

An aerial photograph of a dense forest of evergreen trees heavily laden with snow. A winding road curves through the trees, and a small building with a gabled roof is visible on the right side. The overall scene is a serene winter landscape.

MMXXI

Studia Iuridica Miscellanea

uredila Martina Repas



Univerzitetna založba
Univerze v Mariboru



Univerza v Mariboru

Pravna fakulteta

Studia Iuridica Miscellanea

MMXXI

Urednica
Martina Repas

Januar 2024

Naslov
Title **Studia Iuridica Miscellanea MMXXI**

Urednica
Editor Martina Repas
(Univerza v Mariboru, Pravna fakulteta)

Recenzija
Review Borut Bratina
(Univerza v Mariboru, Ekonomsko-poslovna fakulteta)

Marius Mensah
(Univerza v Mariboru, Pravna fakulteta)

Hrvoje Vojković
(Zagrebačke škole ekonomije i managementa)

Silvo Devetak
(Univerza v Mariboru, Pravna fakulteta)

Maja Ovčak Kos
(Nova univerza, Evropska pravna fakulteta)

Vid Jakulin
(Univerza v Ljubljani, Pravna fakulteta)

Eduard Kunštek
(Sveučilišta u Rijeci, Pravni fakultet)

Aleš Kobal
(Univerza v Mariboru, Pravna fakulteta)

Zlatan Dežman
(Univerza v Mariboru, Pravna fakulteta)

Tehnična urednika
Technical editors Marina Bajić
(Univerza v Mariboru, Univerzitetna založba)

Jan Perša
(Univerza v Mariboru, Univerzitetna založba)

Oblikovanje ovitka
Cover designer Jan Perša
(Univerza v Mariboru, Univerzitetna založba)

Grafične priloge
Graphic material Viri so lastni, razen če ni navedeno drugače.
Avtorji prispevkov in Repas (urednica), 2024

Grafika na ovitku
Cover graphics Zasnežena pokrajina, foto: Rene Šešerko, 2022

Založnik
Published by **Univerza v Mariboru, Univerzitetna založba**
Slomškovo trgo 15, 2000 Maribor, Slovenija
<https://press.um.si>, zalozba@um.si

Izdajatelj
Issued by **Univerza v Mariboru, Pravna fakulteta**
Mladinska ulica 9, 2000 Maribor, Slovenija
<https://pf.um.si>, pf@um.si

Izdaja <i>Edition</i>	Prva izdaja
Vrsta publikacije <i>Publication type</i>	E-knjiga
Dostopno na <i>Available at</i>	http://press.um.si/index.php/ump/catalog/book/833
Izdano <i>Published at</i>	Maribor, januar 2024



© Univerza v Mariboru, Univerzitetna založba
/ University of Maribor, University Press

Besedilo / *Text* © avtorji in Repas, 2024

To delo je objavljeno pod licenco Creative Commons Priznanje avtorstva-Nekomercialno-Brez predelav 4.0 Mednarodna. / *This work is licensed under the Creative Commons Attribution-NonCommercial-NoDerivs 4.0 International License.*

Uporabnikom je dovoljeno reproduciranje brez predelave avtorskega dela, distribuiranje, dajanje v najem in priobčitev javnosti samega izvirnega avtorskega dela, in sicer pod pogojem, da navedejo avtorja in da ne gre za komercialno uporabo.

Vsa gradiva tretjih oseb v tej knjigi so objavljena pod licenco Creative Commons, razen če to ni navedeno drugače. Če želite ponovno uporabiti gradivo tretjih oseb, ki ni zajeto v licenci Creative Commons, boste morali pridobiti dovoljenje neposredno od imetnika avtorskih pravic.

<https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/>

CIP - Kataložni zapis o publikaciji
Univerzitetna knjižnica Maribor

34(082) (0.034.2)

STUDIA Iuridica Miscellanea [Elektronski vir] : MMXXI / urednica Martina Repas. - 1. izd. - E-knjiga. - Maribor : Univerza v Mariboru, Univerzitetna založba, 2024

Način dostopa (URL) : <https://press.um.si/index.php/ump/catalog/book/833>

ISBN 978-961-286-817-8 (pdf)

doi: 10.18690/um.pf.1.2024

COBISS.SI-ID 179685123

ISBN 978-961-286-817-8 (pdf)

DOI <https://doi.org/10.18690/um.pf.1.2024>

Cena Brezplačni izvod
Price

Odgovorna oseba založnika prof. dr. Zdravko Kačič,
For publisher rektor Univerze v Mariboru

Kazalo

1	Posledice neuporabe registrirane znamke: razširjene sankcije in omejitve za imetnike znamk <i>Non-use of Trademark: Extended Consequences and Limitations for Trademark Owners</i> Martina Repas	1
2	Konkurenca (prisilnega) prenosa terjatve v izvršilnem postopku z zgodnejšim pogodbenim odstopom istih terjatev v zavarovanje <i>Conflict of (Forced) Transfer of Receivables in Enforcement Proceedings with Earlier Contractual Assignment of the Same Receivables as Collateral</i> Renato Vrenčur	33
3	Protipravno pridobljeni dokazi v luči ustavnih procesnih jamstev <i>Illegally Obtained Evidence in View of Procedural Constitutional Guarantees</i> Katja Drnovšek	71
4	Umestitev elektronskih dokazov med dokazna sredstva pravnega postopka <i>Classification of Electronic Evidence Between Means of Proof of Contentious Civil Procedure</i> Kristjan Zahrastnik	97
5	Odpravnina trgovskega zastopnika <i>Indemnity for a Commercial Agent</i> Sebastijan Kerčmar	123
6	Notarska hramba in predpostavke dopustnosti <i>Notar's Escrow and Conditions of Admissibility</i> Bojan Podgoršek	159
7	Videokonferenca kot instrument ustne obravnave v sodnem postopku ter njen poseg v načelo neposrednosti <i>Videoconference as an Instrument of Oral Hearing in Court Proceedings and Its Interference With the Principle of Immediacy</i> Matej Šmigoc	207

8	Ugotovitvena tožba v sporih o prenehanju delovnega razmerja s primerjalnopравnim poudarkom na nemški ureditvi <i>Declaratory Action in Disputes Regarding Employment Termination With a Comparative Emphasis on German Regulation</i> Nataša Ciraj	247
9	Kibernetska varnost in prekrški s področja kibernetske varnosti <i>Cyber Security and Minor Offenses in Cyber Security</i> Andreja Primec, Bojan Tičar	273
10	Manipulacija trga finančnih instrumentov z uporabo spletnih platform <i>Manipulation of Financial Instruments Market Using Online Platforms</i> Melanija Lango, Miha Šepec	309
11	Kazenskopravni odvzem premoženjske koristi v kontekstu prava EU <i>Confiscation of the Proceeds of Crime in the Scope of EU Law</i> Vanja Verdel Kokol	339
12	Prestopništvo žrtev družinskega nasilja <i>Delinquency of Victims of Domestic Violence</i> Nataša Gregorič	375
13	Pravica do placentе – odprta pravna vprašanja <i>The Right to Placenta – Open Legal Questions</i> Suzana Kraljič	405
14	Odškodninska odgovornost zdravnika in terapevtska svoboda <i>Malpractice Liability of Physician and Therapeutic Freedom</i> Nataša Samec Berghaus	431
15	Pravni koncepti v luči nevroznanosti: nevrološka podlaga nerazsodnosti in duševnega zdravja <i>Legal Concepts in the Light of Neuroscience: Neurological Basis of Impaired Judgement and Mental Health</i> Denis Magyar	455
16	Vpliv etike na področje uporabe gensko spremenjenih organizmov <i>The Impact of Ethics on the Use of Genetically Modified Organisms</i> Katja Meško Kuralt	495
17	Položaj delavcev migrantov iz tretjih držav v primerjavi z delavci migranti, ki so državljani EU <i>The Position of Migrant Workers from Third Countries in Comparison with EU Migrant Workers</i> Petra Weingerl, Matjaž Tratnik	529

18	Organizacija javne oblasti v državah članicah EU: je nacionalna institucionalna avtonomija samo mit? <i>Organization of Public Authority in Member States: Is the National Institutional Autonomy Just a Myth?</i> Aleš Ferčič	557
19	Neveljavnost ukrepov formalno nezakonite državne pomoči <i>Invalidity of Formally Unlawful State Aid Measures</i> Denis Baghrizabehi	581
20	Varstvo osebnih podatkov kot necenovni konkurenčni parameter <i>Protection of Personal Information as a Non-Price Parameter of Competition</i> Rok Dacar	609
21	Meddržavne tožbe kot sredstvo uveljavljanja <i>erga omnes partes</i> obveznosti iz EKČP <i>Inter-States Actions as an Instrument for Enforcement of Erga Omnes Partes Obligations Under the ECHR</i> Jure Jakšič	628
22	Vpliv Evropske unije na ekonomsko upravljanje Republike Slovenije <i>Influence of the European Union on Economic Governance of the Republic of Slovenia</i> Aljanka Klajnšek	657
23	Vpliv konsolidirane davčne osnove davka na dohodek pravnih oseb na podpisane davčne pogodbe med tretjimi državami <i>Impact of the Consolidated Corporate Income Tax Base on Tax Contracts Signed Between Third Countries</i> Matjaž Kovač	687
24	Pravilo obrestne omejitve - Direktiva EU o določitvi pravil proti praksam izogibanja davkom, ki neposredno vplivajo na delovanje notranjega trga <i>Interest Limitation Rule – EU Directive Laying Down Rules Against Tax Avoidance Practices That Directly Affect the Functioning of the Internal Market</i> Marko Kerin	715
	O avtorjih	757

