisom in ratifikacijo, vendar po mnenju nekaterih avtorjev tak test ne ustreza določenim situacijam, na primer »normativnim« pogodbam, kot so na primer večstranske pogodbe o varstvu človekovih pravic,⁹⁸ zato se zavzemajo za »*manifest intent test*«, po katerem se z ravnanjem države predmet in namen pogodbe izniči, kadar gre za moralno nesprejemljivo ravnanje v zvezi s pogodbo, ne glede na to, ali so bila kršena legitimna pričakovanja partnerjev ali je država ravnala nedobroverno, kar naj bi bila druga dva možna testa za presojo tega ravnanja.⁹⁹ Ta test se zdi razumen, še posebej ker verjetno res ni realno pričakovati, da bi mednarodna sodišča sprejela popolnoma objektivni test ravnanja držav, ob tem da – kot je bilo navedeno – iz navedenega pripravljalnega dela, dosedanje mednarodne sodne prakse¹⁰⁰ in citirane doktrine izhaja, da mora biti izkazan neki subjektivni element na strani države. V zadnjem času pa je bil tudi ta test kritiziran, in sicer s tega vidika, da v bistvu ne gre za objektivnejši test, ampak samo za različico subjektivnega, ki sicer znižuje dokazno breme, še vedno pa je treba dokazati določeno stopnjo nedobrovernosti.¹⁰¹ Kritiki tega pristopa, ki sicer za presojo ravnanja države omenjajo še dva možna testa (t. i. test »bistvenih elementov« oziroma »nemogočega izvajanja«), zato predlagajo t. i. »olajševalni test«, ki naj bi bil objektivnejši, saj naj bi se osredotočil na vprašanje, ali je država pred uveljavitvijo prekoračila obveznosti po pogodbi in ali je to ravnanje novo ali je obstajalo že pred podpisom.¹⁰² Vendar je tudi ta test problematičen vsaj z dveh vidikov, in sicer omogoča, da država po podpisu pogodbe o odpravi smrtne kazni le-to še naprej izvaja, ker je imela to uzakonjeno pred podpisom, s čimer se vsaj Evropsko sodišče za človekove pravice ne bi strinjalo,¹⁰³

⁹⁸ J. Klabbers, nav. delo (2001), str. 289–294. Klabbers kot taki pogodbi izpostavlja tudi na primer Ustanovno listino Združenih narodov in Pogodbo o ustanovitvi Evropske skupnosti (zdaj Pogodba o delovanju Evropske unije), katerih predmet in namen je težko določiti. Glede tovrstnih pogodb glej smiselno tudi smernico 3.1.5.6. v zvezi s pridržki h pogodbam, ki vsebujejo številne medsebojno odvisne pravice in obveznosti.

⁹⁹ J. Klabbers, nav. delo (2001), str. 330–331.

¹⁰⁰ Glej na primer zadevo *Tecnicas Medioambientales Tecmed S. A. proti Združenim mehiškim državam* (International Centre for Settlement of Investment Disputes, ARB (AF)/00/2, tč. 71), v kateri je arbitražno sodišče navedlo, da obveznost iz 18. člena DKPMP v skladu z doktrino ne zajema samo namerno (*intentional*) storjenih dejanj držav, ampak tudi ravnanje, »*which need not be intentional or manifestly damaging or fraudulent to go against the principle of good faith, but merely negligent or in disregard of the provisions of a treaty or of its underlying principles, or contradictory or unreasonable in light of such provisions or principles*«. Ne glede na dokaj nekonsistentno naštevaje možnih načinov ravnanja države jim je skupno to, da je v ozadju subjektivni element.

¹⁰¹ D. Jonas in T. Saunders, nav. delo, str. 602.

¹⁰² Prav tam, str. 603.

¹⁰³ Glej zadevo *Öcalan proti Turčiji*, nav. delo.

poleg tega pa zanemarija prej navedeno pripravljalno delo DKPMP v zvezi z 18. členom, iz katerega izhaja potreba po obstoju subjektivnega elementa. Vsekakor iz navedenih možnih testov za presojo ravnanja, s katerim država izniči predmet in namen pogodbe, izhaja, da gre za težko vprašanje, verjetno tudi najtežje in najbolj bistveno pri presoji vmesne obveznosti, ki pa v doktrini še ni dobilo prepričljivega odgovora.

Država se mora po tej določbi *vzdržati* takih dejanj, s čimer se načeloma predvideva neka pasivnost oziroma opustitveno ravnanje države.¹⁰⁴ Mogoče pa si je zamisliti tudi dolžnost aktivnega ravnanja oziroma vzdrževanja *status quo* v tem smislu, da država na primer vzdržuje določene predmete in tako skrbi za to, da se ne poslabša njihovo stanje do uveljavitve pogodbe, ko jih bo morala predati sopogodbenci.¹⁰⁵ Člen DKPMP od države ne zahteva, da pogodbo izvaja, saj je le-ta še ne zavezuje, ker še ne velja, sicer bi ratifikacija izgubila smisel.¹⁰⁶ Izjema od tega bi lahko bila, kadar je na podpis pogodbe vezana tudi začasna uporaba pred uveljavitvijo.¹⁰⁷ V tem primeru se postavlja vprašanje razmerja med vmesno obveznostjo in začasno uporabo,¹⁰⁸ ali je lahko na primer neizvajanje pogodbe v skladu z določbo o začasni uporabi, ki se nanaša na celotno pogodbo, tudi kršitev obveznosti vzdržanja dejanj, s katerimi se izničujeta predmet in namen pogodbe. Če na primer pogodba določa, da mora država od podpisa do uveljavitve nekaj storiti, pa tega ne stori in je zato ogroženo poznejše izvajanje pogodbe, bi tak primer lahko spadal med primere kršitve te obveznosti. Država je namreč podpisala mednarodno pogodbo, potem pa se je »vzdržala«¹⁰⁹ dejanja, ki ga je bila dolžna opraviti, in je zaradi tega ogrozila smiselnost izvajanja pogodbe po njeni uveljavitvi. Vendar pa bi bilo v takem primeru verjetneje, da bi se taka opustitev štela za kršitev specialne

¹⁰⁴ Hassan ob primerjavi členov 18 in 26 (*pacta sunt servanda*) meni, da 18. člen vsebuje negativno prepoved, 26. člen pa pozitivno zapoved (nav. delo, str. 452). Glej tudi Treaty Handbook, nav. delo, str. 5, tč. 3.1.3.

¹⁰⁵ Tak primer je med razpravo KMP o osnutku DKPMP navedel Ago, in sicer pogodbo o vrnitvi umetniških del (YBILC, 1966, Vol. I, str. 92).

¹⁰⁶ V Smernicah je navedeno, da je tako stališče »soglasno sprejeto«, str. 352. Glej tudi sklepne predloge E. Sharpston, nav. delo, tč. 72.

¹⁰⁷ Člen 25 DKPMP.

¹⁰⁸ O tem, da sta določbi o začasni uporabi in vmesni obveznosti povezani, priča tudi stališče avstrijske delegacije na konferenci za sprejetje DKPMP, da država ne bi smela začasne uporabe izkoristiti za uživanje ugodnosti po pogodbi, nato pa jo kadarkoli enostransko prekiniti v nasprotju s 15. členom (zdaj 18. člen DKPMP). Indijska delegacija se je s tem strinjala in menila, da začasna uporaba spada pod splošno obveznost dobre vere na podlagi 15. člena. UNCLT, 11th Plenary Meeting, 30. april 1969, dok. A/CONF.39/SR.11, str. 40–41, tč. 59 (Avstrija) in 70 (Indija).

določbe o začasni uporabi¹⁰⁹ in se ne bi bilo treba zanašati na določbo 18. člena DKPMP.¹¹⁰

3.2.2. Točka (a)

Člen 18 DKPMP navaja dva primera, v katerih se mora država vzdržati dejanj, s katerimi se izničujeta predmet in namen pogodbe, oba primera se nanašata tudi na podpis. V točki (a) tako določa, da se ta obveznost med drugim uporablja takrat, kadar država podpiše mednarodno pogodbo, ki jo je treba še ratificirati, dokler jasno ne izrazi namena, da ne bo postala njena pogodbenica. V točki (b) pa določa, da se ta obveznost uporablja, kadar država izrazi privolitev, da jo mednarodna pogodba zavezuje, in sicer do uveljavitve in če se ta uveljavitev neupravičeno ne odlaga. Kot je bilo navedeno v tem prispevku, je tudi podpis eden od načinov, kako država izrazi privolitev, da jo mednarodna pogodba zavezuje, in v takem primeru se zanjo tudi uporablja vmesna obveznost. Velja opozoriti na to, da je tudi parafriranje lahko podpis pod določenimi pogoji, po dogovoru ima lahko tudi učinek privolitve, da pogodba zavezuje. Pri podpisu *ad referendum* se taka obveznost ne uporablja ob samem podpisu,¹¹¹ ampak šele po njegovi potrditvi, vendar za nazaj, ker poznejša potrditev nima konstitutivnega učinka, drugače kot v primeru, ko se pogodba najprej parafrira, nato pa še podpiše. Če torej država med samim podpisom *ad referendum* in poznejšo potrditvijo podpisa stori kakšno dejanje, za katerega se uporablja 18. člen DKPMP, potem ji je mogoče to očitati tudi za to obdobje, če podpis *ad referendum* pozneje ni potrjen, pa ne.

Vmesna obveznost se v skladu s *točko (a)* 18. člena DKPMP uporablja, dokler država jasno ne izrazi namena, da ne bo postala pogodbenica mednarodne pogodbe. Ker se taka namera lahko kadarkoli izrazi enostransko, brez na

¹⁰⁹ Določba o začasni uporabi je zavezujoča in zapoveduje izvajanje pogodbe, kar je precej močnejša obveznost kot obveznost po 18. členu DKPMP, zato slednja v tem primeru ni neposredno uporabljiva. Glej Frank Montag: *Völkerrechtliche Verträge mit vorläufige Wirkungen*. Duncker & Humblot, Berlin 1986, str. 67–68.

¹¹⁰ J. Klabbers (nav. delo (1997), str. 150) v zvezi s tem navaja, da je treba pri ugotavljanju obsega vmesne obveznosti upoštevati tudi prisotnost oziroma odsotnost določbe o začasni uporabi, slednja po njegovem mnenju upravičuje »*strict interpretation of the treaty's object and purpose for purposes of the interim obligation*«, kar gre v enako smer. Primer hkratne kršitve vmesne obveznosti inčasne uporabe je sodba Sodišča prve stopnje z dne 17. januarja 2007 v zadevi *Helenska republika proti Komisiji Evropskih skupnosti* (T-231/04, ZOdl., II-0063, tč. 86 ter od 97 do 101), v kateri je navedeno sodišče na eni strani presodilo, da se Helenska republika zaradi načela dobre vere, izraženega v 18. členu DKPMP, ne more izogniti svojim obveznostim s sklicevanjem na to, da pogodba ni ratificirana, na drugi strani pa, da pri tem tudi »ni mogla prezreti [...]časne uporabe [pogodbe]«.

¹¹¹ YBILC 1962, Vol. I, str. 204, tč. 4 (de Luna).

primer možnosti ugovora drugih držav, gre za dokaj široko pravico države.¹¹² Določba ne opredeljuje, kdaj se šteje, da je namen jasno izražen,¹¹³ vsekakor pa je treba to razumeti v tem smislu, da mora biti namen izražen dokazljivo, bodisi izrecno ali pa konkludentno,¹¹⁴ tako da se to lahko brez težav ugotovi. Najbolj jasno bi bilo denimo, če bi država poslala diplomatsko noto ali drugo vrsto pisnega dokumenta,¹¹⁵ v katerem bi drugim državam ali depozitarju sporočila svoj namen. Manj jasno bi to izrazila na primer s tem, da zelo dolgo ne bi ratificirala mednarodne pogodbe ali da bi pristojni notranji organ (na primer parlament) zavrnil ratifikacijo. Seveda bi se v prvem primeru postavilo vprašanje, kako dolgo je dovolj dolgo, o čemer bi v morebitnem sporu moralo presoditi sodišče glede na vse upoštevne okoliščine.¹¹⁶ Če bi bil parlament tisti, ki bi zavrnil ratifikacijo pogodbe, pa bi lahko vlada take države poskušala skupaj z drugimi državami ali državo pogodbo prilagoditi tako, da bi ustrezala pomislekom parlamenta, in ne bi takoj izrazila namere države, da ne bo postala pogodbenica.¹¹⁷ Spet bi bila presoja odvisna od konkretnih okoliščin. V zvezi z izražanjem tovrstne namere se postavlja tudi vprašanje, ali niso ravno dejanja, s katerimi država izniči predmet in namen pogodbe, tista, s katerimi najbolj jasno izrazi namero, da ne želi postati njena pogodbenica.¹¹⁸ Taka razlaga ni združljiva z namenom 18. člena, ki je prav v preprečevanju takih dejanj, namen tega, da mora država jasno izraziti namero, da ne bo postala pogodbenica, pa je v tem, da se opredeli obdobje uporabe navedene obveznosti. Tako namero

¹¹² Swaine to možnost držav imenuje »*ease of exit*« (lahak izhod), kar po njegovem mnenju precej zmanjšuje moč vmesne obveznosti (Edward T. Swaine: *Unsigning*, v: *Stanford Law Review*, 55 (2002–2003), str. 2083).

¹¹³ Prav tam, str. 2082.

¹¹⁴ Glede konkludentnosti glej na primer sodbo Sodišča prve stopnje v zadevi *Helenska republika proti Komisiji Evropskih skupnosti* (nav. delo, tč. 36 in 95).

¹¹⁵ Eden najbolj znanih primerov obvestila v zvezi s tem iz prakse držav je že navedena izjava ZDA, da ne bodo postale pogodbenice Rimskega statuta Mednarodnega kazenskega sodišča, ki so jo poslale z diplomatsko noto Generalnemu sekretarju Združenih narodov kot depozitarju navedene pogodbe.