POSLEDICE NEUPORABE REGISTRIRANE ZNAMKE: RAZŠIRJENE SANKCIJE IN OMEJITVE ZA IMETNIKE ZNAMK

MARTINA REPAS

Univerza v Mariboru, Pravna fakulteta, Maribor, Slovenija
martina.repas@um.si

Prispevek analizira resno in dejansko uporabo znamke v gospodarskem prometu kot obveznost, ki ima za imetnika znamke pomembne posledice in omejitve. Z novelo Zakona o industrijski lastnini (ZIL-1E) so se te celo razširile. Neuporaba znamke v obdobju petih zaporednih let lahko privede do njenega prenehanja. Prav tako pa lahko privede tudi do številnih omejitev imetnika v postopkih ugovora registracije kasnejše znamke, ničnosti in kršitve znamke, kjer bo imetnik znamke zaradi njene neuporabe moral trpeti obstoj in veljavnost enakih ali podobnih kasnejših znamk, obenem pa bo njegova znamka izpostavljena prenehanju. V vseh postopkih, v katerih ima uporaba znamke pomembne implikacije, resno in dejansko uporabo dokazuje imetnik zadevne znamke. Posledicam neuporabe se lahko izogne le z dokazovanjem opravičljivih razlogov za neuporabo, merila za utemeljitev teh pa so v sodni praksi postavljena visoko.

DOI
[https://doi.org/
10.18690/um.pf.1.2024.1](https://doi.org/10.18690/um.pf.1.2024.1)

ISBN
978-961-286-817-8

Ključne besede:
resna in dejanska uporaba
znamke,
razveljavitev,
ex nunc,
registracija,
kršitev,
blago in storitve,
ničnost,
bistvena funkcija znamke

DOI
[https://doi.org/
10.18690/um.pf.1.2024.1](https://doi.org/10.18690/um.pf.1.2024.1)

ISBN
978-961-286-817-8

Keywords:

genuine use, revocation,
ex nunc,
registration,
infringement,
goods and services,
nullity,
essential function of
trademark

NON-USE OF TRADEMARK: EXTENDED CONSEQUENCES AND LIMITATIONS FOR TRADEMARK OWNERS

MARTINA REPAS

University of Maribor, Faculty of Law, Maribor, Slovenia
martina.repas@um.si

The paper analyses the genuine use of a trademark in the course of trade as an obligation that has important consequences and limitations for the owner of the trademark. With the amendment to the Industrial Property Act in 2023, these have even expanded. Non-use of trademark for a period of five consecutive years may lead to its revocation. It can also result in numerous restrictions on the owner in the proceedings of opposition to the registration of a later trademark, nullity and infringement of the trademark. Due to the non-use of a trademark, the owner of the trademark will have to suffer the existence and validity of identical or similar later trademarks, will be unable to succeed in infringement actions and to successfully claim nullity of the later trademark. At the same time his trademark could be subject to revocation due to non-use. In all proceedings in which the use of a mark has significant implications, genuine use shall be proved by the owner of the trademark in question. The consequences of non-use can only be avoided by proving justifiable reasons for non-use, and the criteria for justifying these are set high in judicial practice.



1 Uvod

Znamka je pravica industrijske (intelektualne) lastnine, ki je urejena v Zakonu o industrijski lastnini¹ (ZIL-1) kot temeljnem pravnem predpisu s tega področja. Poleg patenta in avtorske pravice je najpogostejša pravica intelektualne lastnine in varuje znak, s katerim se označuje blago oz. storitve. Kot taka omogoča, da javnost razlikuje blago ali storitve enega podjetja od blaga ali storitev drugega podjetja. S tem opravlja svojo bistveno funkcijo, tj. funkcijo zagotavljanja komercialnega izvora blaga.

Za znamko ZIL-1 določa obvezno uporabo. Te zahteve se ne sme razmeti tako, da je za pridobitev znamke potrebna njena uporaba v gospodarskem prometu, ampak tako, da je uporaba pogoj za njeno ohranitev kot pravice industrijske lastnine. Registrirana znamka se mora torej resno in dejansko uporabljati v gospodarskem prometu za namen, ki ustreza njeni temeljni funkciji. Ta obveznost ne velja samo za t. i. individualne, ampak tudi za kolektivne znamke.² Razlog obstoja te obveznosti je predvsem v preprečitvi zlorabe izključnih pravic iz znamke, s čimer se želita zaščititi trg in pravna varnost.³ Ob tem se seveda zastavi vprašanje, zakaj bi nekdo znamko registriral, ne bi pa je uporabljal. Razlogi so lahko različni, od pomanjkanja surovin za blago, osebja, obvezne izdaja dovoljenj ipd. Včasih pa podjetja registrirajo znamko brez kakršnega namena po uporabi, ker želijo s tem preprečiti drugim subjektom, da registrirajo in uporabljajo enake ali podobne znamke.

Neuporaba znamke je strogo sankcionirana in ima številne posledice in omejitve, ki so se z novelo ZIL-1E⁴ celo razširile na situacije, ki po prejšnji ureditvi niso bile relevantne. Prva posledica neuporabe znamke vodi v razveljavitev oz. prenehanje znamke in se uveljavlja na zahtevo zainteresirane osebe. Druga posledica je določena v postopku registracije znamke, ko imetnik prejšnje znamke ne more preprečiti registracije enake ali podobne kasnejše znamke. Tretja posledica je sklicevanje na uporabo znamke v postopku kršitve registrirane znamke, ki je posebna obramba domnevnega kršitelja znamke. Četrta pa je posebna zaščitna določba v postopku uveljavljanja ničnosti kasnejše znamke, v skladu s katero lahko imetnik kasnejše znamke od imetnika prejšnje znamke zahteva dokaz o resni in dejanski uporabi

¹ Uradni list RS, št. 51/06 – UPB, 100/13, 23/20 in 76/23.

² Kolektivno znamko uporabljajo člani združenja. Javnosti sporočajo, da blago ali storitve izvirajo od članov združenja in ne od enega samega podjetja, kot je to primer individualne znamke.

³ J. Čizmič in D. Zlatović, 2002, Komentar Zakona o žigu, str. 305.

⁴ Uradni list RS, št. 23/20.

znamke in se v primeru neuporabe izogne ugotovitvi ničnosti in s tem prenehanju kasnejše znamke.

S temi posledicami oz. omejitvami se kot temeljno postavlja vprašanje, ki je vsem skupno: kdaj se šteje, da je imetnik znamko resno in dejansko uporabljal, da ne izgubi pravic, ki jih je na temelju registrirane znamke pridobil, oz. da njegove pravice niso predmet teh posebnih omejitev. Za odgovor na to vprašanje je treba izhajati iz temeljne določbe 52. b člena ZIL-1, ki predpisuje obveznost uporabe znamke, kar pomeni, da je ocena resne in dejanske uporabe v vseh zadevnih postopkih: v postopku razveljavitve, registracije, ničnosti in kršitve enaka, na kar kaže tudi sklicevanje na 52. b člen ZIL-1 v določbah teh postopkov.

Določba 52. b člena ZIL-1 sama po sebi ni dovolj jasna, zaradi česar potrebuje ustrezno razlago. Ker je ta določba posledica prenosa Direktive (EU) 2015/2436 Evropskega parlamenta in Sveta z dne 16. decembra 2015 o približevanju zakonodaje držav članic v zvezi z blagovnimi znamkami⁵ (Direktiva 2015/2436) v ZIL-1, so za pravilno razlago pomembne odločbe Sodišča EU, na katere se prispevek zlasti sklicuje, omenja pa tudi prakso Urada EU za intelektualno lastnino (EUIPO), ki odloča o registraciji znamk EU (torej enotnih pravic, ki veljajo na območju celotne EU) na podlagi Uredbe (EU) 2017/1001 Evropskega parlamenta in Sveta z dne 14. junija 2017 o blagovni znamki Evropske unije⁶ (Uredba 2017/1001). Praksa EUIPO je zajeta v Smernicah EUIPO za znamke in modele EU,⁷ ki sicer nimajo zavezujočega učinka. Odločitve EUIPO so zaradi enakih določb v Direktivi 2015/2436 lahko pomembne tudi v nacionalnih primerih.

Namen tega prispevka je pojasniti predpostavke obveznosti resne in dejanske uporabe znamke, jo umestiti v različne kontekste, kjer se pojavlja, in opozoriti na nedoslednosti prenosa Direktive 2015/2436 v ZIL-1 glede učinkov prenehanja znamke zaradi neuporabe, ki je sicer bila odpravljena z novelo ZIL-1F.⁸ Po uvodu sledi drugo poglavje, v katerem so z namenom opredelitve problema navedene različne situacije, v katerih se lahko vprašanje resne in dejanske uporabe pojavi, v tretjem poglavju je analizirana obveznost po resni in dejanski uporabi znamke, sledi

⁵ UL L 336, 23. 12. 2015.

⁶ UL L 154, 16. 6. 2017 (kodificirano besedilo).

⁷ Dosegljive na: <https://euiipo.europa.eu/ohimportal/sl/guidelines>

⁸ Uradni list RS, št. 76/23.

četrti poglavje v zvezi s posledicami neuporabe znamke, kot je razveljavitev znamke, ter omejitvami v postopkih registracije, ničnosti in kršitve znamke.