¹¹⁶ V zvezi s tem je upošteven primer ACTA, ki so ga Slovenija in nekatere druge države podpisale, nato pa postopke ratifikacije »zamrznile«. V Sloveniji se ta postopek sicer sploh še ni začel, saj je vlada sprejela sklep, da se postopek ratifikacije do nadaljnjega ne začne (<http://www.vlada.si/si/delo_vlade/seje_vlade/porocila_za_javnost/porocila_za_javnost/article/6_redna_seja_vlade_rs_22211/>, 25. 2. 2013). Tak sklep se ne more šteti za jasno izraženo namero, da Slovenija ne bo postala pogodbenica ACTA, zlasti ker je v sklepu samem dopuščena možnost, da se ratifikacija nekoč izvede.

¹¹⁷ Glej na primer izjavo evropskega komisarja za trgovino Karla De Guchta ob zavrnitvi ACTA v Evropskem parlamentu, v kateri je med drugim navedel, da se bo Evropska komisija po pridobitvi mnenja Sodišča EU s partnerji posvetovala o tem, kako naprej s sporazumom (<<http://trade.ec.europa.eu/doclib/press/index.cfm?id=818>>, 25. 2. 2013).

¹¹⁸ M. Rogoff, nav. delo, str. 296.

mora država torej jasno izraziti na drug način.¹¹⁹ Pri tem je lahko v pomoč tudi primerjava s prenehanjem začasne uporabe po drugem odstavku 25. člena DKPMP, kjer se sicer zelo podobno besedilo razlikuje v tem, da mora država, ki želi končati začasno uporabo pogodbe med njo in drugimi državami, te druge države *obvestiti* o tem, da ne bo postala pogodbenica, ne samo *jasno izraziti namere* o tem. S tem bi bilo mogoče dodatno utemeljiti sklep, da je pri 18. členu DKPMP namero mogoče izraziti konkludentno.

Iz točke (a) 18. člena prav tako ni razvidno, ali je izjava države, da ne bo postala pogodbenica, nepreklicna. To vprašanje je ob pripravi besedila tega člena v zvezi s takrat predlaganim – nekoliko drugačnim – besedilom, da vmesna obveznost državo zavezuje, dokler se ne »odreče pravici do ratifikacije«, postavil tudi Rosenne in menil, da bi šlo stališče v smislu nepreklicnosti odreka pravici do ratifikacije predaleč in bi torej država lahko tako pogodbo vseeno ratificirala.¹²⁰ Zdi se, da je bil pozneje ta del besedila tudi zaradi teh dvomov glede potencialno nepreklicnega odreka ratifikaciji spremenjen v obvestilo o nameri države, da ne bo postala pogodbenica, s čimer je bila domnevno odprta možnost, da država pozneje druge pogodbenice ponovno obvesti, da namerava postati pogodbenica, in s tem »obudi« svojo vmesno obveznost. Vprašanje glede nepreklicnosti takega obvestila se je pojavilo tudi pri 25. členu DKPMP o začasni uporabi, ki v drugem odstavku vsebuje zelo podobno določbo glede obvestila o tem, da država ne bo postala pogodbenica, s čimer preneha začasna uporaba pogodbe. Na konferenci za sprejetje DKPMP je bilo ob tem postavljeno vprašanje, ali je tako obvestilo dokončno, saj si lahko vlada v parlamentarnem sistemu pozneje premisli in izrazi drugačno namero, obvestilo pa torej učinkuje zgolj kot suspenz začasne uporabe.¹²¹ V doktrini je mogoče srečati stališče, da je treba tako obvestilo zaradi varstva dobre vere šteti za dokončno, poleg tega pa bi vlada – če parlament zavrne ratifikacijo pogodbe – zlorabila postopek, če bi si premislila in ponovno vzpostavila začasno uporabo.¹²² Vendar tako stališče ne upošteva možnosti, da drugačno stališče do pogodbe zavzame tudi parlament, niti pravnega razvoja v smeri večje fleksibilnosti in dajanja prednosti rešitvam, ki omogočajo vključitev čim več pogodbenic v pogodbe.¹²³ Morda je v tem primeru smiselno uporabiti analogijo z umikom li-

¹¹⁹ M. Villiger, nav. delo, str. 251.

¹²⁰ YBILC, 1965, Vol. I, dok. A/CN.4/SR.788, tč. 53, str. 92.

¹²¹ UNCLT, 11th Plenary Meeting, 30. april 1969, dok. A/CONF.39/SR.11, tč. 75, str. 41.

¹²² Albane Geslin: La mise en application provisoire des traités. Éditions A. Pedone, Pariz 2005, str. 310.

¹²³ D. Türk, nav. delo, str. 253, to priznava tudi Geslin (prav tam).

stine o ratifikaciji pogodbe pred njeno uveljavitvijo, kar je mogoče.¹²⁴ Iz tega bi bilo mogoče izpeljati domnevo, da če lahko država kadarkoli pred uveljavitvijo pogodbe umakne ratifikacijo pogodbe – na ratifikacijo pa je do uveljavitve pogodbe lahko vezana tudi vmesna obveznost (glej naslednji odstavek tega prispevka) – lahko v primeru, da listine o ratifikaciji sploh še ni predala, umakne tudi obvestilo, da ne bo postala njena pogodbenica, in pogodbo ratificira. Slednje je toliko bolj smiselno, ker je (zlasti pri večstranskih pogodbah) v korist pogodbe z vidika sodelovanja večjega števila pogodbenic in posledično njene uveljavitve. Res pa je, da je položaj odvisen tudi od konkretnih okoliščin in da dobra vera, na kateri med drugim temelji DKPMP, narekuje, da bi bilo treba kakršnekoli zlorabe te možnosti v smislu manipulacije z vmesno obveznostjo šteti za nezdržljive z načelom dobre vere.

Člen 18 DKPMP pušča odprto tudi vprašanje, od kdaj učinkuje prenehanje vmesne obveznosti, kadar država jasno izrazi namero, da ne bo postala pogodbenica. V času priprave 18. člena DKPMP se to vprašanje ni pojavilo, se je pa pojavilo v zvezi z določbo 25. člena DKPMP o začasni uporabi. Delegacija Italije je namreč vprašala, ali prenehanječasne uporabe učinkuje *ex tunc* ali *ex nunc*.¹²⁵ Na konferenci za sprejetje DKPMP ni dobila odgovora, stališče doktrine v zvezi s tem pa je, da prenehanječasne uporabe učinkuje *ex nunc*, torej za naprej, in ne retroaktivno.¹²⁶ Ni videti razloga, da se to sklepanje ne bi uporabilo tudi pri prenehanju vmesne obveznosti. Vmesna obveznost se sicer odčasne uporabe med drugim razlikuje po tem, da gre – kot navedeno – načeloma za vzdržanje dejanj, medtem ko mora država začasno uporabljivo pogodbo dejansko izvajati pred uveljavitvijo, kar pomeni, da bi bile posledice retroaktivnosti njenega prenehanja lahko precej resnejše kot pri vmesni obveznosti. Na drugi strani pa bi retroaktivno učinkovanje prenehanja vmesne obveznosti pomenilo izničenje njenega učinka do takrat, kar ne bi bilo smiselno in bi lahko vodilo v izogibanje odgovornosti države za dejanja v nasprotju z njo pred prenehanjem vmesne obveznosti, to pa potrjuje stališče proti retroaktivnemu učinkovanju njenega prenehanja.

3.2.3. Točka (b)

V točki (b) 18. člena DKPMP je urejen primer, ko država že privoli, da jo mednarodna pogodba zavezuje, vendar pa pogodba še ne začne veljati. Če je država pred tem pogodbo že podpisala (glej prejšnji razdelek), se vmesna obvez-

¹²⁴ A. Aust, nav. delo, str. 95-96. Glej tudi Summary of Practice of the Secretary-General as Depositary of Multilateral Treaties, 1999, dok. ST/LEG/7/Rev.I, str. 47.

¹²⁵ UNCLT, 11th Plenary Meeting, 30. april 1969, dok. A/CONF.39/SR.11, tč. 84, str. 45.

¹²⁶ A. Geslin, nav. delo, str. 305–307.

nost torej nadaljuje tudi po privolitvi, da jo pogodba zavezuje. V tem primeru namreč prav tako lahko pride do časovnega zamika med privolitvijo države, da jo mednarodna pogodba zavezuje, in uveljavitvijo le-te po mednarodnem pravu,¹²⁷ še posebej je to pogosto pri mednarodnih pogodbah, ki jih je treba ratificirati.¹²⁸ Podpis je eden od načinov privolitve države, da jo mednarodna pogodba zavezuje, vendar je pri takem načinu privolitve manj verjetno, da bo prišlo do časovnega zamika. To še posebej velja za dvostranske pogodbe, pri katerih obe državi s podpisom izrazita tako privolitev; v takem primeru namreč ni nobenega zamika, saj pogodba začne veljati takoj s podpisom, lahko pa pride do zamika na primer takrat, kadar ena stran svojo privolitev, da jo mednarodna pogodba zavezuje, izrazi s podpisom, druga pa jo mora še ratificirati.¹²⁹ Pri večstranskih pogodbah pa je verjetnost daljšega časovnega zamika precejšnja, posebej če se sklepajo med veliko državami in samo nekatere privolijo že s podpisom, da jih mednarodna pogodba zavezuje. Ob običajnem podpisu je treba tudi tokrat opozoriti na podpis *ad referendum* in parafranje, ki se pod določenimi pogoji tudi lahko štejeta za podpis, s katerim se privoli, da pogodba zavezuje.¹³⁰

V skladu s točko (b) 18. člena drugače kot pri točki (a) država ne more izjaviti, da ne bo postala pogodbenica, ker je že izrazila voljo, da bo postala pogodbenica,¹³¹ razen če na primer umakne ratifikacijo, s čimer bi dejansko

¹²⁷ V mednarodni sodni praksi je bil ta časovni zamik obravnavan na primer v zadevi *Opel Austria proti Svetu*. V njej je tožeča stranka med drugim ob sklicevanju na 18. člen DKPMP uveljavljala kršitev vmesne obveznosti s strani Sveta EU, ki je nekaj dni pred uveljavitvijo Sporazuma EGP sprejel uredbo, s katero so bile odpravljene nekatere carinske ugodnosti. Sodišče je med drugim ob uporabi 18. člena DKPMP razsodilo, da v primeru, ko je bila EU zadnja med podpisniki mednarodne pogodbe, ki so privolili, da jih mednarodna pogodba zavezuje, in je bilo torej znano, kdaj bo pogodba začela veljati, gospodarski subjekt na podlagi vmesne obveznosti lahko izpodbija ukrepe, ki jih EU sprejme v obdobju med navedeno privolitvijo EU, da jo pogodba zavezuje, in uveljavitvijo te pogodbe (nav. delo, tč. od 89 do 94).

¹²⁸ Časovni zamik je sicer običajno večji pri večstranskih pogodbah, čeprav obstaja tudi pri dvostranskih pogodbah, v slovenski praksi tako poznamo primere sorazmerno velikih časovnih zamikov. Slovenija je na primer že leta 2002 ratificirala sporazum o spodbujanju in zaščiti naložb med Slovenijo in Rusijo (Ur. l. RS-MP, št. 1/01), medtem kot Rusija tega še po več kot desetih letih od podpisa ni storila.

¹²⁹ Glej na primer Sporazum med Upravo Republike Slovenije za jedrsko varnost (URJSV) in Jedrsko regulatorno komisijo Združenih držav Amerike (NRC) o izmenjavi tehničnih informacij in sodelovanju na področju jedrske varnosti (Ur. l. RS, MP, št. 3/12).

¹³⁰ Člen 12 DKPMP.

¹³¹ Glede tega je Lachs v času priprave DKPMP izjavil, da je obveznost iz te točke dokončna, ker je država že izrazila privolitev, da jo pogodba zavezuje, medtem ko je obveznost po točki (a) »začasna«, ker se še ne ve, ali bo država pogodbo ratificirala (YBILC, 1965, Vol. I, dokument A/CN.4/SR.789, tč. 38, str. 97).

sporočila, da ne bo postala pogodbenica. Zato je prenehanje vmesne obveznosti vezano na uveljavitev pogodbe, če ta ni neupravičeno odložena. Opredelitev, kaj je neupravičeno, je seveda odvisna od pogodbe in okoliščin v zvezi z njo. To potrjuje pripravljeno delo DKPMP, iz katerega izhaja, da je bilo predlagano na primer dvanajstmesečno obdobje, posebni poročevalec Waldock je v eni od različic osnutka DKPMP predlagal celo desetletno obdobje, pozneje pa je na konkretno vprašanje o tem pojmu odgovoril, da je odgovor odvisen od okoliščin vsakega posameznega primera.¹³² Člen 18 v tej točki ne določa, kdo in kako naj bi ugotavljal, ali je uveljavitev pogodbe neupravičeno odložena in zato vmesna obveznost ne velja več. V doktrini je mogoče srečati stališče, da bi tudi v tem primeru država jasno – izrecno ali konkludentno – izrazila stališče, da zanjo vmesna obveznost ne velja več,¹³³ to pa izhaja tudi iz Waldockovega osnutka 9. člena, ki je v podtočki (i) točke (b) tretjega odstavka določal, da lahko država po preteku razumnega obdobja druge obvesti o tem, da se ne šteje več za zavezano s to obveznostjo.¹³⁴ Ker pa prenehanje vmesne obveznosti v skladu s točko (b) 18. člena DKPMP drugače kot v točki (a) oziroma drugače kot v navedenem Waldockovem osnutku tega člena ni (več) vezano na enostransko izjavo ene od držav, pač pa samo na (objektivnejšo) časovno dimenzijo uveljavitve, je vprašanje, ali je tako stališče v skladu z namenom te določbe, kot je bila sprejeta. Zdi se namreč, da je namen te določbe drugače kot v točki (a) otežiti pogoje za prenehanje vmesne obveznosti, saj je država v tem primeru že izrazila privolitve, da bo pogodbo po uveljavitvi izpolnjevala v dobri veri, in bi morala torej še toliko bolj ravnati dobroverno, tako da pred uveljavitvijo pogodbe ne bi izničila njenega predmeta in namena. Če bi veljala prej navedena razlaga, bi namreč lahko vsaka država, ki je pogodbo ratificirala, drugim podpisnicam iste pogodbe preprosto poslala obvestilo, da je uveljavitev pogodbe po njenem mnenju neupravičeno odložena in da zato vmesna obveznost od določenega datuma zanjo ne velja več. Če to pomeni, da hkrati s tem ne bi umaknila tudi privolitve, da jo pogodba zavezuje,¹³⁵ bi lahko kljub njenemu obvestilu pozneje pogodba začela veljati tudi zanjo, vmes pa bi taka država brez tveganja glede odgovornosti ravnala v nasprotju z njenim predmetom in namenom, kar bi bilo nesmiselno.