2 Opredelitev problema

Za namene opredelitve problema izhajamo iz naslednjih dejanskih stanj.

Družba Soča ima pri Uradu RS za intelektualno lastni (URSIL) registrirano znamko KAPLJICA za belila in predmete iz kovine. Znamka je bila registrirana marca 2014. Znamko uporablja za predmete iz kovine, za belila pa je še do danes ni uporabila. Poudariti je treba, da je sicer tudi za predmete iz kovine ne uporablja v enaki obliki, kot je registrirana, ampak v nekoliko spremenjeni obliki. Družba Savinja vloži tožbo na razveljavitev znamke zaradi neuporabe. Ali bo uspela?

Družba Soča ima še druge težave. Družba Pivka je pred kratkim vložila zahtevo za registracijo identične znamke za belila. Na podlagi obstoja prejšnje znamke je družba Soča ugovarjala registraciji znamke iz razloga dvojne identičnosti po točki a) prvega odstavka 44. člena ZIL-1.⁹ Družba Pivka sedaj zatrjuje, da ugovor ni utemeljen, ker Soča znamke za belila sploh ni uporabljala. Prav tako zahteva, da Soča predloži dokaze o uporabi znamke za tovrstno blago. Ali lahko to zahteva in kaj se šteje za zadosten dokaz? Družba Soča v postopku zatrjuje, da je zadevno znamko za belilo uporabljala v Avstraliji in Novi Zelandiji.

Družba Dravinja uporablja znak KAPLJICA za belila, ki je registrirana znamka družbe Soča za tovrstno blago. Družba Soča opozori družbo Dravinjo, da je znak KAPLJICA registrirana znamka in da uporaba identičnega znaka za identično blago pomeni kršitev njene znamke. Družba Dravinja pa opozarja, da kršitve znamke ni, ker družba Soča znamke za tovrstno blago ne uporablja. Ali ima prav?

Družba Drava registrira znamko KAPLJICA za belila, ki je sicer registrirana znamka družbe Soča. URSIL znamko registrira, ker se relativni razlogi za registracijo znamke preverjajo zgolj na podlagi ugovora imetnika prejšnje znamke ali prejšnje pravice in torej ne po uradni dolžnosti. Družba Soča, ki je imetnica prejšnje znamke, vloži

⁹ Ta določa: »Če je vložen ugovor v skladu s 101. členom tega zakona, se znamka ne more registrirati za znak, ki je enak znaku prejšnje znamke in če so blago ali storitve, za katere je znamka registrirana, enaki blagu ali storitvam, za katere je varovana prejšnja znamka.«

tožbo na ničnost kasnejše znamke KAPLJICA. Družba Drava se v postopku ničnosti sklicuje na to, da družba Soča zadevne znamke ne uporablja. Ali bo družbi Soča uspelo v tožbi na ničnost kasnejše znamke?

3 Uporaba znamke

3.1 Splošno

Kot je bilo omenjeno že zgoraj, ZIL-1 za imetnike znamk predpisuje obveznost njihove uporabe. Ta izhaja iz 52. b člena, ki določa:

»(1) Če imetnik znamke v obdobju petih let od datuma vpisa znamke v register ni začel resno in dejansko uporabljati znamke v Republiki Sloveniji za blago ali storitve, za katere je registrirana, ali če je bila takšna uporaba prekinjena v obdobju petih zaporednih let, veljajo za znamko omejitve in sankcije iz 52. c, 102.a, 120. in 122.a člena tega zakona, razen če obstajajo upravičeni razlogi za njeno neuporabo.

(2) Za uporabo znamke se šteje tudi:

- a) uporaba znamke v obliki, ki se glede na obliko, v kateri je bila registrirana, razlikuje v elementih, ki ne spreminjajo razlikovalnega učinka znamke, ne glede na to, ali je bila znamka v obliki, v kateri se uporablja, tudi registrirana na ime imetnika znamke;
- b) namestitev znamke na blago ali njegovo embalažo v Republiki Sloveniji izključno za potrebe izvoza.

(3) Šteje se, da imetnik uporablja znamko, če se uporablja z njegovim soglasjem.

(4) Pri kolektivni znamki se šteje, da jo nosilec uporablja, če jo uporablja vsaj ena oseba, ki ima pravico do njene uporabe.«

Iz te določbe izhaja, da se obveznost uporabe znamke ne pojavi takoj po registraciji znamke. Imetnik znamke ima namreč t. i. milostno obdobje petih let, v katerem mu ni treba izkazovati resne in dejanske uporabe. Pred iztekom tega obdobja torej formalna registracija nudi znamki polno varstvo.¹⁰ To obdobje je predpisano zato,

¹⁰ Smernice EUIPO, 2021, str. 958.

da ima imetnik znamke dovolj časa, da prične z uporabo znamke,¹¹ izhaja pa že iz Pariške konvencije o varstvu industrijske lastnine,¹² ki v členu 5 C določa, da se sme registracija znamke zaradi neuporabe razveljaviti samo po preteku pravičnega roka in če imetnik ne upraviči, zaradi katerih je ne uporablja. Vprašanje razveljavitve znamke zaradi neuporabe in druge sankcije oz. omejitve v postopku registracije, ničnosti in kršitve se torej v prvih petih letih po registraciji znamke ne morejo pojaviti. Zato lahko imetnik znamke, ki znamke ne uporablja, vloži tožbo zaradi kršitve znamke v primeru obstoja enakih ali podobnih znamk, ne da bi mu bilo treba dokazovati resno in dejansko uporabo svoje znamke.¹³

Imetnik znamke mora dokazovati, da je znamko resno in dejansko uporabljal (tretji odstavek 120. člena ZIL-1). To izhaja tudi iz drugega in tretjega odstavka 102.a člena v postopku registracije, drugega in tretjega odstavka 52. c člena v postopku ničnosti in drugega odstavka a122.a člena ZIL-1 v postopku zaradi kršitve znamke. S tem pravilom se odstopa od splošnega procesnega pravila, po katerem je tožnik dolžan dokazovati resničnost svojih navedb. To odstopanje pa je utemeljeno, saj je le tako mogoče dokazati, da imetnik znamke v zakonsko predpisanem obdobju ni uporabljal.¹⁴ Izpostaviti pa je treba, da ZIL-1 ne zahteva, da znamko uporablja njen imetnik. Lahko je to tudi druga oseba, ki ima soglasje imetnika znamke (tretji odstavek 52. b člena ZIL-1). To so lahko npr. pridobitelj licence ali oseba, ki je z imetnikom ekonomsko povezana, kot je družba hčerka.¹⁵ Soglasje mora biti dano predhodno, naknadna odobritev ne zadošča.¹⁶ Posledično se za relevantno ne bo štela uporaba znamke brez soglasja imetnika znamke, ki predstavlja njeno kršitev. Se pa kot resna in dejanska uporaba šteje tista, ko imetnik ali oseba z njegovim soglasjem znamko uporablja na način, da zavaja javnost. Enako velja, ko se znamka uporablja na podlagi nezakonitega sporazuma, ki krši pravila konkurenčnega prava, in ko se z uporabo krši znamko drugega imetnika.¹⁷ Za kolektivno znamko velja, da jo nosilec uporablja, če jo uporablja vsaj ena oseba, ki ima pravico do njene uporabe (četrti odstavek 52. b člena ZIL-1).

¹¹ M. Janić, 1973, Industrijska svojina i avtorsko pravo, str. 178.

¹² Uradni list SFRJ-MP, št. 5/1974, št. 7/1986, Uradni list RS št. 24/1992, Uradni list RS-MP, št. 9/1992, št. 3/2007.

¹³ Zadeva C-654/15, Länsförsäkringar AB proti Matek A/S, ECLI:EU:C:2016:998. Je pa v takem primeru odškodnina omejena zaradi okoliščine neuporabe znamke (zadeva C-622/18, AR proti Cooper International Spirits LLC in drugi, ECLI:EU:C:2020:241, tč. 47).

¹⁴ J. Čizmić in D. Zlatović, 2002, Komentar Zakona o žigu, str. 300 in 304.

¹⁵ Zadeva T-278/13, Now Wireless Ltd proti Uradu za usklajevanje na notranjem trgu, ECLI:EU:T:2015:57.

¹⁶ Smernice EUIPO, 2021, str. 1011.

¹⁷ Prav tam, str. 1122 in 1123.

V skladu z določbo 52. b člena ZIL-1 mora torej imetnik ali oseba, ki ima njegov soglasje, znamko dejansko in resno uporabljati. Iz tega izhaja, da je resna in dejanska uporaba temeljni opredelilni element in tako bistvenega pomena. Zato je pomembno vprašanje, kako opredeliti resno in dejansko uporabo oz. na kaj se ta nanaša. ZIL-1 ne daje jasne in natančne opredelitve in pravil razlage glede tega. Ker gre za prenos določb iz pravnih predpisov EU, je treba ta pojem evroavtonomno razlagati in torej ne po pravilih nacionalnega prava posamezne države članice EU. Sodišče EU je številna pomembna načela v zvezi s tem postavilo zlasti v zadevah *Ansul*,¹⁸ *La Mer*¹⁹ in *Reber*,²⁰ iz katerih izhaja, da morajo biti za resno in dejansko uporabo podani naslednji elementi, ki so v nadaljevanju tudi analizirani: (i) znamka se mora uporabljati v obdobju petih zaporednih let, (ii) znamka se mora uporabljati na območju Republike Slovenije, (iii) znamka se mora uporabljati v normalni gospodarski dejavnosti, (iv) znamka se mora uporabljati za označevanje izvora blaga in (v) znamka se mora uporabljati v povezavi z blagom ali storitvami, za katere je registrirana.