¹³² Glede dvanajstmesečnega roka glej UNCLT, dok. A/CONF.39/C.1/L.133/Rev.1 (1968), glede vprašanja o opredelitvi pojma »nerazumno« in odgovora pa UNCLT, 2d session (10th plen. mtg.), dok. A/CONF-39/11/Add.1 (1970).

¹³³ M. Villiger, nav. delo, str. 251.

¹³⁴ Waldockovo poročilo, nav. delo, str. 46.

¹³⁵ Kar je prav tako stališče Villigerja (nav. delo, opomba 38).

4. SKLEP

Države pri podpisovanju mednarodnih pogodb načeloma ravnajo v dobri veri in zato večinoma ne prihaja do težav pri njihovi ratifikaciji in uveljavitvi. Kljub temu pa mednarodno pravo za primere, ko bi država vmesni čas med podpisom in uveljavitvijo izkoristila za poskus ogrožanja poznejše izvedbe pogodbe, predvideva vmesno obveznost držav kot izraz načela dobre vere oziroma iz njega izpeljane prepovedi zlorabe pravic, ki je kot pravilo mednarodnega običajnega prava kodificirana v 18. členu DKPMP. Vmesna obveznost je bila v doktrini in mednarodni sodni praksi sorazmerno malo analizirana, do zdaj opravljene analize pa se pogosto končajo z ugotovitvijo, da gre za nejasno obveznost.

V prispevku smo zato poskušali na podlagi besedila 18. člena DKPMP, pripravljalnega dela DKPMP, doktrine in dosedanje sodne prakse pojasniti vsebino vmesne obveznosti. Iz naše obravnave izhaja, da gre za pravno obveznost, ki je del običajnega mednarodnega prava in je bila kodificirana v DKPMP. Država to obveznost krši, če s svojim ravnanjem izniči predmet in namen pogodbe – ki se razumeta kot celota – kar pomeni, da s svojimi dejanji v času med podpisom in uveljavitvijo pogodbe izniči temeljni element pogodbe, potreben za njeno celovitost, tako da poseže v *raison d'être* pogodbe. Na prvi pogled mora po 18. členu DKPMP ravnanje države v smislu izničenja predmeta in namena pogodbe objektivno posegati v bistvo pogodbe, torej neodvisno od volje države v zvezi s tem. Vendar to ne ustreza razumevanju tega člena na podlagi pripravljalnega dela DKPMP in doktrine, v skladu s katerima je treba pri ravnanju države izkazati določeno raven subjektivnega odnosa do tega ravnanja, ni pa soglasja glede tega, kakšen test uporabiti pri njegovi presoji.

Člen 18 DKPMP poleg nekaterih temeljnih vprašanj, kot je ustrezen test za presojanje ravnanja države v primeru izničenja predmeta in namena pogodbe, pušča odprta tudi nekatera druga, navidežno manj pomembna, vendar z vidika njegovega učinka bistvena vprašanja, ki v doktrini skoraj ali sploh niso obravnavana in na katera smo v tem prispevku poskušali odgovoriti ali dati smernice za odgovor. Tako smo – med drugim tudi na podlagi primerjave tega člena in podobne ureditve v 25. členu DKPMP o začasni uporabi – pojasnili, da izraz namere države iz točke (a) navedenega člena, da ne bo postala pogodbenica mednarodne pogodbe, učinkuje za naprej in da ga je v določenih okoliščinah mogoče preklicati.

OBLIGATION OF A STATE NOT TO DEFEAT THE OBJECT AND PURPOSE OF A TREATY BETWEEN ITS SIGNATURE AND ENTRY INTO FORCE

Andrej Svetličič,

LL.B., LL.M., Ministry of Foreign Affairs, minister plenipotentiary

The Article's objective is to analyse and to provide an interpretation of the interim obligation of a State not to defeat the object and purpose of a treaty between its signature and entry into force on the basis of Article 18 of the Vienna Convention on the Law of Treaties (VCLT), doctrine and international jurisprudence.

Signature of a treaty requiring ratification is one of the stages in its conclusion which is not only a formality without any legal effect, the latter being provided for in Article 18 of the VCLT as a so-called "interim obligation". The interim obligation is still somewhat ambiguous; notwithstanding, it seems clear that it is a rule of customary international law as an emanation of the good faith principle, codified in the VCLT.

The interim obligation precedes the VCLT in the state practice, international jurisprudence and in the doctrine. The most cited cases before the VCLT are the PCIJ case *Certain German Interests in Polish Upper Silesia* and the *Megalidis vs. Turkey* arbitration case. The authors of the Harvard Draft Convention on the Law of Treaties also included an Article on the interim obligation in that draft, their general understanding of the nature of the obligation being that it is a moral rather than a legal obligation.

The dilemma whether the interim obligation is a moral or a legal one continued during the first phase of drafting of the VCLT by the International Law Commission (ILC), which came to the conclusion that it is a legal obligation that merits inclusion in the VCLT. It was finally included in Article 18, the introductory part of which basically provides that States should not act so as to defeat the object and purpose of treaties which they signed or consented to be

bound by. The object and purpose has been interpreted by the ILC in its recent Guide to Practice on Reservations to Treaties as a single term to be interpreted uniformly throughout the VCLT. In line with the ILC's guide, a State would thus defeat the object and purpose of a treaty as provided for in Article 18 if its actions affected an essential element of the treaty that is necessary to its general tenour, in such a way that these actions impaired the *raison d'être* of the treaty. Another issue with regard to acts defeating the object and purpose of a treaty which has been debated and not resolved in the doctrine is the attitude of the State towards such acts, i.e. whether the State's will should be demonstrated or not. It seems on the face of it that the provision itself refers to an objective test for assessing whether an act of State defeated the object and purpose of a treaty, however the *travaux préparatoires* and most of the doctrine seem to advocate the need for a subjective element (will of the State) to be present in such assessment. As regards the requirement that the State is to refrain from the defeating acts, this refers in principle to the omission of such acts, although one could conceive also active conduct such as active maintenance of *status quo*. In this respect, acts with which a State would refrain from applying a treaty provisionally would not be primarily inconsistent with the interim obligation but rather with the specific provision of Article 25 of the VCLT on provisional application, which is a separate and stronger obligation requiring active application not merely inaction or maintenance of *status quo*.

The temporal aspects of the interim obligation are subject of points (a) and (b) of Article 18. Point (a) provides that the obligation applies from signature to the time when the State makes clear its intention not to become party to the treaty. Point (b) refers to a situation where a State already consented to be bound by a treaty, in which case the interim obligation applies until the entry into force of the treaty, if the latter is not unduly delayed. Unilateral intention of a State not to become party to a treaty should certainly be made in an unequivocal manner, either expressly or by conduct, so that other States can easily determine the intention. Article 18 does not contain any provision on that, so it would be left to judicial assessment in each particular case, it seems however clear that acts defeating the object and purpose of the treaty as such do not constitute this intention. With regard to making intention clear by conduct, comparison with Article 25 of the VCLT seems to confirm that such an intention can be made implicitly under Article 18, since Article 25 provides that the State is required to "notify" others of its intention – not only "make its intention clear" – not to become party to a treaty.

It is neither clear from the provision in point (a) nor from the doctrine whether the intention not to become party to a treaty is final or it can be withdrawn. It can be inferred from the *travaux préparatoires*, the comparison with Arti-

cle 25, and the possibility of withdrawing instruments of ratification that the State could reverse its decision not to become party to the treaty. This would be consistent *inter alia* with the general premise of international relations to encourage treaty participation, if the possibility is not abused, which would be contrary to the underlying good faith principle. Article 18 leaves open also the issue whether the making clear of the intention not to become party and thereby the end of the interim obligation is effective *ex nunc* or *ex tunc*. It seems from the doctrinal work on a similar provision of Article 25 and from the fact that a retroactive effect would deprive the interim obligation of any effect before such an intention was made clear that this obligation ceases to be effective *ex nunc*.

The main open issue with respect to point (b) of Article 18 is what constitutes undue delay of entry into force of a treaty that causes the interim obligation to cease. The *travaux préparatoires* reveal that attempts were made to quantify this delay in terms of months or years, but that finally it was decided not to state any such specific period since it depends on the circumstances of each particular treaty. It could be inferred from the doctrine that here too the State could make a unilateral statement that it is no longer bound by the interim obligation since the entry into force of a treaty has been unduly delayed. However, this would not seem to be consistent with the purpose of this provision to restrict the possibility to end the interim obligation because States have already made their consent to be bound by the treaty. Otherwise States that consented to be bound by a treaty could unilaterally cease to be bound by the interim obligation until its entry into force and then become parties to it.

IZVRŠBA V NEMČIJI

Andrej Ekart,

*univerzitetni diplomirani pravnik, doktor pravnih znanosti,
okrajni sodnik na Okrajnem sodišču v Mariboru*

1. UVOD

V mesecu novembru 2012 sem imel priložnost udeležiti se hospitacij na sodiščih v severnonemškem mestu Oldenburg.¹ Del hospitacij je bil namenjen tudi izvršbi. Tako sem med drugim prisostvoval javni dražbi nepremičnine, prebiral izvršilni spis, ki se je nanašal na izvršbo na nepremičnino, ter naslednji dan odšel z izvršiteljem na teren. Sledil je še obisk pri notarju, kjer so poudarili, da se v obliki notarskih zapisov pretežno sestavljajo pravni akti o ustanovitvi zemljiških dolgov, ki so iz vsakdanjega pravnega prometa popolnoma izrinili hipoteko. V tem prispevku želim podati poročilo o tem, kako v praksi poteka nemški izvršilni postopek zaradi izterjave denarnih terjatev. Na koncu sta podana primerjava s slovenskim izvršilnim postopkom in predlog sprememb slovenske zakonodaje.

2. IZVRŠILNI NASLOV IN IZVRŠILNA KLAVZULA

Izvršba se v Nemčiji začne na podlagi predloga za izvršbo, ki mu je priložen izvršilni naslov. Če je izvršilni naslov sodna odločba, potem mora le-ta vsebovati posebno izvršilno klavzulo (*Vollstreckungsklausel*, § 725 Zivilprozessordnung² – ZPO), kar imenujemo izvršljivi odpravek izvršilnega naslova (*vollstreckbare Ausfertigung*, § 724 ZPO). Pri notarskih zapisih izvršilno klavzulo nadomešča soglasje dolžnika k neposredni izvršljivosti terjatve, ki izhaja iz notarskega

¹ Udeležil sem se Multilateralnega programa hospitacij za sodnike v civilnih in gospodarskih zadevah od 4. do 23. novembra 2012 v Nemčiji.

² Zivilprozessordnung in der Fassung der Bekanntmachung vom 5. Dezember 2005 (BGBl. I S. 3202 (2006 I S. 431) (2007 I S. 1781)), die zuletzt durch Artikel 1 des Gesetzes vom 5. Dezember 2012 (BGBl. I S. 2418) geändert worden ist.

zapisa. Izvršilna klavzula, ki jo izda vpisničar (*Urkundsbeamte der Geschäftsstelle*) na pravdnem sodišču,³ je v Nemčiji most med pravdnim in izvršilnim postopkom in ni popolnoma primerljiva s slovenskim potrdilom o izvršljivosti (42. člen Zakona o izvršbi in zavarovanju⁴ – ZIZ), temveč ima tudi posamezne funkcije, ki jih v slovenskem pravu opravlja sklep o izvršbi. To se kaže pri pravnem nasledstvu ali pogojnih terjatvah. V Nemčiji sklepa o izvršbi ne poznajo, zato mora upnik pri nastopu pravnega nasledstva ali pri pogojnih terjatvah, ki so priznane z izvršljivo sodno odločbo, pravdno sodišče zaprositi (funkcionalno je pristojen pravosodni uradnik – *Rechtspfleger*), da na izvršilni naslov odtisne t. i. kvalificirano izvršilno klavzulo, ki izkazuje pravno nasledstvo (*titelergänzende Klausel*, § 726 ZPO) ali nastop odložnega pogoja (*titelübertragende Klausel*, § 727 ZPO). Nastop teh dejstev mora upnik praviloma izkazati s kvalificirano listino, tj. javno listino ali po zakonu overjeno zasebno listino, razen pri pravnem nasledstvu, pri katerem lahko sodišče pravno nasledstvo potrdi, če mu je splošno znano. V nasprotnem primeru se pravno nasledstvo in nastop odložnega pogoja dokazujeta s sodbo, ki jo pravdno sodišče izda na podlagi (procesne ugotovitvene) tožbe za izstavitev izvršilne klavzule (*Klage auf Erteilung der Vollstreckungsklausel*, § 731 ZPO).⁵

Poleg sodnih odločb so pomembni izvršilni naslovi še sodne poravnave (1. točka prvega odstavka § 794 ZPO) in neposredno izvršljivi notarski zapisi, če dolжник v pravnem poslu v obliki notarskega zapisa poda soglasje k neposredni izvršljivosti (5. točka prvega odstavka § 794 ZPO) in če je bil notarski zapis vsaj dva tedna pred začetkom izvršbe vročen dolžniku (§ 798 ZPO).⁶ Kadar je zapadlost kredita na podlagi notarskega zapisa vezana na odpoklic, mora upnik predlogu za izvršbo poleg izvršilnega naslova priložiti tudi izjavo o odpoklicu in potrdilo o vročitvi te izjave dolžniku. Morebitne nepravilnosti v zvezi z odpoklicem uveljavlja dolжник s tožbo za nedopustnost izvršbe (*Vollstreckungsabwehrklage*, § 767 ZPO).

³ Če vpisničar zavrne izstavitev izvršilne klavzule, lahko upnik v roku dveh tednov na pravdno sodišče vloži pravno sredstvo opomin (*Erinnerung*, § 573 ZPO). Primerjaj Wolfgang Brehm, v: Vesna Rijavec, Wolfgang Jelinek, Wolfgang Brehm (ur.): *Erleichterung der Zwangsvollstreckung in Europa*. Nomos, Baden-Baden 2012, str. 231; Beno Heussen, Maximilian Damm: *Zwangsvollstreckung für Anfänger*. C.H. Beck, München 2011, str. 63.

⁴ Ur. l. RS, št. 3/07 – UPB4, 93/07, 6/08 Skl. US: U-I-354/07-6, 37/08 – ZST-1, 45/08 – ZArbit, 113/08 Odl. US: U-I-344/06-11, 28/09, 47/09 Odl. US: U-I-54/06-32 (48/09 popr.), 57/09 Skl. US: Up-1801/08-10, U-I-237/08-10, 51/10, 26/11, 14/12, 17/13 Odl. US: U-I-79/12-15.

⁵ W. Brehm, v: V. Rijavec, W. Jelinek, W. Brehm (ur.), nav. delo, str. 232, B. Heussen, M. Damm, nav. delo, str. 63.

⁶ B. Heussen, M. Damm, nav. delo, str. 24–25.

3. DECENTRALIZIRAN IN FORMALIZIRAN POSTOPEK IZVRŠBE

Za nemško izvršbo je značilno, da je decentralizirana in formalizirana.⁷ Prvo pomeni, da se različne vrste izvršbe vodijo v ločenih spisih, da jo obravnavajo različne osebe in da vsaka od teh oseb posebej preveri, ali so podane predpostavke izvršbe.⁸ Če gre za izvršbo zaradi izterjave denarnih terjatev, ločijo tri vrste izvršb:

- izvršbo na premočnine, za kar je pristojen sodni izvršitelj (*Gerichtsvollzieher*),
- izvršbo na dolžnikove terjatve (npr. na plačo, denarna sredstva pri bankah in hranilnicah ipd.), za kar je pristojno okrajno sodišče (*Amtsgericht*) kot izvršilno sodišče, funkcionalno pristojen pa je t. i. pravosodni uradnik (*Rechtspfleger*),
- izvršbo na nepremičnine, ki je sestavljena iz dveh faz. V prvi fazi upnik vloži na zemljiško knjigo (*Grundbuchamt*) pri okrajnem sodišču (*Amtsgericht*) zemljiškoknjižni predlog, da se na podlagi izvršilnega naslova v zemljiški knjigi vknjiži prisilna hipoteka (*Zwangssicherungshypothek* oziroma *Zwangshypothek*) v korist upnika, seveda pod pogojem, da za terjatev iz istega izvršilnega naslova v zemljiški knjigi v korist upnika še nista vknjižena zemljiški dolg ali pogodbeni hipoteka. Druga faza izvršbe na nepremičnine, tj. prisilna javna dražba (*Zwangsversteigerung*), kakor tudi prisilna uprava nepremičnin (*Zwangsverwaltung*), je v pristojnosti izvršilnega oddelka okrajnega sodišča (*Amtsgericht*), funkcionalno pristojen pa je t. i. sodniški pomočnik (*Rechtspfleger*).⁹

Izvršba se vedno začne na predlog upnika (dispozitivno načelo), ki ga le-ta vloži pri okrajnem sodišču. Nemška izvršba je formalizirana, kar pomeni, da izvršilni organ preveri zgolj, ali so podane naslednje formalne predpostavke izvršbe: izvršilni predlog upnika, obstoj izvršilnega naslova, obstoj izvršilne klavzule in vročitev izvršilnega naslova (npr. sodne odločbe z izvršilno klavzulo) dolžniku. Slednje lahko opravi tudi izvršitelj ob prvem izvršilnem dejanju (drugi odstavek § 750 ZPO), npr. ob rubežu premočnin. Izvršba se torej opravlja na podlagi določenih kvalificiranih listin, materialnih predpostavk izvršbe izvršilni organi ne preverjajo, temveč je na dolžniku breme, da neobstoje materialnih predpostavk izvršbe (npr. poplačilo dolga ali odlog plačila) uveljavlja s pravnimi sredstvi izvršilnega prava.¹⁰

⁷ W. Brehm, v: V. Rijavec, W. Jelinek, W. Brehm (ur.), nav. delo, str. 229.

⁸ Prav tam.

⁹ Prav tam.

¹⁰ Prav tam; B. Heussen, M. Damm, nav. delo, str. 17, 38. O pravnih sredstvih glej v nadaljevanju.

4. PREGLEDNOST DOLŽNIKOVEGA PREMOŽENJA

Upnik, ki ima v rokah izvršilni naslov, brez dolžnikovega sodelovanja težko pridobi pregled nad njegovim premoženjem, saj ni upravičen od upravljalcev zbirk podatkov pridobiti podatkov o dolžnikovem premoženju. Nemci zato na slovensko ureditev pridobivanja podatkov o dolžnikovem premoženju gledajo kot na zelo liberalno. S 1. januarjem 2013 je šlo v smeri pridobivanja podatkov iz javnih evidenc delno tudi nemško pravo, saj je od tega datuma naprej izvršiteljem omogočeno, da v primeru, ko dolžnik nima rubljivih predmetov ali noče podati izjave o seznamu svojega premoženja, pri upravljalcih zbirk podatkov preverijo, kje je dolžnik zaposlen, pri kateri banki ali hranilnici ima odprt račun in ali je lastnik kakšnega vozila (§ 802l ZPO).

Če sodni izvršitelj pri dolžniku ne najde rubljivih predmetov, o tem obvesti upnika. Upnik lahko nato praviloma predlaga, naj dolžnik poda seznam svojega premoženja (*eidesstattliche Versicherung* oziroma *eidesstattliche Offenbarungsversicherung*, § 807, 899 in naslednji ZPO). To izjavo poda dolžnik pod prisego, da je resnična. Neresnična izjava je kazniva (§ 156 Strafgesetzbuch¹¹ – StGB). Če dolžnik seznama svojega premoženja ne poda, lahko upnik izvršilnemu sodišču predlaga, da se za dolžnika izda priporni nalog (*Haftbefehl*, § 901 ZPO), ki ga izvrši sodni izvršitelj. Pripornega naloga pred samim prijetjem dolžniku ni treba vročiti. V praksi dolžniki večinoma pod grožnjo pripora izvršitelju podajo izjavo o seznamu svojega premoženja.

Če je dolžnik podal seznam svojega premoženja (*eidesstattliche Versicherung*, § 807 ZPO) ali je zoper njega izdan priporni nalog, se dolžnik za obdobje treh let (oziroma do poplčila dolgov) uvrsti na seznam dolžnikov (*Schuldnerverzeichnis*, § 915 ZPO), ki je javen in ga vodi okrajno sodišče. Gospodarski pomen seznama dolžnikov je izjemno velik, saj lahko gospodarski subjekti (predvsem kreditne inštitucije, SCHUFA¹² ipd.) še pred sklenitvijo pravnega posla preverijo, ali je njihov poslovni partner solventen in kakšna je kreditna sposobnost morebitnih prihodnjih strank.

¹¹ Strafgesetzbuch in der Fassung der Bekanntmachung vom 13. November 1998 (BGBl. I S. 3322), das zuletzt durch Artikel 5 des Gesetzes vom 21. Januar 2013 (BGBl. I S. 95) geändert worden ist.

¹² SCHUFA (Schutzgemeinschaft für allgemeine Kreditsicherung) je delniška družba, ki zbira informacije o kreditni sposobnosti zasebnikov. Njeni člani so predvsem banke, ki ji dobavljajo informacije o svojih kreditojemalcih, SCHUFA pa bankam zagotavlja podatkovno bazo o kreditni sposobnosti potencialnih kreditojemalcev.

5. IZVRŠBA NA PREMIČNINE

Razen v primeru, ko dolžnik že v pogodbi med strankama navede svoje premoženje, upnik pogosto ne ve, kakšno premoženje dolžnik poseduje. Zato upnik praviloma kot prvo izvršilno sredstvo predlaga izvršbo na dolžnikove premoženjske, ki obsega rubež in prodajo dolžnikovih premoženjskih ter poplačilo upnika.

Upnik vloži predlog za izvršbo na premoženjske na izvršilno sodišče po prebivališču ali sedežu dolžnika. Za premoženjsko izvršbo je krajevno pristojen sodni izvršitelj. Pri vsakem okrajnem sodišču je običajno zaposlenih več sodnih izvršiteljev, za posamezno premoženjsko izvršbo pa je krajevno pristojen tisti sodni izvršitelj, ki je imenovan za določen okraj, kjer dolžnik živi. Okraj seveda dobro pozna, obenem pa se z določitvijo krajevne pristojnosti sodnega izvršitelja zmanjšujejo potni stroški. Izvršitelj ni pravnik, temveč po srednji šoli opravi dvoletni program na višji strokovni šoli, ki je sestavljen iz teoretičnega in praktičnega dela.

Pri izvršbi na premoženjske se upnikov predlog za izvršbo šteje za nalog (*Auftrag*) sodnemu izvršitelju, da opravi izvršbo. Sodni izvršitelj ima status upnikovega pooblaščenca po zakonu. Svojih prostorov nima na sodišču, temveč ima tam zgolj uradne ure. Na sodišču v svojem poštnem predalu dvigne izvršilni predlog, preveri, ali so podane formalne predpostavke izvršbe, in že začne z izvršbo, ne da bi bilo pred tem treba izdati sklep o začetku izvršbe. Sklep o izvršbi se v Nemčiji torej ne izda.

V praksi izvršitelj dolžniku praviloma vnaprej sporoči, kdaj se bo oglasil pri njem. Posebnega učinka presenečenja pri premoženjski izvršbi torej ni. Izvršitelj se po pooblastilu upnika z dolžnikom lahko tudi dogovori za obročno odplačilo dolga (npr. v roku šestih mesecev). Če tak dogovor sklene, se izvršba začasno ustavi.

Stroški sodnega izvršitelja so bistveno nižji kot v Sloveniji in znašajo za posamezni rubež okoli 27 evrov. Če rubež ni izveden, ker dolžnika npr. ni bilo doma, za nov poskus rubeža sodni izvršitelj ne more zahtevati ponovne nagrade, temveč se iz nagrade v višini 27 evrov poplača le enkrat, in sicer za uspešen rubež ali za ugotovitev, da dolžnik nima ručljivih predmetov, ne glede na to, kolikokrat je dolžniku potrkal na vrata, da bi rubež opravil. Stroške rubeža plača upnik, izvršitelj pa lahko zahteva, da upnik položi varščino. Nemški sodni izvršitelji so ustrezno finančno motivirani. Plača izvršitelja, ki mu jo izplača sodišče, je sestavljena iz fiksnega in iz variabilnega dela, ki trenutno znaša 48 odstotkov takse sodnega izvršitelja za posamezno izvršilno dejanje. Na ta način je sodni izvršitelj stimuliran, da dela učinkovito. Sodni izvršitelji so tudi ustrezno nad-

zorovani. Okrajno sodišče, pri katerem je izvršitelj zaposlen, namreč približno petkrat letno pri njem opravi pregled poslovanja in ga po potrebi tudi razreši, če se ugotovijo večje nepravilnosti pri opravljanju njegove službe.

Svojo hospitacijo sem opravljal na Okrajnem sodišču v Oldenburgu, kjer sem imel priložnost iti z izvršiteljem na teren in spremljati njegovo delo. Izvršitelj je v treh urah in pol na terenu obiskal okoli 20 dolžnikov. Nekateri so plačali, z nekaterimi se je dogovoril za obročno odplačilo, nekateri so oddali seznam svojega premoženja, nekaterih pa ni bilo doma in jim je v poštnem predalu pustil sporočilo, da se vrne določenega dne oziroma da naj se oglasijo v času njegovih uradnih ur na sodišču. Tisti dan izvršitelj ni opravil nobenega rubeža, je pa že naslednji dan oddal na pošto poročilo upniku o opravljenih izvršilnih dejanjih. Na podlagi navedenega sem dobil vtis, da se učinkovitost nemške premičninske izvršbe ne kaže v tem, da izvršitelji zarubijo več premičnin kot v Sloveniji, temveč predvsem v tem, da je izvršitelj hiter (izvršilno dejanje opravi približno v roku enega meseca od vložitve predloga za izvršbo na premičnine), odziven (upniku pošlje poročilo o opravljenem izvršilnem dejanju že naslednji dan), motiviran (ima variabilni del plače, ni nagrajen za trkanje na vrata, temveč za opravo rubeža, ne glede na to, koliko poskusov je za to potreboval) in poceni (nagrada za njegovo delo ne znaša več kot 30 evrov). Zato s premičninsko izvršbo ne nastajajo večji nadaljnji stroški, ki bi presegali vrednost same terjatve (do česar v Sloveniji pogosto prihaja).

Upnik, ki je bil s premičninsko izvršbo neuspešen, lahko predlaga, naj dolžnik poda seznam svojega premoženja, in na podlagi pridobljenega seznama dolžnikovega premoženja predlaga izvršbo z drugimi izvršilnimi sredstvi.

6. IZVRŠBA NA TERJATVE

Pri izvršbi na terjatve (npr. na dolžnikovo plačo ali denarna sredstva na banki) okrajno sodišče (§ 828 ZPO) na upnikov predlog izda sklep o rubežu terjatve (*Pfändungsbeschluss*, § 829 ZPO), ki ga pošlje dolžnikovemu dolžniku (npr. delodajalcu ali banki). Rubež terjatve je opravljen, ko je sklep o rubežu vročen tretjedolžniku. V enem mesecu po izdaji sklepa o rubežu lahko upnik predlaga izdajo sklepa o prenosu terjatve (*Überweisungsbeschluss*). Prenos terjatve na upnika se izvede bodisi v izterjavo bodisi namesto plačila. Predlog za rubež in predlog za prenos je mogoče tudi združiti (tretji odstavek § 829 ZPO).

Izvršbo na dolžnikove terjatve vodi pravosodni uradnik (*Rechtspfleger*), ki ni pravnik, temveč po zaključenih maturi opravi visoko strokovno šolo (*Fachhochschule*), kjer je triletni študijski program sestavljen iz teoretičnega in praktičnega dela.

Zanimivo je, da sklepi v izvršilnem postopku, ki jih izda pravosodni uradnik, praviloma ne vsebujejo pravnega pouka. To utemeljujejo s tem, da pravni pouk naravnost vabi stranke, naj vložijo pravno sredstvo, četudi za to morda nimajo pravega razloga. Kmalu naj bi se tudi to spremenilo. Po drugi strani pa je odsotnost pravnega pouka v Nemčiji nekako še sprejemljiva, saj pritožbe ne more vložiti stranka sama, temveč jo lahko vloži le po odvetniku, ki pravnega pouka kot prava večša oseba ne potrebuje.