3.2 Resna in dejanska uporaba znamke

3.2.1 Analiza elementov resne in dejanske uporabe

Prvi odstavek 52. b člena ZIL-1 določa, da mora imetnik znamko EU v obdobju petih let po registraciji prvič resno in dejansko uporabiti oz. s tako uporabo ne sme prekiniti pet zaporednih let po tistem, ko je znamko prvič resno in dejansko uporabil. Če je znamko v tem obdobju uporabljal, je prvi element resne in dejanske uporabe izpolnjen. Pri tem imetnik znamke ne rabi dokazati, da je znamko resno in dejansko uporabljal ves čas v petletnem obdobju ali večino časa.²¹ V zadevi *MFE Marienfelde*²² je Splošno sodišče navedlo, da zadošča tudi kratko časovno obdobje, kot je npr. štiri mesece in pol.

¹⁸ Zadeva C-40/01, *Ansul BV* proti *Ajax Brandbeveiliging BV.*, ECLI:EU:C:2003:145 (*Ansul*).

¹⁹ Zadeva C-259/02, *La Mer Technology Inc.* v *Laboratoires Goemar SA.*, ECLI:EU:C:2004:50 (*La Mer*).

²⁰ Zadeva C-141/13 P, *Reber Holding GmbH & Co. KG* proti *Uradu za usklajevanje na notranjem trgu*, ECLI:EU:C:2014:2089.

²¹ Zadeva T-86/07, *Heinrich Deichmann-Schuhe GmbH & Co. KG* proti *Uradu za usklajevanje na notranjem trgu*, ECLI:EU:T:2008:577.

²² Zadeva T-334/01, *MFE Marienfelde GmbH* proti *EUIPO*, ECLI:EU:T:2004:223.

Drugi element se nanaša na uporabo na območju Republike Slovenije. Če je imetnik znamko uporabljal na območjih drugih držav, se ne more izogniti sankcijam oz. omejitvam, ki nastanejo zaradi neuporabe znamke v Republiki Sloveniji. Če je imetnik znamko, registrirano v Republiki Sloveniji, uporabljal v Avstraliji in Novi Zelandiji, se na resno in dejansko uporabo ne bo mogel uspešno sklicevati. Slovenska znamka bo razveljavljena, čeprav bi jo imetnik uporabljal v drugih državah. Pri tem je nepomembno, ali je znamka v teh drugih državah registrirana ali ne.

V zvezi s to zahtevo se postavlja vprašanje, ali se mora znamka uporabljati v vsej državi ali pa zadošča že njena uporaba v delu države. Za odgovor na to vprašanje je relevantna odločba Sodišča EU v zadevi *Sunrider*.²³ V tej zadevi je imetnik prejšnje španske znamke VITAFRUT ugovarjal registraciji znamke VITAFRUIT, registrirani na območju EU. Prijavitelj kasnejšega znaka VITAFRUIT se je skliceval na neuporabo prejšnje španske znamke. Sodišče EU je odločilo, da je uporaba znamke zadostna, čeprav se ta ni uporabljala niti v znatnem delu Španije in čeprav je bila dokazana le za prodajo blaga eni sami stranki. Po mnenju Sodišča EU bi naj bil ozemeljski obseg uporabe le eden od dejavnikov, ki jih je pri oceni resne in dejanske uporabe treba upoštevati.²⁴

V določenih primerih pa se kot resna in dejanska uporaba šteje uporaba znamke za blago, ki se ne bo tržilo na območju Republike Slovenije. To izrecno določa točka b) drugega odstavka 52. b člena ZIL-1, po kateri se za uporabo znamke šteje tudi namestitev znamke na blago ali njegovo embalažo v Republiki Sloveniji izključno za potrebe izvoza. Dokaz o tem, da je bilo blago dano na trg v taki državi, se ne zahteva.²⁵ Ne gre pa za resno in dejansko uporabo znamke v primeru tranzita blaga, ker to ne vključuje trženja blaga.²⁶

²³ Zadeva C-416/04 P, The Sunrider Corporation proti Urad Evropske unije za intelektualno lastnino, ECLI:EU:C:2006:310 (*Sunrider*).

²⁴ Zadeva *Sunrider*, tč. 76, gl. smiselno tudi zadeve C-149/11, Leno Merken BV proti Hagelkruis Beheer BV, ECLI:EU:C:2012:816, točka 55, C-301/07, PAGO International GmbH proti Tirolmilch registrierte Genossenschaft mbH, ECLI:EU:C:2009:611), T-398/13, tvr Italia, in T-278/13, Now Wireless Ltd proti Uradu za usklajevanje na notranjem trgu, ECLI:EU:T:2015:57

²⁵ Zadeva T-254/13, tayer Ibérica, SA proti Uradu za usklajevanje na notranjem trgu, ECLI:EU:T:2015:362.

²⁶ Zadeva C-115/02, Administration des douanes et droits indirects proti Rioglass SA in Transremar SL., ECLI:EU:C:2003:587, C-281/05, Montex Holdings Ltd proti Diesel SpAdiesel, ECLI:EU:C:2006:709.

Uporaba znamke v gospodarski dejavnosti je tretji element resne in dejanske uporabe znamke. Znamko je treba uporabljati v normalni gospodarski dejavnosti oz. na način, ki se objektivno gledano smatra za običajnega v industriji in je gospodarsko opravičljiv.²⁷ V ta namen je treba upoštevati vsa dejstva in okoliščine, še zlasti pa, ali uporaba v zadevnem gospodarskem sektorju zadošča za ohranitev ali ustvarjanje tržnega deleža za blago in storitve, za katere se znamka uporablja.²⁸ Pri tem se med drugim upoštevajo narava blaga ali storitev, značilnosti zadevnega trga ter obseg in pogostost uporabe znamke. Minimalna uporaba v količinskem smislu ni predpisana oz. določena, zato je ustrezno uporabo v gospodarski dejavnosti treba oceniti na podlagi vsakega posameznega primera.²⁹ V zadevi *La Mer* je Sodišče EU navedlo, da gre za resno in dejansko uporabo znamke tudi v primeru, ko znamko uporablja ena sama stranka, ki uvaža blago, če se izkaže, da je uvoz za imetnika znamke resno in dejansko gospodarsko opravičljiv.³⁰ Podobno je navedlo v zadevi *Sunrider*, kjer je zadoščalo, da je imetnik znamke blago pod zadevno znamko prodajal zgolj eni osebi.

V zadevi *Ferrari*³¹ je bila predmet razveljavitve znamka TESTAROSSA, ki je bila registrirana za »vozila; naprave za premikanje po zemlji, zraku ali vodi, zlasti avtomobili in njihovi deli«. Ta znamka se je v relevantnem petletnem obdobju uporabljala zgolj za sestavne oz. nadomestne dele vozil, ne pa tudi za sama vozila. Sodišče EU je odločilo, da se uporaba znamke na nadomestnih delih lahko šteje za resno in dejansko uporabo, tako za nadomestne dele kot tudi za same proizvode (se pravi vozila).³² Prav tako je v tej zadevi odločilo, da resno in dejansko uporabo znamke lahko predstavlja nadaljnja prodaja rabljenih proizvodov, ki so bili dani na trg pod zadevno znamko,³³ kot tudi uporaba za storitve, ki so s proizvodi neposredno povezane in so namenjene zadovoljevanju potreb strank, ki te proizvode uporabljajo.³⁴ Kot resna in dejanska uporaba pa po drugi strani ne šteje podelitev licence tretji osebi.³⁵ Zgolj dejanje sklenitve licenčne pogodbe, katere predmet je uporaba znamke, za resno in dejansko uporabo torej ne bo zadoščalo.

²⁷ Zadeva C-234/06 P, *Il Ponte Finanziaria SpA proti EUIPO*, ECLI:EU:C:2007:514, tč. 72 (*Il Ponte Finanziaria*), zadeva *Sunrider*, točka 70, idr.

²⁸ Zgolj simbolična uporaba tako ne zadošča. S. M. Marković, 2007, *Pravo intelektualne svojine*, str. 156.

²⁹ Zadeva *La Mer*, tč. 22.

³⁰ Prav tam, tč. 24.

³¹ Združeni zadevi C-720/18 in C-721/18, *Ferrari SpA proti DU*, ECLI:EU:C:2020:854 (*Ferrari*).

³² Prav tam, tč. 35.

³³ Prav tam, tč. 56 in 60.

³⁴ Prav tam, tč. 62 in 63.

³⁵ Gl. J. Pila in P. Torremans, 2019, *European Intellectual Property Law*, str. 409.