7. IZVRŠBA NA NEPREMIČNINE

Izvršba s prodajo nepremičnin poteka v dveh fazah. Sprva vloži upnik na zemljiško knjigo (*Grundbuchamt*) pri okrajnem sodišču (*Amtsgericht*) predlog za vknjižbo hipoteke (*Zwangssicherungshypothek*). Če je v zemljiški knjigi že vknjižena zemljiška zastava (hipoteka ali zemljiški dolg), potem vknjižbe hipoteke v zemljiško knjigo seveda ni treba predlagati. Predlogu je treba priložiti izvršljiv odpravek izvršilnega naslova.¹³ Zemljiškooknjižno sodišče predlogu ugotovi in vknjiži hipoteko ter o tem s kratkim obvestilom obvesti stranki. O vpisih v zemljiško knjigo se namreč ne izdajajo sklepi, temveč le obvestila.

Zemljiška knjiga prisilne hipoteke ne vpiše, če vrednost terjatve ne presega 750 evrov na posamezno nepremičnino (prvi odstavek § 866 ZPO). Če je predlagana izvršba na več nepremičnin, mora znesek terjatve za vsako nepremičnino znašati vsaj 750 evrov. Če ima upnik več izvršljivih izvršilnih naslovov proti dolžniku, lahko terjatve iz teh izvršilnih naslovov sešteje (po potrebi prišteje tudi obresti in stroške) in tako doseže vpis prisilne hipoteke v zemljiško knjigo (tretji odstavek § 866 ZPO).¹⁴ Meja 750 evrov je uvedena zato, da se prepreči nepreglednost zemljiške knjige zaradi vpisa velikega števila hipotek majhne vrednosti.¹⁵

Druga faza izvršbe na nepremičnine poteka pred izvršilnim sodiščem. Upnik vloži na izvršilni oddelek okrajnega sodišča (*Amtsgericht*) predlog za prisilno javno dražbo (*Zwangsversteigerung*). Celoten postopek, vključno z javno dražbo, vodi pravosodni uradnik (*Rechtspfleger*). Pravosodni uradnik preveri predpostavke izvršbe in izda sklep o odreditvi javne dražbe (*Anordnungsbeschluss*) oziroma sklep o pristopu (*Beitrittsbeschluss*), če je že v teku postopek izvršbe na isto nepremičnino. Proti obema sklepoma je možno pravno sredstvo opomin (*Erinnerung*), ki ga dolžnik vloži zoper sklepe, izdane v enostranskih po-

¹³ B. Heussen, M. Damm, nav. delo, str. 189.

¹⁴ Prav tam, str. 192–194.

¹⁵ Primerjaj <www.ivv-magazin.de/im-fokus/zwangsvollstreckung-gegen-grundbesitzer> (26. 12. 2012).

stopkih (*ex parte*). Z vročitvijo sklepa o odreditvi javne dražbe dolžniku je nepremičnina zarubljena.¹⁶ Učinek rubeža nepremičnine je prepoved odtujitve nepremičnine. Izvršilno sodišče sklep o odreditvi javne dražbe vroči zemljiški knigi in jo zaprosi (*Gesuch*), naj to dejstvo zaznamuje v zemljiški knjigi (*Versteigerungsvermerk*).¹⁷ Treba je poudariti, da pravosodni uradnik nima elektronskega vpogleda v zemljiško knjigo, temveč mora pred izdajo sklepa o odreditvi javne dražbe za izdajo zemljiškoknjžnega izpiska vedno znova zaprositi zemljiško knjigo.

Po vročitvi sklepa o odreditvi javne dražbe lahko dolžnik predlaga odlog izvršbe na nepremičnino za šest mesecev, če izkaže, da bo v navedenem obdobju lahko dolg poravnal ali če to glede ne premoženjske in osebne razmere dolžnika ustreza pravičnosti (§ 30a Gesetz über die Zwangsversteigerung und die Zwangsverwaltung¹⁸ – ZVG).

Po izdaji sklepa o odreditvi javne dražbe sodišče postavi cenilca, da oceni zarubljeno nepremičnino. Drugače kot v Sloveniji niti cenilec niti morebitni kupci brez soglasja dolžnika ne morejo vstopiti v zarubljeno nepremičnino. Zato cenilec v takih primerih nepremičnino oceni le na podlagi zunanosti in na podlagi splošno dostopnih podatkov. Stroški cenilca znašajo med 1.500 in 2.000 evri, kar je veliko več kot pri nas, kjer se stroški cenilca običajno gibljejo med 400 in 600 evri.

Poročilo o tržni vrednosti nepremičnine vroči sodišče strankama, ki lahko nanj podata pripombe. Nato sodišče izda sklep o tržni vrednosti, proti kateremu je možna pritožba (*sofortige Beschwerde*). Po pravnomočnosti tega sklepa sodišče odredi narok za prvo javno dražbo, ki ne sme biti opravljen pred potekom 60 dni od izdaje odredbe, o tem obvesti stranke in odredbo objavi na sodni deski, v uradnem listu posamezne dežele ter na svetovnem spletu.

Na prvem naroku za javno dražbo nepremičnina ne sme biti prodana za manj kot polovico vrednosti (§ 85a/1 ZVG). Vendar pa lahko upnik, čigar terjatev presega polovico ocenjene vrednosti nepremičnine, predlaga, da na prvem naroku nepremičnina ne sme biti prodana za manj kot 7/10 ocenjene tržne vrednosti (§ 74a ZVG). Nepremičnine se pogosto prodajo že na prvi javni dražbi.

Na drugi dražbi je mogoče prodati nepremičnino za ceno, ki dosega ali presega najnižjo ponudbo (*geringstes Gebot*, § 44 ZVG). Znesek najnižje ponudbe je

¹⁶ B. Heussen, M. Damm, nav. delo, str. 202.

¹⁷ Prav tam, str. 203.

¹⁸ Gesetz über die Zwangsversteigerung und die Zwangsverwaltung in der im Bundesgesetzblatt Teil III, Gliederungsnummer 310-14, veröffentlichten bereinigten Fassung, das zuletzt durch Artikel 6 des Gesetzes vom 7. Dezember 2011 (BGBl. I S. 2582) geändert worden ist.

odvisen od tega, ali je izvršbo na nepremičnino predlagal upnik, ki je prvorangiran v zemljiški knjigi, ali kak nižjerangirani izvršilni upnik. V prvem primeru mora znesek najnižje ponudbe kriti vsaj stroške izvršbe na nepremičnino in znesek javnih dajatev, ki bremenijo nepremičnino (kritno načelo, *Deckungsgrundstatz*, § 44 ZVG). V drugem primeru, ko izvršbo na nepremičnino predlaga upnik, ki ima v zemljiški knjigi drugi ali nižji rang, mora znesek najnižje ponudbe poleg stroškov nepremičninske izvršbe in javnih dajatev kriti tudi terjatve višjerangiranih upnikov.¹⁹ Na ta način se doseže, da se nepremičnina ne prodaja za ceno, ki ne pokrije niti terjatve upnika, ki je predlagal nepremičninsko izvršbo.

Dražba traja 30 minut (prvi odstavek § 73 ZVG). Vodi jo pravosodni uradnik, ki ob sebi nima zapisnikarja, temveč vse pomembnejše dogodke na naroku zabeleži sam. Med dražbo lahko dražitelji zapuščajo razpravno dvorano in se vanjo znova vračajo. Na dražbo običajno prideta dva pooblaščenca izvršilnega upnika. Eden sedi v razpravni dvorani, drugi pa stoji pred njo, da prepreči dogovarjanje med dražitelji. Na dražbi lahko sodeluje vsakdo, tudi tisti ponudnik, ki varščine ni plačal. Vendar pa lahko izvršilni upnik ob ponudbi dražitelja zahteva, naj z bančnim potrdilom izkaže, da je plačal varščino, ki znaša 10 odstotkov ocenjene vrednosti nepremičnine (§ 67 in 68 ZVG). Po preteku 30 minut pravosodni uradnik ugotovi, kateri dražitelj je ponudil najvišjo ceno, in razglasi: »prodano prvič, drugič in tretjič«. Če med to razglasitvijo nekdo ponudi višjo ceno, pravosodni uradnik to zabeleži in začne znova šteti. Ko prešteje do tri, ugotovi, kdo je oddal najvišjo ponudbo, in dražba se zaključi (drugi odstavek § 73 ZPO).

Na drugi dražbi se nepremičnina sicer prodaja za najnižjo ponudbo (§ 44 ZVG), vendar pa lahko izvršilno sodišče na dolžnikov predlog izvršilno dejanje (sklep o domiku) razveljavi, če bi bila nepremičnina prodana za nesorazmerno nizko ceno in bi takšna ponudba glede na vse okoliščine primera nasprotovala morali (§ 765a ZPO).²⁰ Če na drugi dražbi ni ponudnikov, se izvršba na nepremičnino ustavi (drugi odstavek § 77 ZVG).

Na sami dražbi pravosodni uradnik razglasi sklep o domiku, ki se udeležencem postopka vroči v pisni obliki. Sklepa o izročitvi nepremičnine kupcu nemško izvršilno pravo ne pozna, temveč preide lastninska pravica na nepremičnini na kupca že s samim sklepom o domiku pod razveznim pogojem, da pritožbeno sodišče sklepa o domiku ne bo razveljavilo (prvi odstavek § 90 ZVG).²¹ Vendar pa izvršilno sodišče sklepa o domiku ne pošlje zemljiški knjigi, dokler kupec

¹⁹ B. Heussen, M. Damm, nav. delo, str. 199.

²⁰ Prav tam, str. 208.

²¹ Prav tam, str. 209.

ne izkaže, da je plačal kupnino. Sklep o domiku je tudi izvršilni naslov, na podlagi katerega lahko kupec predlaga prisilno izpraznitev nepremičnine.

Pri prodaji nepremičnine velja izbrisno načelo le delno. Izbrišejo se le tiste zemljiške zastave, ki so v rangu za zastavno pravico upnika, ki je predlagal izvršbo. V takem primeru se pogosto zgodi, da prvorangirani upnik pristopi k izvršbi, ki se vodi na predlog nižjerangiranega upnika, in predlaga, da se proda celotna nepremičnina bremen prosta.²²

Po pravnomočnosti sklepa o domiku sodišče razpiše razdelitveni narok (§ 105 ZVG). Vsi upniki, ki se lahko poplačajo iz izkupička od prodane nepremičnine, morajo do razdelitvenega naroka prijaviti svoje terjatve in jih pri tem natančno specificirati po stanju na dan razdelitvenega naroka.

Pri izvršbi na nepremičnine poznajo v Nemčiji poleg prisilne prodaje na javni dražbi še drugo sredstvo izvršbe na nepremičnine, tj. prisilno upravo nepremičnine (*Zwangsverwaltung*). Gre predvsem za primere, ko je dolžnik najemodajalec (ali zakupodajalec) ene ali več nepremičnin (predvsem stanovanj). V takem primeru pravosodni uradnik na podlagi izvršilnega naslova na predlog upnika postavi (praviloma iz vrst odvetnikov) prisilnega upravitelja (*Zwangsverwalter*), ki za račun upnika izterjuje najemnine (ali zakupnine) vse do dokončnega poplčila terjatve. Na okrajnem sodišču v Oldenburgu, ki je primerljivo z Okrajnim sodiščem v Mariboru, imajo letno od 80 do 130 prisilnih prodaj in približno 40 prisilnih uprav nepremičnin.

8. PRAVNA SREDSTVA V IZVRŠBI

Dolžniku so že v fazi izdaje izvršilne klavzule na voljo pravna sredstva. Če je bila izvršilna klavzula neutemeljeno izdana (npr. neizvršljivost sodbe, neizkazano pravno nasledstvo), lahko dolžnik vloži na pravdno sodišče pravno sredstvo, ki se imenuje opomin (*Erinnerung gegen Erteilung der Vollstreckungsklausel*, § 732 ZPO). Namesto opomina po § 732 ZPO lahko dolžnik proti upniku vloži tožbo proti izstavitvi izvršilne klavzule (*Klauselgegenklage*, § 768 ZPO), kar pride še posebej v poštev v primerih, ko je bila izvršilna klavzula neutemeljeno izdana proti pravnemu nasledniku dolžnika.²³

Po začetku izvršilnega postopka ima dolžnik na voljo več pravnih sredstev. Proti formalnim nepravilnostim pri opravljanju neposrednih izvršilnih dejanj v postopku izvršbe (npr. izvršitelj opravi rubež ponoči, izvršitelj ali delodajalec

²² Prav tam, str. 202.

²³ W. Brehm, v: V. Rijavec, W. Jelinek, W. Brehm (ur.), nav. delo, str. 231; B. Heussen, M. Damm, nav. delo, str. 62.

ne upošteva omejitev izvršbe ipd.) in tudi zaradi neobstoja formalnih predpostavk izvršbe (neobstoj predloga za izvršbo, neobstoj izvršilnega naslova ali izvršilne klavzule, nevročitev izvršilne klavzule dolžniku, nepristojnost sodišča ipd.) lahko dolžnik vloži pravno sredstvo opomin (*Erinnerung*, § 766 ZPO).²⁴ Opomin je npr. mogoče vložiti proti sklepom izvršilnega sodišča, izdanim v enostranskem postopku (*ex parte*), npr. proti sklepu o odreditvi javne dražbe (*Anordnungsbeschluss*) ali sklepu o rubežu terjatve (*Pfändungsbeschluss*, § 829 ZPO).²⁵ O njem odloča izvršilno sodišče.²⁶ Opomin je torej po eni strani primerljiv s slovensko zahtevo za odpravo nepravilnosti (52. člen ZIZ), po drugi strani pa z ugovorom zoper sklep o izvršbi (53. člen ZIZ), kadar dolžnik v njem navaja ugovorne razloge, ki se nanašajo na kršitev predpostavk izvršbe.²⁷

Proti sklepom, ki jih izvršilno sodišče izda v kontradiktornem postopku (npr. sklep o tržni vrednosti nepremičnine ipd.), in proti sklepom, s katerimi je izvršilno sodišče v enostranskem postopku delno ali v celoti zavrnilo predlog upnika (npr. sklep, s katerim sodišče zavrne upnikov predlog za rubež dolžnikove terjatve),²⁸ je v roku 14 dni dovoljena takojšnja pritožba (*sofortige Beschwerde*, § 793 ZPO), o kateri odloča deželno sodišče (*Landgericht*) kot pritožbeno sodišče.²⁹ Nemška ureditev je tukaj popolnoma primerljiva s slovensko, saj lahko tudi v Sloveniji upnik proti zavrnilnemu delu sklepa o izvršbi vloži pritožbo, pritožba pa je dovoljena tudi zoper vse sklepe, izdane v izvršilnem postopku (razen seveda zoper sklep o izvršbi, ki ga lahko dolžnik v skladu s prvim odstavkom 53. člena ZIZ izpodbija le z ugovorom).

Medtem ko v Sloveniji dolžnik opozicijske in impugnacijske ugovorne razloge uveljavlja pred izvršilnim sodiščem z ugovorom zoper sklep o izvršbi (55. člen ZIZ),³⁰ se v Nemčiji takšni ugovori dolžnika uveljavljajo pred pravnim sodiščem, ki je na prvi stopnji izdalo izvršilni naslov, s tožbo na nedopustnost izvršbe (*Vollstreckungsabwehrklage* oziroma *Vollstreckungsgegenklage*, § 767 ZPO). Če je izvršilni naslov sodba, potem (podobno kot v Sloveniji)³¹ obstaja glede navedb v tožbi prekluzija glede navajanja tistih dejstev, ki so nastala po zaključku glavne obravnave v postopku, v katerem je bila izdana izvršljiva dajatvena

²⁴ W. Brehm, v: V. Rijavec, W. Jelinek, W. Brehm (ur.), nav. delo, str. 232; B. Heussen, M. Damm, nav. delo, str. 65–66.

²⁵ B. Heussen, M. Damm, nav. delo, str. 60, 65.

²⁶ Prav tam, str. 66.

²⁷ Podrobneje o ugovornem razlogu kršitev predpostavk izvršbe Vesna Rijavec: Civilno izvršilno pravo. GV. Založba, Ljubljana 2003, str. 196 in naslednje.

²⁸ W. Brehm, v: V. Rijavec, W. Jelinek, W. Brehm (ur.), nav. delo, str. 232.

²⁹ B. Heussen, M. Damm, nav. delo, str. 66.

³⁰ Primerjaj V. Rijavec, nav. delo, str. 196.

³¹ Prav tam, str. 201.

sodna odločba (drugi odstavek § 767 ZPO). Vendar pa ta prekluzija ne pride v poštev, če je izvršilni naslov notarski zapis s klavzulo o neposredni izvršljivosti (četrti odstavek § 794 ZPO).³² Ob vložitvi tožbe za nedopustnost izvršbe (§ 767 ZPO) je mogoče predlagati tudi odlog izvršbe (*einstweilige Anordnungen*, § 769 ZPO), o katerem odloča pravno sodišče.³³ Uveljavljanje opozicijskih in impugnacijskih ugovorov v izvršbi je v Nemčiji torej povsem drugačno kot v Sloveniji, kjer se ti ugovori primarno uveljavljajo z ugovorom zoper sklep o izvršbi (53. člen ZIZ), o katerem odloča izvršilno sodišče, šele podrejeno s tožbo na nedopustnost izvršbe po 59. členu ZIZ.³⁴ V obeh primerih lahko tudi v slovenskem pravu dolžnik vloži predlog za odlog izvršbe (5. in 9. točka prvega odstavka 71. člena ZIZ).

Ob tem pa je vendarle treba poudariti, da dolžniku opozicijskih razlogov za ugovor ni treba vedno uveljavljati pred pravnim sodiščem s tožbo za nedopustnost izvršbe po § 767 ZPO, temveč lahko v določenih primerih vloži neposredno na izvršilno sodišče predlog za ustavitev ali omejitev izvršbe (*Antrag auf Einstellung oder Beschränkung der Zwangsvollstreckung*, § 775 ZPO). V takem primeru mora predložiti javno listino ali s strani upnika izstavljeno zasebno listino, iz katere izhaja, da je bil upnik poplačan oziroma je privolil v odlog plačila (4. točka § 775 ZPO), ali z dokazilom o nakazilu, ki ga izda banka ali hranilnica, izkaže, da je upnika poplačal (5. točka § 775 ZPO).³⁵

Pravno sredstvo tretjega v izvršbi je izločitvena tožba (*Drittwiderspruchsklage*, § 771 ZPO), s katero tretji uveljavlja materialnopravne zahteve proti izvedbi izvršbe na določen predmet (npr. lizinsko podjetje uveljavlja lastninsko pravico na delovnem stroju, ki ga je zarubil sodni izvršitelj). Tožba, s katero tretji uveljavlja nedopustnost izvršbe na določenem predmetu, se vloži pri pravnem sodišču v okraju, kjer je prišlo do nedopustnega izvršilnega dejanja.³⁶ Hkrati z

³² B. Heussen, M. Damm, nav. delo, str. 67, W. Brehm, v: V. Rijavec, W. Jelinek, W. Brehm (ur.), nav. delo, str. 230.

³³ Andrej Ekart, Vesna Rijavec: Čezmejna izvršba v EU. GV Založba, Ljubljana 2010, str. 141.

³⁴ Primerjaj sodbo II Ips 524/2003; Aleš Galič: Die Anerkennung und Vollstreckung von gerichtlichen Entscheidungen in Slowenien nach dem Beitritt zur EU, v: Miklós Kengyel, Walter H. Rechberger (ur.): Europäisches Zivilverfahrensrecht. Neuer Wissenschaftlicher Verlag (Dunaj, Gradec), Berliner Wissenschafts-Verlag (Berlin), 2007, str. 126. Stališče, da se s tožbo za nedopustnost izvršbe uveljavljajo zgolj opozicijski, ne pa tudi impugnacijski razlogi za ugovor, zagovarja V. Rijavec, nav. delo, str. 214.

³⁵ Primerjaj Burkhard Hess: Europäischer Vollstreckungstitel und nationale Vollstreckungsgegenklage, v: IPRax, 6/2004, str. 494; A. Ekart, V. Rijavec, nav. delo, str. 269; Andrej Ekart, Sylvia Zangl: The Admissibility of Defences against the Substantive Claim in Cross-Border Enforcement of Judgments in Europe, v: Lex Localis, 4/2011, str. 312.

³⁶ B. Heussen, M. Damm, nav. delo, str. 68–69; W. Brehm, v: V. Rijavec, W. Jelinek, W. Brehm (ur.), nav. delo, str. 231.

vložitvijo tožbe lahko dolžnik predlaga odlog izvršbe na stvar, ki je predmet izločitvene tožbe (tretji odstavek § 771 ZPO). O predlogu za odlog odloči pravno sodišče. Tudi tukaj se pokaže precejšnja razlika v primerjavi s slovenskim pravom, kjer tretji svojo pravico primarno uveljavlja z ugovorom tretjega v skladu s 64. členom ZIZ, šele podrejeno z izločitveno tožbo pred pravnim sodiščem (tretji odstavek 65. člena ZIZ).³⁷ Na podlagi ugovora tretjega ali izločitvene tožbe lahko tretji tudi v slovenskem pravu predlaga odlog izvršbe (73. člen ZIZ).

9. ZAKLJUČEK

Ugotovimo lahko, da sta si nemški in slovenski izvršilni postopek v marsičem zelo podobna. V obeh pravnih ureditvah velja načelo, da je izvršba formalizirana. Izvršba se vodi na podlagi kvalificiranih listin (izvršilni naslovi, javne listine, s katerimi se dokazuje zapadlost ali pravno nasledstvo, ipd.) in izvršilni organ v obeh ureditvah pred začetkom izvršbe po uradni dolžnosti preveri le formalne predpostavke izvršbe, neobstoj materialnih predpostavk pa uveljavlja dolžnik s pravnimi sredstvi in jih sodišče posebej ne preverja. Drugače kot pri slovenski centralizirani izvršbi,³⁸ ki jo v celoti nadzira izvršilno sodišče in se praviloma vodi v enem spisu, je nemški sistem izvršbe decentraliziran, saj je za premožninsko izvršbo pristojen sodni izvršitelj, za izvršbo na terjatve (npr. plačo ali denarna sredstva na transakcijskem računu) izvršilno sodišče, za izvršbo na nepremičnine pa v prvi fazi zemljiška knjiga, v drugi fazi pa izvršilno sodišče. Nemška decentralizirana izvršba skriva tudi pasti. Izvršilni organi vodijo spise ločeno, pogosto ne vedoč drug za drugega, zato je na dolžniku breme, da s pravočasnim vlaganjem pravnih sredstev prepreči dvojno poplačilo upnika. Prav nasprotno pa slovenska ureditev izvršbe, ki je centralizirana na sodišču pri eni osebi, ki vodi spis, v katerem je odprtih več izvršilnih sredstev (npr. izvršba na plačo, transakcijski račun in premožnine), sodišču omogoča, da koordinira izvršilni postopek in z izdajanjem sklepov o utesnitvi izvršbe zaradi delnih plačil lahko prepreči, da bi bil upnik dvakrat poplačan in zato neupravičeno obogaten.

³⁷ V. Rijavec, nav. delo, str. 210, 215.

³⁸ S tem ne mislim na izvršbo na podlagi verodostojne listine, kjer sklep o izvršbi avtomatsko izda informacijski sistem pri Okrajnem sodišču v Ljubljani, Centralni oddelek za verodostojno listino (COVL), ker se v omenjenem postopku izda pod prvo točko izreka sklep o plačilnem nalogu, pod drugo točko izreka pa sklep o pogojni dovolitvi izvršbe za primer, da proti prvi točki (sklepu o plačilnem nalogu) ne bo vložen ugovor ali bo ugovor zavrnjen ali zavržen oziroma štet za umaknjene zaradi neplačila sodne takse. Za samo opravo izvršbe je namreč običajno krajevno pristojno sodišče po prebivališču oziroma sedežu dolžnika ali po legi nepremičnine. Zato bi bilo primerneje, da bi se sklep COVL imenoval »sklep o plačilnem nalogu in pogojni dovolitvi izvršbe«.

Slovenski liberalni sistem preglednosti nad dolžnikovim premoženjem upniku omogoča, da z izvršilnim naslovom pridobi vse podatke o dolžnikovem premoženju, ki so dosegljivi v uradnih evidencah. O taki velikodušnosti do upnika lahko Nemci zaenkrat le sanjajo, saj je bila tam šele s 1. januarjem 2013 uvedena možnost, da sodni izvršitelj pri upravljalcih zbirk podatkov preveri obstoj določenega dolžnikovega premoženja, in sicer: kje je dolžnik zaposlen, pri kateri banki ali hranilnici ima odprt račun in ali je lastnik kakšnega vozila (§ 802I ZPO). Pred tem pa je bila preglednost dolžnikovega premoženja odvisna predvsem od sodelovanja dolžnika pri podajanju seznama njegovega premoženja.

V Nemčiji so roki za stranke praviloma dosti daljši kot pri nas in zato strankam prijaznejši. Rok za napoved pritožbe zoper sodbe v pravnem postopku znaša npr. 30 dni in še nadaljnjih 30 dni za vložitev popolne pritožbe (ta rok je sodni in zato podaljšljiv), rok za pritožbo zoper sklep 14 dni, rok za vložitev neobrazloženega ugovora zoper sklep o plačilnem nalogu (*Mahnbescheid*) 14 dni, roki za izjavljanje strank v izvršilnem postopku okoli 30 dni (npr. rok za izjavo strank glede cenitvenega poročila). Tudi čas, ki mora preteči od objave odredbe o javni dražbi do samega naroka za javno dražbo, je v Nemčiji daljši. Tam znaša 60 dni, pri nas pa 30 dni. Nemška ureditev rokov je torej strankam prijaznejša. V Sloveniji bi si bilo glede določanja rokov treba naliti čistega vina. Pogosto imajo stranke na voljo zelo kratke zakonske ali sodne roke, da vložijo pravno sredstvo ali kakšno vlogo na sodišče, npr. osemmdnevni roki za vložitev obrazloženega ugovora zoper sklep o izvršbi, osemmdnevni rok za pritožbo zoper sklep v izvršbi, osemmdnevni rok za izjasnitev o cenitvenem poročilu (ta rok je sicer sodni, vendar ga tipski obrazci, ki so v uporabi na sodiščih, večinoma vsebujejo) ipd. Čeprav je očitno slovenski zakonodajalec s kratkimi roki želel pospešiti tek postopka, dolžina rokov na hitrost dela sodišča nima bistvenega vpliva, saj pogosto mine mesec dni časa ali tudi več, preden vzame sodnik ali strokovni sodelavec spis v roke in strankino vlogo dejansko prebere. Po drugi strani pa je za stranko lahko izjemnega pomena, da ima pred vložitvijo vloge (npr. ugovora zoper sklep o izvršbi, odgovora na ugovor ipd.) na voljo dovolj časa, da vlogo kakovostno napiše, k čemur prekratki osemmdnevni roki ne pripomorejo. Zato sodišče pogosto prejme nekakovostne vloge, ki jih stranka napiše v kratkem osemmdnevnem roku, samo pa za opravo procesnega dejanja na podlagi te vloge pogosto potrebuje mesec dni ali več.