Za izpolnitev tega elementa je dodatno pomembno, da se znamka uporablja na način, ki je zaznaven dejanskim in potencialnim kupcem blaga in storitev. Glede na to zgolj zasebna in interna uporaba v samem podjetju ali skupini podjetij ne bo zadoščala.³⁶ Tako npr. ne zadošča priprava na uporabo znamke, kot sta tiskanje nalepk in proizvodnja embalaže, ki sta interni uporabi in ne uporabi v gospodarskem prometu.³⁷ Vendarle pa javna uporaba nujno ne pomeni uporabe, ki je namenjena potrošnikom, lahko je namenjena tudi posrednikom, kot so distributerji in profesionalni kupci.^{38, 39}

V skladu s četrtrim elementom se mora znamka uporabiti v skladu z njeno funkcijo, saj znamke vzpostavljajo vez med blagom in storitvami, za katere so registrirane, in osebo, ki je odgovorna za njihovo trženje.⁴⁰ Znamka se mora uporabiti tako, da se z njo zagotavlja bistvena funkcija znamke. Pri individualni znamki je to identiteta izvora blaga ali storitev, ki se mora zagotavljati potrošnikom, da lahko ti brez zmede razlikujejo blago ali storitve enega izvora od blaga ali storitev drugega izvora.⁴¹ Da se lahko ta funkcija zagotovi, mora znamka zagotavljati, da so blago ali storitve, ki jih znamka označuje, proizvedeni oz. se dobavljajo pod kontrolo enega podjetja, ki je tudi odgovorno za njihovo kakovost.⁴² Kontrola nad proizvodnjo nikakor ne pomeni, da bi moral imetnik znamke blago proizvajati sam. Lahko ga zanj proizvaja druga oseba, pri čemer pa, kot izhaja iz odločbe Sodišča EU v zadevi *Ideal Standard*,⁴³ ni pomembno dejansko izvajanje kontrole, ampak le obstoj možnosti kontrole nad kakovostjo blaga, ki se ga označuje z znamko. Če torej imetnik znamke dopusti proizvodnjo blaga slabe kakovosti, mora za to tudi nositi odgovornost.⁴⁴ Bistvena

³⁶ Zadeva C-442/07, Verein Radetzky-Orden proti Bundesvereinigigung Kameradschaft »Feldmarschall Radetzky«, ECLI:EU:C:2008:696, točka 22, in zadeva *Ansul*, tč. 33.

³⁷ Zadeva *Ansul*, tč. 37.

³⁸ Zadeva T-524/12, Recaro Holding GmbH, anciennement Recaro Beteiligungs-GmbH proti Urad za usklajevanje na notranjem trgu, ECLI:EU:T:2013:604, tč. 25–26.

³⁹ O tem glej tudi M. Repas v: M. Repas, M. Ovčak Kos, E. Zirnstein, 2023, Pravo intelektualne lastnine, str. 439–441.

⁴⁰ Smernice EUIPO, 2021, stran 1071, in D. Marschollek in S. Jacobs v G. N. Hasselblatt, 2018, European Union Trade Mark Regulation, Article-by-Article Commentary, str. 720.

⁴¹ Gl. zadeve C-206/01, Arsenal Football Club plc proti Matthew Reed, ECLI:EU:C:2002:651, točka 48 (*Arsenal*), *Ansul*, točka 36, *La Mer*, točka 27, *Sunrider*, točka 70, C-409/12, Backaldrin Österreich The Kornspitz Company GmbH proti Pfahnl Backmittel GmbH, ECLI:EU:C:2014:130 (*Kornspitz*), idr. Prim. W. R. Cornish, 1999, Intellectual Property: Patents, Copyright, Trade Marks and Allied Rights, str. 612, in M. Repas, v: M. Repas, M. Ovčak Kos, E. Zirnstein, 2023, Pravo intelektualne lastnine, str. 231.

⁴² Zadeve *Arsenal*, tč. 48, *Kornspitz*, tč. 20, idr.

⁴³ Zadeva C-9/93, IHT Internationale Heiztechnik GmbH in Uwe Danzinger proti Ideal-Standard GmbH in Wabco Standard GmbH, ECLI:EU:C:1994:261, tč. 38.

⁴⁴ Gl. tudi zadevo C-291/16, Schweppes SA proti Red Paralela SL in Red Paralela BCN SL, ECLI:EU:C:2017:990, tč. 45, in G. Tritton et al., 2018, Tritton on Intellectual Property in Europe, str. 282–283.

funkcija znamke je torej le zagotovilo možnosti enotne kontrole in ne zagotovilo kakovosti.

Za resno in dejansko uporaba ne gre, ko imetnik individualno znamko uporablja kot certifikacijsko znamko. Temeljna funkcija certifikacijske znamke ni identična funkciji individualne znamke. Certifikacijska znamka zagotavlja kakovost ali značilnosti blaga in ne identitete izvora blaga.⁴⁵ Vprašanje resne in dejanske uporabe individualne znamke, ki se je uporabljala kot certifikacijska znamka, se je postavilo v zadevi *Gözze Frottierweberei*.⁴⁶ Družba VBB, ki je organizacija za trgovanje z bombažem, je registrirala individualno znamko v obliki bombažne rože. Uporabljali so jo proizvajalci tekstila iz bombaža, s čimer so certificirali vsebnost in kakovost njihovega blaga. VBB je sklenila licenčne pogodbe z družbami, ki so bile z njo povezane. Povezane družbe so se zavezale, da bodo znamko uporabljale zgolj na blagu iz kakovostnih bombažnih vlaken. Ker je družba Gözze brez soglasja družbe VBB uporabila ta znak, je slednja vložila tožbo zaradi kršitve znamke, medtem ko je družba Gözze vložila nasprotno tožbo na neveljavnost znamke zaradi njene neuporabe. Sodišče EU je odločilo, da gre za resno in dejansko uporabo individualne znamke takrat, kadar se ta uporablja za označevanje blaga ali storitev posameznega podjetja, pod nadzorom katerega je blago proizvedeno in ki je odgovorno za kakovost blaga. V obravnavani zadevi pa ni šlo za tako uporabo individualne znamke, ki bi opravljala bistveno funkcijo (tj. zagotavljanje izvora blaga), temveč za zagotavljanje kakovosti surovega bombaža, kar pomeni, da se znamka ni resno in dejansko uporabljala.⁴⁷

Prav tako se kot zadostna ne šteje uporaba znamke v opisne namene⁴⁸ ali uporaba v smislu označbe porekla ali geografske označbe, katerih bistvena funkcija je sporočiti geografski, ne pa komercialni izvor blaga. Nasprotno pa lahko resno in dejansko uporabo pomeni uporaba znaka kot trgovskega imena, če je določeno tudi blago in storitve, ki so ponujeni na trgu pod tem imenom. Pomembno je, da se uporaba znaka kot trgovskega imena ali firme pojavi v povezavi z blagom ali storitvami.⁴⁹ Za resno

⁴⁵ M. Repas in T. Keresteš, 2018, The Certification Mark as a New EU - Wide Industrial Property Right, str. 301–303.

⁴⁶ Zadeva C-689/15, W. F. Gözze Frottierweberei GmbH in Wolfgang Gözze proti Verein Bremer Baumwollbörse, ECLI:EU:C:2017:434.

⁴⁷ Glej tudi M. Repas, 2020, Zakon o industrijski lastnini, Uvodna pojasnila k noveli ZIL-1E, str. 18.

⁴⁸ A. Nordemann v G. N. Hasselblatt, 2018, European Union Trade Mark Regulation, Article by-Article Commentary, str. 475. Gl. zadevo *Sunrider*, tč. 70.

⁴⁹ Zadeva C-17/06, Céline SARL proti Céline SA, ECLI:EU:C:2007:497 (*Céline*).

in dejansko uporabo se lahko v določenih okoliščinah šteje tudi uporaba znaka kot domenskega imena ali njegovega dela. To bo takrat, kadar bo povezana s spletno stranjo, na kateri se ponujajo blago ali storitve, medtem ko zgolj registracija domene, ki vključuje znamko, ne zadošča kot dokaz za resno in dejansko uporabo znamke.⁵⁰

Kot je bilo že zgoraj omenjeno, zahteva po resni in dejanski uporabi ni pomembna le pri individualnih, ampak tudi pri kolektivnih znamkah.⁵¹ V takem primeru je treba upoštevati bistveno funkcijo kolektivne znamke, katere namen je razlikovati blago in storitve članov združenja, ki je imetnik take znamke od blaga ali storitev drugih podjetij.⁵² Specifična značilnost kolektivne znamke je torej identifikacija kolektivnega in ne specifičnega (individualnega) komercialnega izvora blaga ali storitev, kot to velja za individualne znamke.⁵³ Šteje se, da se kolektivna znamka resno in dejansko uporablja, če se uporablja v skladu z bistveno funkcijo, da bi se ustvaril ali ohranil trg za proizvode, za katere se kolektivna znamka uporablja. To bo že takrat, ko se z znamko potrošniku omogoča, da razume, da zadevno blago izvira iz podjetij, ki so člani združenja imetnika kolektivne znamke, in jih tako razlikuje od blaga drugih podjetij, ki niso člani združenja.⁵⁴

Zadnji element resne in dejanske uporabe se nanaša na uporabo znamke v povezavi z blagom ali storitvami, za katere je registrirana. Znamke se sicer tradicionalno dejansko tako uporabljajo, čeprav v okviru te zahteve zadošča tudi druga uporaba, če obstaja ustrezna povezava med znamko in blagom, kot je uporaba na brošurah, letakih, nalepkah ipd.⁵⁵ Vendarle je treba poudariti, da katerakoli uporaba ne zadošča. V zadevi *Silberquelle*,⁵⁶ kjer je imel imetnik registrirano znamko WELLNESS za oblačila, uporabljal pa jo je na brezplačnem blagu (brezalkoholne pijače), ki jih je ponudil kupcem v svoji trgovini kot darilo ob nakupu oblačil, ta zahteva ni bila

⁵⁰ Smernice EUIPO, 2021, str. 966.