V delu strokovne javnosti prevladuje prepričanje, da bi Slovenija s prevzemom nemškega modela izvršbe rešila sodne zaostanke na področju izvršbe, pospešila izvršilni postopek in povečala učinkovitost izvršbe.³⁹ Vendar pa pri primer-

³⁹ Primerjaj npr. Teze novega izvršilnega postopka, ki jih je Ministrstvo za pravosodje objavilo v letu 2006. Dostopno na <www.revijakapital.com/dfs/clanki.php?idclanka=54> (12. 1. 2013).

janju obeh ureditev pogosto prihaja do nesporazumov, saj se ne upošteva tega, kakšna je funkcija posameznih institutov izvršilnega prava. Izvršilna klavzula nemškega prava je npr. funkcionalno zelo podobna ne le potrdilu o izvršljivosti po 42. členu ZIZ, temveč tudi sklepu o izvršbi slovenskega prava. V obeh listinah je namreč natančno določeno, kdo je upnik in dolžnik izvršilnega postopka in kakšna je vrednost upnikove terjatve. Če gre za pravno nasledstvo ali nastop odložnega pogoja, se ta dejstva v obeh pravnih sistemih dokazujejo s kvalificirano listino (javno ali po zakonu overjeno zasebno listino) in obe dejstvi morata biti zajeti v izvršilni klavzuli oziroma sklepu o izvršbi. Obe listini je treba pred začetkom ali ob začetku izvršilnega postopka vročiti dolžniku. Morebitno pravno sredstvo dolžnika proti tej listini ne zadrži teka izvršilnega postopka. Razlika med obema institutoma je v tem, da izvršilno klavzulo v Nemčiji izda pravno sodišče, medtem ko sklep o izvršbi v Sloveniji izda izvršilno sodišče. Zato mnogi zmotno menijo, da od izdaje izvršilnega naslova pa do začetka izvršbe v Nemčiji mine manj časa kot v Sloveniji.

Po svoje s prevzemom nemškega modela izvršilnega postopka v Sloveniji ne bi prav dosti pridobili. Če primerjamo oba postopka, lahko vidimo, da v obeh obstaja približno enako število procesnih opravil, ki jih je od izdaje dajatvene sodne odločbe treba opraviti za poplačilo upnika. Naj to ponazorim na postopku izvršbe na plačo:

Pristojnost	Nemčija	Slovenija
pravdno sodišče	izdaja izvršilnega naslova	izdaja izvršilnega naslova
pravdno sodišče	izdaja izvršilne klavzule	izdaja potrdila o izvršljivosti
pravdno sodišče oziroma izvršitelj	vročitev izvršilne klavzule dolžniku	/
izvršilno sodišče	/	izdaja sklepa o izvršbi
izvršilno sodišče	/	vročitev sklepa o izvršbi: – strankama – tretjedolžniku
izvršilno sodišče	izdaja sklepa o rubežu terjatve	/ ⁴⁰
izvršilno sodišče	izdaja sklepa o prenosu terjatve (v izterjavo ali namesto plačila)	vročitev obvestila o pravnomočnosti sklepa o izvršbi tretjedolžniku ⁴¹
tretjedolžnik	poplačilo upnika	poplačilo upnika

⁴⁰ Sklep o rubežu terjatve je že vsebovan v sklepu o izvršbi.

⁴¹ Sklep o prenosu terjatve na upnika je že vsebovan v sklepu o izvršbi.

Ugotovimo torej lahko, da obstaja v obeh ureditvah približno isto število korakov od izdaje izvršilnega naslova pa do poplčila upnika. Prevzem popolnoma drugačnega tipa postopka bi delo slovenskih izvršilnih sodišč nedvomno ohromil, saj bi sodišča potrebovala ogromno časa, da nov postopek dobro spoznajo, še več časa pa bi porabila za vzpostavitev nove ustaljene sodne prakse.

Statistično gledano teče v Nemčiji manjše število izvršb na nepremičnine kot v Sloveniji. Na Okrajnem sodišču v Oldenburgu, ki je po velikosti primerljivo z Okrajnim sodiščem v Mariboru, so v letu 2011 našli okoli 130 postopkov izvršb na nepremičnine, medtem ko jih je bilo v istem letu na mariborskem sodišču več kot dva tisoč. Razlogov za to je več:

- v Nemčiji upnik brez dolžnikovega sodelovanja (npr. preko seznama dolžnikovega premoženja) težko pridobi podatke o dolžnikovem premoženju (vključno z lastništvom nepremičnin);
- mejna vrednost 750 evrov, ki jo mora dosegati terjatev iz izvršilnega naslova, da se v zemljiški knjigi lahko vpiše prisilna hipoteka (prvi odstavek § 866 ZPO);⁴²
- večje število lastniških stanovanj v Sloveniji (Jazbinškov zakon), katerih lastniki ne zmorejo plačevati obratovalnih stroškov. V Nemčiji, kjer je število najemniških stanovanj dosti višje kot v Sloveniji, takšne primere rešujejo preko izvršbe na izpraznitev najemniških stanovanj;
- razdrobljeno lastništvo kmetijskih zemljišč v Sloveniji. V Nemčiji večinoma obstajajo velika kmetijska posestva (nekatera med njimi so tudi v lastništvu plemstva), zato posamezniki manjših kmetijskih zemljišč večinoma ne posedujejo.

Osebnost sem velik zagovornik obstoječega modela slovenskega izvršilnega postopka, ki je oblikovan po zgledu avstrijskega Izvršilnega reda iz leta 1896 (Exekutionsordnung⁴³ – EO). Avstrijski sistem odlično deluje, zato ne vidim nobene potrebe, da bi ta sistem menjavali, temveč je treba obstoječi sistem izboljšati v posameznih točkah. Ena od teh so gotovo sodne takse v izvršbi, kjer lahko dolžnik z neprestanim vlaganjem (povsem neutemeljenih) pravnih sredstev v precejšnji meri zavleče postopek.⁴⁴ Glede sodnih taks v izvršbi bi

⁴² Tudi v Sloveniji so že obstajali predlogi, da bi izvršbo na nepremičnine praviloma dovolili le pri vrednostnih terjatev nad 2.000 evri, ki pa niso bili uzakonjeni. Primerjaj Teze novega izvršilnega postopka (2006).

⁴³ Gesetz vom 27. 5. 1896, RGBl. 1896/79, über das Exekutions- und Sicherungsverfahren, nazadnje noveliran BGBl. I Nr. 37/2008.

⁴⁴ Poleg tega je reševanje ugovorov zoper plačilni nalog ali pritožb v zvezi s sodnimi taksami pogosto bolj zapleteno in zamudno kot odločanje o ugovoru zoper sklep o izvršbi.

veljalo razmisliti o uvedbi pavšalne sodne takse na začetku postopka, ki bi jo plačal upnik in bi krila odločanje sodišča v vseh fazah postopka. V strokovni javnosti bi bilo treba pogosteje upoštevati primerjalnopravne analize, na podlagi katerih so se pripravljale spremembe za povečanje učinkovitosti izvršilnega postopka, kot je bilo npr. sprejetje dokumenta »Teze novega izvršilnega postopka«, ki ga je Ministrstvo za pravosodje izdalo v letu 2006, ali delovna gradiva za spremembo ZIZ, katerih rezultat je bilo sprejetje novele ZIZ-H, ki je učinkovitost izvršbe nedvomno povečala (včasih morda celo nesorazmerno v odnosu do načela varstva dolžnika, npr. pri izvršbi na podlagi priložene menice po 41.a členu ZIZ). Vsekakor je primere dobrih tujih praks smiselno prevzeti tudi v slovensko pravo, da se poveča učinkovitost izvršbe. Pri tem pa ni treba posegati v osnovno ogroditve dobro utečenega slovenskega izvršilnega postopka, ki ob ustrezni kadrovske zasedbi na sodiščih dobro deluje.

De lege ferenda bi bilo v Sloveniji smiselno uvesti seznam dolžnikov po nemškem zgledu. Nemške izkušnje kažejo, da seznam dolžnikov poveča učinkovitost izvršbe in vpliva na izboljšanje finančne discipline. Obenem se s seznamom dolžnikov preventivno preprečuje nastajanje novih neizterljivih dolgov, ker bi bilo dolžnikom s seznama, pod pogojem, da bi poslovni subjekti seznam tudi uporabljali, prezadolževanje (npr. kupovanje na kredit) praktično onemogočeno. V ta namen bi morali imeti vsi, ki bi izkazali določen pravni interes, pravico do vpogleda v seznam.⁴⁵

Prav tako bi bilo v Sloveniji v prihodnje smiselno preurediti sistem pravnih sredstev v izvršbi po avstrijskem in delno nemškem modelu. Po eni strani bi bilo treba razmisliti, proti katerim sklepom v izvršbi (samostojna) pritožba ne bi bila dovoljena. Sklep o domiku je že eden od takšnih, saj je po svoji naravi procesni sklep. Sodišče z njim odloči le, komu se nepremičnina domakne po javni dražbi. S sklepom o domiku lastninska pravica ne preide na kupca, temveč se to zgodi s pravnomočnostjo sklepa o izročitvi nepremičnine kupcu, ki ga sodišče izda po pravnomočnosti sklepa o domiku in plačilu kupnine s strani upnika (prvi odstavek 192. člena ZIZ). Če zoper sklep o domiku ne bi bilo pritožbe, bi lahko pomanjkljivosti sklepa o domiku stranka ali drug udeleženec dražbe uveljavljala tudi v pritožbi zoper sklep o izročitvi. Po drugi strani bi bilo treba reformirati odločanje o ugovoru zoper sklep o izvršbi, saj ugovorni postopek *de facto* povzroča precejšnje zastoje v izvršbi, predvsem pri izvršbi na nepremičnine. Po svoji naravi je odločanje o ugovoru v izvršbi podobno pravdnemu postopku, saj zahteva izvedbo dokazov,⁴⁶ kar postopek izvršbe zavleče. Čeprav prvi odstavek 46. člena ZIZ določa, da se izvršba lahko

⁴⁵ Glej Teze novega izvršilnega postopka (2006).

⁴⁶ Primerjaj tudi V. Rijavec, nav. delo, str. 206.

začne opravljati še pred pravnomočnostjo sklepa o izvršbi, in četudi 181. člen ZIZ omogoča, da lahko izvršilno sodišče v postopku nepremičninske izvršbe še pred pravnomočnostjo sklepa o izvršbi ugotovi tržno vrednost nepremičnine na podlagi opravljene cenitve s strani sodnih cenilcev, izvršilna sodišča s postavitvijo cenilca običajno počakajo do pravnomočnosti sklepa o izvršbi, s katerim je bila dovoljena izvršba na nepremičnino. Po avstrijskem zgledu in po zgledu medvojnega zakona Kraljevine Jugoslavije (Zakon o izvršilnem postopku – Izvršilni postopnik)⁴⁷ bi bilo treba dolžnikova pravna sredstva zoper sklep o izvršbi, ki temeljijo na opozicijskih in impugnacijskih razlogih za ugovor, diferencirati. Zoper sklep o izvršbi bi lahko dolžnik na izvršilno sodišče vložil ugovor, s katerim bi uveljavljal opozicijske ali impugnacijske razloge za ugovor zoper sklep o izvršbi. Sodišče bi o ugovoru odločilo, če dejansko stanje med strankama ne bi bilo sporno, tj. če bi se upnik z navedbami v ugovoru strinjal ali če bi jih dolžnik lahko dokazal z javnimi ali po zakonu overjenimi zasebnimi listinami. Če bi med strankama obstajal spor o dejstvih, bi bilo treba dolžnikov ugovor zavrniti, dolžnika pa napotiti, da pred pravnim sodiščem vloži tožbo za nedopustnost izvršbe po 59. členu ZIZ (tj. opozicijsko ali impugnacijsko tožbo), ki sama po sebi ne bi zadržala izvršbe (bi pa bilo mogoče predlagati odlog po 71. členu ZIZ). Funkcionalno enako ureditev pravnih sredstev poznajo v Avstriji (primerjaj § 40, 35 in 36 EO)⁴⁸ in v Nemčiji (primerjaj § 767 in 775 ZPO). Na ta način bi bila glede uveljavljanja opozicijskih in impugnacijskih razlogov za ugovor v izvršbi odpravljena dvojnost odločanja o istem dejanskem stanju, čemur smo priča v sedanji ureditvi ugovora po 53. členu ZIZ in tožbe za nedopustnost izvršbe po 59. členu ZIZ.⁴⁹ Dalje, če bi se v pravi odločalo o opozicijskih in impugnacijskih razlogih za ugovor zoper sklep o izvršbi, kadar bi ti razlogi temeljili na dejstvih, ki so med strankama sporna, bi bila vzpostavljena jasnost glede določenih procesnih vprašanj, ki so v sedanji ureditvi ugovornega postopka po 53. členu ZIZ nejasna, npr. materialno procesno vodstvo v ugovornem postopku,⁵⁰ prekluzije glede navajanja novot ipd. Izvršilno sodišče v takem primeru ne bi bilo obremenjeno z nepotrebnim ugotavljanjem dejanskega stanja, ki zdaj postopek odločanja o ugovoru zoper sklep o izvršbi pogosto precej zavleče. Poleg tega je ugovor zoper sklep o izvršbi dosti lažje vložiti na izvršilno sodišče kot tožbo

⁴⁷ Službene novine Kraljevine Jugoslavije z dne 23. julija 1930, št. 165/XII/364, in z dne 14. junija 1937, št. 131/XXXIX.

⁴⁸ Glede avstrijske ureditve glej podrobneje Werner Jakusch, v: Peter Angst, Werner Jakusch, Herbert Pimmer (ur.): *Exekutionsordnung*. Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, Dunaj 2002, str. 85.

⁴⁹ Primerjaj V. Rijavec, nav. delo, str. 206.

⁵⁰ Glede tega vprašanja glej VSM, sklep I Ip 517/2012 z dne 7. junija 2012.

za nedopustnost izvršbe na pravdno sodišče, zato bi po mojem mnenju na ta način tudi omejili pripad pravnih sredstev v izvršbi in s tem razbremenili sodišča.

Končam lahko z mislijo, da tudi najbolj dodelan sistem izvršbe ne more spremeniti dejstva, ki velja tako v Nemčiji kot tudi v Sloveniji: tam, kjer ničesar ni, še vojska ne more vzeti.