⁵¹ Enako velja za certifikacijske znamke v tistih ureditvah, kjer je registracija takih znamk dopustna. Več o tem gl. pri M. Repas in T. Keresteš, 2018, *The Certification Mark as a New EU - Wide Industrial Property Right*, str. 299–317. Več o kolektivni znamki gl. pri M. Repas, v: M. Repas, M. Ovčak Kos, E. Zirnstein, 2023, *Pravo intelektualne lastnine*, str. 325 in nad.

⁵² Zadeva C-143/19, *Der Grüne Punkt – Duales System Deutschland GmbH* proti Uradu Evropske unije za intelektualno lastnino, ECLI:EU:C:2019:1076, tč. 52 (*Der Grüne Punkt*).

⁵³ Smernice EUIPO, 2021, str. 966.

⁵⁴ *Der Grüne Punkt*, tč. 57 in 58. Gl. tudi F. Angelini in S. Parrello, 2020, *The Grune Punkt Case*.

⁵⁵ Smernice EUIPO, 2021, str. 1074.

⁵⁶ Zadeva C-495/07, *Silberquelle GmbH* proti *Maselli-Strickmode GmbH*, ECLI:EU:C:2009:10.

izpolnjena. Prav tako ne zadošča uporaba v zvezi z blagom ali storitvami, ki so podobni blagu ali storitvam, za katere je znamka registrirana.⁵⁷

Uporaba znamke kot trgovskega imena oz. firme se prav tako lahko šteje kot resna in dejanska ter s tem v povezavi z blagom ali storitvami, če je znak pritrjen na blago ali storitve. Enako velja v primerih, kjer znak ni tako pritrjen, imetnik pa ga uporablja tako, da ustvarja povezavo med trgovskim imenom ali firmo in blagom ali storitvami.⁵⁸

Sicer pa je pri oceni tega, ali se znamka uporablja za blago in storitve, za katere je registrirana, treba temeljito preučiti, ali to blago oz. storitve dejansko sodijo v kategorijo registriranega. Če je npr. znamka registrirana za obutev, uporablja pa se za prodajo obutev na drobno, ta uporaba ne bo zadoščala. Enako velja, če je znamka registrirana za plenice iz tekstila, uporablja pa se za plenice iz papirja in celuloze.⁵⁹ Vprašanje uporabe znamke v povezavi z blagom ali storitvami, za katere je znamka registrirana, je v nekaterih primerih lahko zelo kompleksno. Splošno sodišče je v zadevi *Reckitt Benckiser*,⁶⁰ kjer je bila znamka ALADDIN registrirana za lak za kovine, imetnik pa je lahko dokazal uporabo zgolj za bombaž, impregniran s polirnim sredstvom, odločilo, da je treba določiti širino specifikacije blaga, ki ustreza uporabi, pri čemer je razlikovalo med skladno kategorijo blaga in podkategorijo, v kateri blaga ni več možno deliti nearbitrarno. Če uporabe ni mogoče izkazati za eno varianto v podkategoriji, ki je več ni mogoče deliti nearbitrarno, uporaba opravičuje obstoj znamke za celotno podkategorijo. Pri tem se je Splošno sodišče sklicevalo na kategorije in podkategorije blaga in storitev v Nicejski klasifikaciji proizvodov in storitev⁶¹ ter zaključilo, da je lak za poliranje jasna in ozko določena podkategorija, ki je ni mogoče več nadalje deliti, razen umetno. Posledično se je domnevala uporaba znamke za celotno podkategorijo, tj. laki za poliranje. S tem se je ukvarjalo tudi Sodišče EU v zadevah *ACTC*⁶² in *Ferrari*. Odločilo je, da potrošnik pri nakupu blaga ali storitev iz kategorije blaga ali storitev, ki je natančno opredeljena in znotraj katere niso možna očitna razlikovanja, z znamko, ki je za tako kategorijo blaga registrirana,

⁵⁷ W. R. Cornish, 1999, *Intellectual Property: Patents, Copyright, Trade Marks and Allied Rights*, str. 707.

⁵⁸ Zadeva *Céline*, tč. 21–23.

⁵⁹ Smernice EUIPO, 2021, str. 1004.

⁶⁰ Zadeva T-126/03, *Reckitt Benckiser (España)*, SL proti Urad Evropske unije za intelektualno lastnino, ECLI:EU:T:2005:288. Več gl. pri L. Bently et al., 2018, *Intellectual Property Law*, str. 1093 in 1094.

⁶¹ Dosegljivo na: http://www.uil-sipo.si/fileadmin/upload_folder/uil_Nicejska_10_jun_2016.pdf (10. 9. 2021).

⁶² Zadeva C-714/18 P, *ACTC GmbH* proti Uradu Evropske unije za intelektualno lastnino, ECLI:EU:C:2020:573 (*ACTC*).

povezuje vso blago ali storitve, ki v to kategorijo sodijo. V takem primeru tudi zadošča, da imetnik dokaže uporabo znamke le za nekatero blago ali storitve iz te homogene kategorije. Drugače je glede blaga ali storitev, ki so zajeti v široki kategoriji, ki jo je mogoče razdeliti na več samostojnih podkategorij. Glede tega bo imetnik znamke moral izkazati uporabo za vsako od teh podkategorij. V nasprotnem primeru izgubi znamko za tisto podkategorijo blaga ali storitev, za katero znamke ni uporabljal. Pri tem se postavlja vprašanje, katera merila je treba upoštevati za opredelitev skladne podkategorije blaga ali storitev. Po mnenju Sodišče EU sta bistveni merili cilj in namen blaga ali storitev.⁶³ Če blago ustreza več ciljem in namenom, ni mogoče določiti ločene podkategorije.⁶⁴ V zadevi *Ferrari* je Sodišče EU zaključilo, da opredelitev vozil kot športnih ali luksuznih vozil ne zadošča za določitev samostojne podkategorije vozil.⁶⁵

3.2.2 Dokazi o uporabi

Kot je bilo zgoraj izpostavljeno, mora resno in dejansko uporabo dokazovati imetnik znamke. To ne velja samo v postopku tožbe na razveljavitev znamke, ampak tudi v drugih postopkih, kjer se še postavi vprašanje resne in dejanske uporabe znamke. V zvezi s tem je pomembno vprašanje, na kakšen način imetnik znamke dokazuje uporabo oz. kateri dokazi lahko v ta namen zadoščajo. V praksi so se kot zadostni oz. nezadostni šteli naslednji dokazi.

V zadevi *Friboi*⁶⁶ je imetnik znamke predložil številne račune v zvezi z velikimi količinami blaga, ki je bilo naslovljeno na njegovega distributerja, ki je sodil v isto skupino podjetij. Dodatno so bile predložene še nedatirane brošure, sporočila iz tiska in trije ceniki. Glede računov je Splošno sodišče odločilo, da je proizvodno distribucijska veriga običajna metoda poslovanja, ki se ne more obravnavati zgolj kot interna, medtem ko je nedatirane brošure treba obravnavati skupaj z drugimi datiranimi dokazi, kot so računi in ceniki. Odločilo je, da je resna in dejanska uporaba izkazana in poudarilo, da celotna ocena pomeni, da je treba relevantne dejavnike presojati kot celoto in ne izolirano.⁶⁷ Na drugi strani pa sklepanja o uporabi znamke

⁶³ Zadeva *Ferrari*, tč. 40, in *ACTC*, tč. 44.

⁶⁴ Zadeva *Ferrari*, tč. 47, in zadeva *ACTC*, tč. 51.

⁶⁵ Zadeva *Ferrari*, tč. 48–50.

⁶⁶ Zadeva T-324/09, J & F Participações SA proti Uradu za usklajevanje na notranjem trgu, ECLI:EU:T:2011:47.

⁶⁷ EUIPO je kot dokaz sprejel tudi račune, na katerih so bila izbrisana imena naslovljencev in prodana količina. Primer R 872/2010-4, 2. 5. 2011 – CERASIL/CERATOSIL.

z navedbo, da je nekaj zelo malo verjetno ali da je nerazumno domnevati ali da nekaj lahko verjetno razloži odsotnost računov itd., ne zadoščajo in ne morejo nadomestiti trdnega dokaza.⁶⁸ Kot nezadosten dokaz se je v praksi obravnaval seznam potnikov z naslovi v EU, ki ne izkazuje, da so bili leti rezervirani v Evropi. Dodatno je bila v tem primeru spletna stran imetnika znamke zgolj v angleškem jeziku, cene so bile v ameriških dolarjih, številke telefonov in fakssov so bile prav tako iz ZDA.⁶⁹ Enako se za ustrezen dokaz ne štejejo izjave, čeprav bi bile zaprisežene ali potrjene.⁷⁰

3.3 Uporaba znamke v drugačni obliki od registrirane

Določba 52. b člena ZIL-1 zahteva, da se znamka uporablja v registrirani obliki, kar pomeni, da mora odsevati videz znamke, kot je naveden v registru. V realnosti pa se znamke večkrat uporabljajo v nekoliko spremenjeni obliki od registrirane⁷¹ in tudi kot del druge znamke ali v povezavi z drugimi znamkami. Zato se postavlja vprašanje, ali taka spremenjena uporaba znamke še vedno pomeni uporabo registrirane znamke. To vprašanje ureja ZIL-1 v določbi točke a) drugega odstavka 52.b člena ZIL-1, po kateri se za uporabo znamke šteje tudi uporaba znamke v obliki, ki se glede na obliko, v kateri je bila registrirana, razlikuje v elementih, ki ne spreminjajo razlikovalnega značaja znamke, ne glede na to, ali je bila znamka v obliki, v kateri se uporablja, tudi registrirana na ime imetnika znamke.

V zvezi s tem se kot bistveno postavlja vprašanje, kdaj uporaba znamke v spremenjeni obliki ne spreminja razlikovalnega značaja znamke v registrirani obliki. Temeljni element te ugotovitve je seveda razlikovalni značaj znamke. To je tisto, kar zbujajo pozornost in je zapomnljivo.⁷² Pri oceni dejanskega vpliva spremembe znamke na samo spremembo razlikovalnega značaja znamke je pomemben prvi vtis. Upoštevati je predvsem treba: (i) vrsto znamke (besedno, figurativno, tridimenzionalno ali drugo vrsto znamke), (ii) način, na katerega se tipično uporablja in razume (vidno, slušno, konceptualno) in (iii) način spreminjanja znamke. Poudarja se, da je za spremembo razlikovalnega učinka znamke potrebna sprememba

⁶⁸ Zadeva T-382/08, *Advance Magazine Publishers, Inc. proti Uradu za usklajevanje na notranjem trgu*, ECLI:EU:T:2011:9.

⁶⁹ Primer R 1764/2007-4 – PAN AM II.

⁷⁰ Primer R 1076/2009-2, 8. 6. 2010 – EURO CERT/EUROCERT.

⁷¹ A. Nordemann v G. N. Hasselblatt, 2018, *European Union Trade Mark Regulation, Article-by-Article Commentary*, str. 482.

⁷² Gl. L. Bentley et al., 2018, *Intellectual Property Law*, str. 1082, in tam navedeno prakso.

identitete ali individualnosti znamke.⁷³ Pri tej spremembi ne gre za kakršnokoli drugačno obliko, ampak samo »nekoliko drugačno obliko«. ⁷⁴ Razlike morajo torej obstajati zgolj v zanemarljivih elementih in znamka v registrirani obliki in znamka v spremenjeni obliki morata biti širša ekvivalenta. ⁷⁵ Uporaba v spremenjeni obliki lahko pomeni, da so znamki v spremenjeni obliki elementi dodani, lahko so drugačni, lahko pa so tudi opuščeni iz registrirane oblike. Če dodan element ni razlikovalen in ali prevladujoč, ne spreminja razlikovalnega značaja registrirane znamke. Enako velja, če je opuščen element sekundarne narave in ni razlikovalen. ⁷⁶

V zadevi *Lotte*⁷⁷ je Splošno sodišče navedlo, da uporabo besed, kot sta KOALA Kakao in KOALA Milch, pomeni uporabo registrirane znamke KOALA, saj uporaba opisnih pojmov, kot sta kakav ali mleko, ne spreminja razlikovalnega značaja znamke KOALA. V primeru, ko se besedni znamki doda grafični element, ta prav tako ne spreminja razlikovalnega značaja, če ima zgolj nepomembno oz. dekorativno vlogo. ⁷⁸ Pri besednih znamkah sprememba v velikosti črk ne spreminja razlikovalnega značaja registrirane znamke. Enako velja za besedne znamke, ki se uporabljajo v barvah, registrirane pa so v črno-beli tehniki, medtem ko uporaba figurativne znamke (brez dodanih besed) v drugačni obliki običajno pomeni spremembo razlikovalnega značaja registrirane znamke. Sprememba barve pri figurativnih znamkah ne bo vplivala na spremembo razlikovalnega značaja, če se besedni/figurativni elementi skladajo in so glavni razlikovalni elementi; če se upoštevajo kontrasti odtenkov; če barva ali kombinacija barv sama po sebi nima razlikovalnega značaja in če barva bistveno ne prispeva k celotni razlikovalnosti znaka. ⁷⁹ Za tridimenzionalne znamke velja, da njihova uporaba v različni velikosti običajno pomeni uporabo v registrirani obliki. Dodani besedni in/ali figurativni elementi na splošno ne spreminjajo razlikovalnega značaja take znamke. ⁸⁰

⁷³ Prav tam.

⁷⁴ Zadeva *Il Ponte Finanziaria*, tč. 86.

⁷⁵ Zadeva T-194/03, *Il Ponte Finanziaria SpA* proti Urad Evropske unije za intelektualno lastnino, ECLI:EU:T:2006:65.

⁷⁶ Zadeve T-353/07, *Esber, SA* proti Urad Evropske unije za intelektualno lastnino, ECLI:EU:T:2009:475, T-482/08, *tlas Transport GmbH* proti Uradu za usklajevanje na notranjem trgu, ECLI:EU:T:2010:229, T-135/04, *GfK AG* proti Urad Evropske unije za intelektualno lastnino, ECLI:EU:T:2005:419.

⁷⁷ Zadeva T-479/15, *Lotte Co. Ltd* proti Uradu Evropske unije za intelektualno lastnino, ECLI:EU:T:2016:472.

⁷⁸ Gl. zadevo T-105/13, *Ludwig Schokolade GmbH & Co. KG* proti Uradu za usklajevanje na notranjem trgu, ECLI:EU:T:2014:1070.

⁷⁹ Smernice EUIPO, 2021, str. 1107.

⁸⁰ Prav tam, str. 1008.

Za primer lahko navedemo zadevo *LTJ Diffusion*.⁸¹ Znamka ARTHUR je bila registrirana figurativna znamka v obliki lastnoročnega podpisa v črni barvi na beli podlagi. Imetnik je ni uporabljal v taki obliki, ampak zgolj v klasičnem napisu bele barve na črni podlagi. Sodišče EU je odločilo, da se znamka ni uporabljala, ker je grafični element te znamke v obliki stiliziranega podpisa popolnoma izginil in je bil nadomeščen z radikalno drugačnimi grafičnimi elementi, ki so klasični, simetrični in statični, kar pa ne velja za registrirano obliko znamke, za katero sta bili značilni asimetričnost in dinamičnost črk.

V zadevi *Fruit of the Loom*⁸² je Splošno Sodišče odločalo o tem, ali uporaba znamke FRUIT OF THE LOOM pomeni uporabo znamke FRUIT. Slednje namreč imetnik znamke ni uporabljal. Odločilo je, da se znamka FRUIT ni uporabljala, čeprav je prevladujoči element znamke, ima pa v tj besedni zvezi pomembno vlogo tudi beseda LOOM. V zadevi *Specsavers*⁸³ pa je Sodišče EU pojasnilo, kako lahko uporaba znamke, ki je sestavljena iz več elementov, šteje za resno in dejansko uporabo registrirane znamke, ki vsebuje zgolj en element. V dani zadevi je bila registrirana figurativna znamka brez dodanih besedilnih elementov. Znamka se je uporabljala v spremenjeni obliki, ki je vključevala še besedni element »Specsavers«. Sodišče EU je odločilo, da gre za resno in dejansko uporabo registrirane znamke, če razlike med oblikama ne spreminjajo razlikovalnega značaja registrirane figurativne znamke. V zadevi *Levi Strauss*⁸⁴ pa je Sodišče EU odločilo, da uporabo znamke predstavlja tudi uporaba znamke v kombinaciji z drugo znamko ali kot del druge znamke. Družba Strauss je imetnica več znamk, med drugim besedne znamke LEVI'S, ki je znamka EU in je registrirana za oblačila, in nemške besedne in figurativne znamke, ki je registrirana za hlače, srajce, bluže ter moške, ženske in otroške jakne. Tudi ta znamka vsebuje besedni element LEVI'S v rdečem pravokotniku v levem zgornjem robu žepa. Obenem je družba Strauss imetnica figurativne znamke EU v modri in rdeči barvi, ki je registrirana za hlače. Znamka označuje položaj in je sestavljena iz rdeče pravokotne etikete iz blaga, ki je všita v zgornji levi del zadnjega žepa hlač ali kril. Registrirana je bila na podlagi pridobljenega razlikovalnega učinka v prometu. Družba Colloseum je prodajala hlače znamk COLLOSEUM, S. MALIK in EURGIULIO, ki so imele na desnem zadnjem žepu v zgornjem delu zunanega

⁸¹ Zadeva T-83/14, *LTJ Diffusion* proti Uradu za usklajevanje na notranjem trgu, ECLI:EU:T:2015:974.

⁸² Zadeva T-514/10, *Fruit of the Loom, Inc.* proti Uradu za usklajevanje na notranjem trgu, ECLI:EU:T:2012:316.

⁸³ Zadeva C-252/12, *Specsavers International Healthcare Ltd* in drugi proti *Asda Stores Ltd*, ECLI:EU:C:2013:497.

⁸⁴ Zadeva C-12/12, *Colloseum Holding AG* proti *Levi Strauss & Co.*, ECLI:EU:C:2013:253 (*Strauss*).

desnega šiva všite majhne rdeče pravokotne etikete iz blaga, na katerih so navedena imena teh znamk. Družba Strauss je zahteval prepoved prodaje teh hlač zaradi kršitve njenih znamk, ta pa je v obrambo navajala nezadostno uporabo figurativne znamke EU v modri in rdeči barvi. Postavilo se je vprašanje, ali je pogoj resne in dejanske uporabe znamke izpolnjen, če se znamka, ki je razlikovalni učinek pridobila z uporabo druge sestavljene znamke, katere element je, uporablja skupaj z drugo sestavljeno znamko ali kadar se uporablja z drugo znamko, kombinacija teh znamk pa je dodatno registrirana znamka. Sodišče EU je navedlo, da je pri tej presoji bistveno, da znak zaradi uporabe pri zadevni javnosti lahko označuje proizvode, ki izvirajo iz določenega podjetja.⁸⁵ Uporaba znamke torej vključuje tako neodvisno (samostojno) uporabo znamke kot tudi njeno uporabo kot sestavni del druge znamke, ki je obravnavana kot celota ali je z njo v kombinaciji,⁸⁶ pod pogojem, da služi temeljni funkciji znamke.