AVTORSKI SINOPSIS*Authors' Synopses**Izvirni znanstveni članek*

UDK: 347.133.7, 347.45/.46:347.66

ŽNIDARŠIČ SKUBIC, Viktorija: Izročilna pogodba – pogodba obligacijskega prava z dednopravnimi elementi**Pravnik, Ljubljana 2013, let. 68 (130), št. 3-4**

V prispevku avtorica obravnava pogodbo o izročitvi in razdelitvi premoženja za življenja (izročilno pogodbo) kot eno tistih pogodb, ki imajo pomembne dednopravne elemente oziroma posledice. Opozarja na dileme, ki se pojavljajo v notarski in sodni praksi pri sklepanju oziroma interpretaciji tovrstnih pogodb, in poskuša ponuditi odgovore, ki jih pojmuje za teoretično pravilne, hkrati pa so lahko tudi neposredno uporabljivi v praksi. Avtorica meni, da je za pravilno razumevanje problematike treba dobro poznati tako obligacijsko kot dedno pravo, predvsem pa njuno medsebojno prepletenost in soodvisnost. Ta v določenih primerih narekuje spoštovanje avtonomije volje pogodbenih strank, predvsem z vidika dispozitivne narave obligacijskopравnih določb, v spet drugih pa je treba spoštovati kogentne določbe (zlasti dednopravne). Avtorica predstavi tudi razmerje med izročilno pogodbo in darilno pogodbo, pogodbo o prežutku, pogodbo o odpovedi neuvedenemu dedovanju ter ureditev izročilne pogodbe v Nemčiji in Franciji.

Original Scientific Article

UDC: 347.133.7, 347.45/.46:347.66

ŽNIDARŠIČ SKUBIC, Viktorija: The Contract on Transfer and Distribution of Property – Law of Obligation Phenomenon with the Inheritance Law Elements

Pravnik, Ljubljana 2013, Vol. 68 (130), Nos. 3-4

In article the author deals with the contract on transfer and distribution of property *inter vivos* as one of those contracts that have important inheritance law elements and consequences. She emphasises the dilemmas that are appearing in notarial and court legal practice at concluding and interpretation of such contracts and she tries to offer certain answers that she believes are correct from the theoretical point of view and at the same time applicable in practice. She believes that good knowledge of Law of Obligation as well as of Law of Inheritance is needed for accurate understanding of the problems in the area. Specially we should understand their mutual slyness and correlation. The mentioned sometimes dictates the respect of autonomy of will of contract parties and on other occasion we need to respect the *ius cogens* (especially the one of Law of Inheritance). The author presents also the relationship between the contract on transfer and distribution of property on the one side and gift contract, contract of recess and contract on rejection of not yet introduced inheritance on the other side. She also points out the legal regulation of contract on transfer and distribution of property in Germany and in France.

Izvirni znanstveni članek

UDK: 346.546.5:346.548:061.1EU

WEINGERL, Petra: Varstvo konkurentov pred nepoštenimi poslovnimi praksami na podlagi pravil varstva potrošnikov**Pravnik, Ljubljana 2013, let. 68 (130), št. 3-4**

Nepoštene poslovne prakse v razmerjih med podjetji in potrošniki (angl. *business to consumer* oziroma B2C) na ravni Unije ureja Direktiva 2005/29 o nepoštenih poslovnih praksah, ki pa (neposredno) ne pokriva poslovnih praks med konkurenti na trgu (angl. *business to business* oziroma B2B). Ker nepoštene poslovne prakse pogosto škodijo tako interesom potrošnikov kot konkurentov, se na prvi pogled zdi neprimerno, da je neposredno varovana le ena kategorija teh. Čeprav se zdi, da Direktiva 2005/29 s široko formulacijo nepoštenih poslovnih praks in posrednim varovanjem interesov konkurentov sicer omogoča zadovoljivo varstvo teh pod krinko varovanja interesov potrošnikov, podrobna analiza njenega besedila vseeno kaže na to, da vseh poslovnih praks, ki škodijo poštenim konkurentom, vendarle ni mogoče uvrstiti v podano definicijo in konkurentom zagotoviti celovitega varstva. Avtorica v prispevku najprej predstavi dualistično ureditev varstva pred nepošteno poslovno prakso in vsebino Zelene knjige o nepoštenih trgovinskih praksah v oskrbni verigi z živili in neživili med podjetji v Evropi. V drugem delu prispevka preučuje, kako široko interpretacijo varovanih interesov določbe Direktive 2005/29 dejansko omogočajo in v kolikšni meri je logiko varstva potrošnikov primerno prenesti v razmerja med podjetji, pri čemer se osredotoči na varstvo šibkejše stranke in interpretacijo standarda poštenosti.

Original Scientific Article

UDC: 346.546.5:346.548:061.1EU

WEINGERL, Petra: Protection of Competitors against Unfair Commercial Practices on the Basis of the Rules Protecting Consumers*Pravnik, Ljubljana 2013, Vol. 68 (130), Nos. 3-4*

Unfair commercial practices in the relations between businesses and consumers (business to consumer or B2C) are regulated at the Union level with the Directive 2005/29 on unfair commercial practices, which does not (directly) protect competitors against practices in business to business or B2B relations. As unfair commercial practices often harm both interests, interests of consumers and competitors alike, it deems inappropriate at the first sight to directly protect only one of these categories. It deems that the Directive 2005/29 ensures satisfying protection of competitors under cover of protection of consumers' interests, due to its broad formulation of unfair commercial practices and indirect protection of competitors. Nevertheless, detailed analysis of the wording of the Directive 2005/29 shows that all commercial practices harming competitors cannot be squeezed under the umbrella of this broad definition to achieve the holistic protection of competitors. The author first introduces the dualistic framework of the protection against unfair commercial practices and the content of the Green Paper on unfair trading practices in the business-to-business food and non-food supply chain in Europe. In the second part, the author goes into the analysis of how broad the interpretation of protected interest on the basis of the Directive's provisions could really be and to what extent is appropriate to transpose the rationale of consumer protection to the business to business relations, focusing especially on the protection of the weaker party and the interpretation of the fairness test.

Izvirni znanstveni članek

UDK: 35.077.3:342.565.2(497.4)

KOVAČ, Polonca: Pravica biti slišan v upravnih postopkih po slovenski ustavnosodni praksi**Pravnik, Ljubljana 2013, let. 68 (130), št. 3-4**

Prispevek obravnava pravico biti slišan kot ključno načelo pravic obrambe v demokratični državi, kot se izraža v teoriji, primerjalno v EU ter slovenski ustavnosodni praksi v upravnih zadevah. Razumevanje pravice biti slišan, ki temelji na človekovem dostojanstvu in enakem varstvu pravic, je v upravnih postopkih specifično zaradi nadrejenega javnega interesa in materialne resnice. Po drugi strani je pomen udeležbe strank toliko večji, kot je prikazano v prispevku z analizo okoli 40 odločb Ustavnega sodišča Republike Slovenije v zadnjih dvajsetih letih. Iz teorije in sodne prakse je mogoče razbrati več elementov pravice biti slišan, kot so vpogled v spis, obveščanje in vročanje, zastopanje, obrazložitev odločitve in pravno varstvo. Slovensko Ustavno sodišče pri razlagi teh načel in pravil deluje zmerno aktivno, kar omogoča nadaljnji vrednostno usmerjen razvoj pravice biti slišan v upravnih razmerjih.

Original Scientific Article

UDC: 35.077.3:342.565.2(497.4)

KOVAČ, Polonca: Right to Be Heard in Administrative Proceedings by Slovene Constitutional Judicial Praxis**Pravnik, Ljubljana 2013, Vol. 68 (130), Nos. 3-4**

The article discusses the right to be heard as a fundamental principle within rights of defense in democratic state, as seen in the theory, comparatively in the EU and Slovene constitutional judicial praxis in administrative matters. The notion of the right to be heard, arising from human dignity and equal protection of rights, is differing from criminal or civil proceedings due to primary protection of public interest and material truth. On the other hand, the meaning of parties to be involved in procedures is even higher, as illustrated by the analysis of approximately 40 decisions of the Slovene Constitutional Court in the last two decades. There are several origins and elements of the right to be heard, as access to the file, notification, assistance, reasoning, legal protection. The Court when interpreting thereof is moderately active, which enables further value based development of right to be heard in administrative matters.

Izvirni znanstveni članek

UDK: 341.241

SVETLIČIČ, Andrej: Obveznost države, da med podpisom in uveljavitvijo mednarodne pogodbe ne izniči njenega predmeta in namena**Pravnik, Ljubljana 2013, let. 68 (130), št. 3-4**

Namen prispevka je na podlagi besedila 18. člena DKPMP, pripravljalnega dela DKPMP, doktrine in dosedanje sodne prakse pojasniti vsebino obveznosti države med podpisom in uveljavitvijo mednarodne pogodbe (vmesna obveznost). Iz prispevka izhaja, da gre za pravno obveznost, ki je del običajnega mednarodnega prava in je bila kodificirana v DKPMP. Država to obveznost krši, če s svojim ravnanjem izniči predmet in namen pogodbe – ki se razume kot celota – kar pomeni, da s svojimi dejanji v času med podpisom in uveljavitvijo pogodbe izniči temeljni element pogodbe, potreben za njeno celovitost, tako da poseže v *raison d'être* pogodbe. Na prvi pogled mora po 18. členu DKPMP ravnanje države v smislu izničenja predmeta in namena pogodbe objektivno posegati v bistvo pogodbe, torej neodvisno od volje države v zvezi s tem. Vendar to ne ustreza razumevanju tega člena na podlagi pripravljalnega dela DKPMP in doktrine, v skladu s katerima je treba pri ravnanju države izkazati določeno raven subjektivnega odnosa do teh dejanj, ni pa soglasja glede tega, kakšen je najprimernejši test za njegovo presojo. Člen 18 DKPMP poleg nekaterih temeljnih vprašanj, kot je ustrezen test za presojo ravnanja države v primeru izničenja predmeta in namena pogodbe, pušča odprta tudi nekatera druga, navidezno manj pomembna, vendar z vidika njegovega učinka bistvena vprašanja, ki v doktrini skoraj ali sploh niso obravnavana in na katera je avtor poskušal odgovoriti ali dati smernice za odgovor. Tako je – med drugim tudi na podlagi primerjave tega člena in podobne ureditve v 25. členu DKPMP o začasni uporabi – pojasnil, da izraz namere države iz točke (a) navedenega člena, da ne bo postala pogodbenica mednarodne pogodbe, učinkuje za naprej in da ga je v določenih okoliščinah mogoče preklicati.

Original Scientific Article

UDC: 341.241

SVETLIČIČ, Andrej: Obligation of a State not to Defeat the Object and Purpose of a Treaty between Its Signature and Entry into Force*Pravnik*, Ljubljana 2013, Vol. 68 (130), Nos. 3-4

The contribution's objective is to analyse the interim obligation of a State not to defeat the object and purpose of a treaty between its signature and entry into force on the basis of the text of Article 18 of the Vienna Convention on the Law of Treaties (VCLT), doctrine and judicial decisions. The contribution concludes that it is a legal obligation of customary international law, codified in the mentioned Article of the VCLT. A State violates it if it defeats the object of purpose of a treaty – understood as a single term – by defeating with its acts an essential element of the treaty that is necessary to its general tenour, in such a way that it impairs the *raison d'être* of the treaty. A violation of Article 18 must *prima facie* be objective, irrespective of the State's subjective relation to the violation. However, this does not reflect the understanding of that Article on the basis of *travaux préparatoires* of the VCLT and the doctrine, according to which a certain subjective element needs to be demonstrated when assessing the State's conduct, although there is currently no consensus as to what test might be the most appropriate for that assessment. Article 18 of the VCLT leaves open also some other seemingly less important issues that are nevertheless essential for its effectiveness. These issues have not been discussed by the doctrine or have been only marginally, and so the author attempted to resolve them or at least provide some guidance in that respect. The author thus – *inter alia* by comparison with the similar provision of Article 25 of the VCLT on provisional application – explains that the declaration of the intent of a State provided in point (a) of the said Article not to become party to the treaty is effective *ex nunc*, and that it can be withdrawn in certain circumstances.

Pregledni znanstveni članek

UDK: 347.952(430:497.4)

EKART, Andrej: Izvršba v Nemčiji**Pravnik, Ljubljana 2013, let. 68 (130) št. 3-4**

Avtor v članku predstavi potek postopka izvršbe v Nemčiji, ki je decentraliziran. Medtem ko je za izvršbo na premočnine pristojen sodni izvršitelj, so druga sredstva izvršbe v pristojnosti pravosodnega uradnika (*Rechtspfleger*), ki vodi tudi nepremičninsko izvršbo. Dolžnik lahko ugovore proti zahtevku iz izvršilnega naslova praviloma uveljavlja s tožbo za nedopustnost izvršbe (*Vollstreckungsabwehrklage*), če so razlogi za ugovor nastali po izdaji izvršljive sodne odločbe. Tožba se vloži pri sodišču, ki je izdalo izvršljivo sodno odločbo. V Sloveniji lahko dolžnik ugovore v izvršbi primarno uveljavlja s pravnim sredstvom ugovora zoper sklep o izvršbi. O ugovoru odloča izvršilno sodišče. Če izvršilno sodišče ugovor zavrne, lahko dolžnik vloži tožbo za nedopustnost izvršbe pri sodišču po kraju opravljanja izvršbe.

Review Article

UDC: 347.952(430:497.4)

EKART, Andrej: Civil Enforcement in Germany**Pravnik, Ljubljana 2013, Vol. 68 (130), Nos. 3-4**

Author presents the course of the civil enforcement procedure in Germany, which is decentralized. The enforcement in movables is in jurisdiction of the court bailiff, while for other types of enforcement, including the execution in immovable property, law officer (*Rechtspfleger*) at the court is competent. The debtor can assert objections against the substantive claim (e.g. that the claim has been discharged) arising out of events subsequent to the rendering of the judgment with an action to defend against execution (*Vollstreckungsabwehrklage*), which must be lodged with the court that issued an enforceable judgment. In Slovenia, debtor's objection that he has paid the debt can be primarily implemented with a mere objection against warrant of execution. This objection must be filed with the court, where the enforcement procedure is pending. If the enforcement court dismisses the debtor's objection, he can lodge an action to defend against execution with the litigious court, where the enforcement is taking place.

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 *Hitri 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: Pravnik, 125 (2008) 5-8, str. 202–233; številke pomenijo: letnik 125 (leto izdaje 2008), številka revije 5–8.

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

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

8.

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

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

Če uradne krajšave ni, jo izbere pisec.

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

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

Primer: Ur. l. RS, št. 50/07.

9.

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

Primer navajanja odločbe Ustavnega sodišča RS:

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

10.

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

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

Morebitne spremembe mora avtor sporočiti uredništvu.

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

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

Prispevke za objavo v reviji pošljite na naslov:

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



številk 3-4/2013

Pravnik letnik 68 (130)

Pravnik