Nekateri primeri, o katerih je Sodišče EU odločalo, pa se nanašajo tudi na situacije, kjer je kot znamka bila registrirana tudi spremenjena oblika. V zadevi *Il Ponte Finanziaria* je Sodišče EU navedlo, da z dokazom o uporabi znamke, ki ima le nekoliko drugačno obliko od registrirane oblike, ni mogoče varstva, ki ga ima registrirana znamka, razširiti na drugo registrirano znamko, katere uporaba ni dokazana, ker naj bi bila ta zgolj različica prve.⁸⁷ V zadevi *Rintisch*⁸⁸ pa je odločilo, da se imetnik registrirane znamke zaradi dokazovanja njene uporabe lahko sklicuje na uporabo znamke v obliki, ki je drugačna od oblike, v kateri je bila znamka registrirana, ne da bi razlike med tema oblikama spreminjale razlikovalni značaj te znamke, in ne glede na to, da je ta drugačna oblika sama registrirana kot znamka. To pravilo iz zadeve *Rintisch* je bilo vključeno v določbe Direktive 2015/2436⁸⁹ in posledično v ZIL-1, ki v točki a) drugega odstavka 52. b člena določa, da glede uporabe znamke ni pomembno, ali je bila ta v obliki, v kateri se uporablja, tudi registrirana na ime imetnika znamke.⁹⁰

⁸⁵ Prav tam, tč. 28.

⁸⁶ Prav tam, tč. 32.

⁸⁷ Zadeva *Il Ponte Finanziaria*, tč. 86.

⁸⁸ Zadeva C-553/11, Bernhard Rintisch proti Klaus Eder, ECLI:EU:C:2012:671.

⁸⁹ Gl. točko a) petega odstavka 16. člena Direktive 2015/2436.

⁹⁰ O tem glej tudi M. Repas v: M. Repas, M. Ovčak Kos, E. Zirnstein, 2023, Pravo intelektualne lastnine, str. 445–449.

3.4 Upravičen razlog za neuporabo

Izjemo od obveznosti uporabe znamke v obdobju zaporednih petih let predstavljajo opravičljivi razlogi za njeno neuporabo (prvi odstavek 52. b člena ZIL-1). Ker gre za izjemo od splošnega pravila, je treba opravičljive razloge že zaradi tega razlagati ozko. ZIL-1 ne vsebuje razlage ali primerov takih opravičljivih razlogov; enako velja za Direktivo 2015/2436 in Uredbo 2017/1001. Določbo o upoštevanju opravičljivih razlogov za neuporabo vsebuje tudi Sporazum o trgovinskih vidikih intelektualne lastnine⁹¹ (Sporazum TRIPS) v 19. členu, ki pa – za razliko od ZIL-1, Direktive 2015/2436 in Uredbe 2017/1001 – pojasnjuje in navaja primere opravičljivih razlogov. Kot opravičljivi razlogi se po tej določbi TRIPS štejejo okoliščine, ki se pojavijo neodvisno od volje imetnika znamke in so ovira za uporabo znamke, kot so npr. uvozne omejitve ali druge vladne zahteve za blago ali storitve, ki jih varuje znamka.

Razlogo opravičljivih razlogov je podalo Sodišče EU v zadevi *Lidl Stiftung*.⁹² Navedlo je, da so okoliščine, ki se pojavijo neodvisno od volje imetnika znamke, tudi edini razlogi, na katere se lahko imetnik znamke opre. S tem se je izognilo preširokemu obsegu razlage opravičljivih razlogov. V tej zadevi je nemška trgovska veriga Lidl registrirala figurativno in besedno znamko LE CHEF DE CUISINE. Ta družba že od leta 1973 upravlja z verigo samopostrežnih trgovin v Nemčiji. Prva samopostrežna trgovina pa je bila v Avstriji odprta leta 1998. Trži pripravljene jedi, ki nosijo registrirano znamko, zgolj na svojih prodajnih mestih. Pred odprtjem prvih samopostrežnih trgovin v Avstriji je predstavila proizvod znotraj svojega podjetja, sklenila dogovore z dobavitelji in začela skladiščiti že dobavljeno blago. A. Häupl je leta 1998 zahteval ugotovitev ničnosti (beri razveljavitev) znamke zaradi neuporabe na območju Avstrije. Družba Lidl se je sklicevala na opravičljive razloge za neuporabo znamke, in sicer na birokratske ovire v zvezi z odprtjem novih samopostrežnih trgovin v tej državi v zvezi z izdajo dovoljenj za obratovanje.

Sodišče EU je odločilo, da za upravičene razloge za neuporabo znamke štejejo ovire, ki imajo neposredno zvezo s to znamko in onemogočijo njeno uporabo oz. je zaradi njih njena uporaba nerazumna ter so neodvisne od volje imetnika omenjene znamke. Iz tega izhaja, da mora imetnik znamke za obstoj opravičljivih razlogov izkazati: (i)

⁹¹ Uradni list RS-MP, št. 10/95.

⁹² Zadeva C-246/05, Armin Häupl proti Lidl Stiftung & Co. KG, ECLI: ECLLEU:C:2007:340, tč. 51.

da obstajajo razlogi za neuporabo, ki so neodvisni od volje imetnika znamke, (ii) da obstaja neposredna povezava med ovirami in neuporabo znamke in (iii) da je ovira taka, da je uporaba znamke nemogoča ali nerazumna.

V teoriji se poudarja, da je pogoj neodvisnosti razlogov od volje imetnika znamke mogoče razlagati na dva načina. Po prvem načinu lahko zajema zgolj okoliščine, ki so popolnoma izven nadzora imetnika, po drugem pa se lahko razlaga širše, in sicer kot vse tiste ovire, ki jih imetnik ni želel. Klasični primer takih opravičljivih razlogov so uvozne omejitve ali druge vladne zahteve, kot so državni monopoli, ki preprečujejo kakršnokoli uporabo, ali državna prodaja prodaje blaga iz zdravstvenih razlogov ali razlogov nacionalne varnosti (klinični poizkusi in dovoljenja za nova zdravila,⁹³ dovoljenje organa za varno prehrano, ki ga mora pridobiti imetnik znamke pred trženjem blaga⁹⁴). Kot lahko vidimo, ti razlogi niso povezani z znamko, ampak z blagom in storitvami, ki so z znamko označeni.⁹⁵ Po drugi strani pa finančne težave, pomanjkanje surovin, marketinške in podobne težave prav tako niso tiste, ki bi si jih imetnik želel, pa vendarle ne sodijo v okvir opravičljivih razlogov, ker so pod nadzorom imetnika. Posledično se torej okoliščine, ki so povezane s komercialnimi težavami, s katerimi se imetnik znamke sooča, ne štejejo za opravičljive. V zadevi *Naazneen Investment*⁹⁶ je Splošno sodišče odločilo, da za opravičljiv razlog ni mogoče šteti okoliščine, da je bila embalaža, v kateri se je pijača prodajala, neustrezna, čeprav jo je proizvajala tretja oseba. Imetnik znamke je imel dovolj časa, da bi pridobil drugo embalažo, v kateri bi lahko tržil proizvode, označene z znamko. Dodatne investicije, ki bi bile potrebne za proizvodnjo take embalaže, pa so del tveganja, ki ga mora nositi podjetje.⁹⁷

Kar zadeva zadostno neposredno vez med oviro in znamko, je Sodišče EU v zadevi *Lidl Stiftung* navedlo, da birokratske ovire pri pridobivanju gradbenega dovoljenja ne predstavljajo zadostne vezi z uporabo znamke na prehrabnih proizvodih, za katere je znamka registrirana. Drugače je v primeru, ko je uporaba imena za blago odvisna od pridobitve dovoljenja regulativnega organa (npr. Evropske agencija za zdravila). Za obstoj opravičljivega razloga mora biti podana še ena predpostavka, tj. da je zaradi

⁹³ Primer R 155/2006-1, 18. 4. 2007 – LEVENIA/LEVELINA.

⁹⁴ Primer R 155/2010-2, 20. 9. 2010 – HICELL/HEMICELL.

⁹⁵ Gl. v primeru R 764/2009-4, 9. 3. 2010 – HUGO BOSS/BOSS.

⁹⁶ Zadeva T-250/13, *Naazneen Investments Ltd v Office for Harmonisation in the Internal Market*, ECLI:EU:T:2015:160.

⁹⁷ Prav tam, tč. 68. Več o tem gl. T. Aplin, J. Davis, 2017, *Intellectual Property Law (Text, Cases, and Materials)*, str. 475–476.

ovire uporaba znamke nemogoča ali nerazumna. Ne zadošča, da ovira zgolj omejuje imetnika znamke glede njene uporabe. Biti mora taka, da uporabo onemogoča ali jo napravi nerazumno. Primerov, ko bi bila uporaba znamke nemogoča, je malo. V večini primerov gre za vprašanje, ali je ovira take narave, da se imetnik znamke lahko prilagodi, ali pa gre za oviro, ki opravičuje zadrževanje uporabe dokler ovira ne preneha. V ta namen je treba preučiti strategijo podjetja, dobro ime imetnika, trajanje ovire, alternativne možnosti, kot je uporaba znamke v drugi obliki, ipd.⁹⁸ Kot primer take nerazumne uporabe, ki pa ni tudi nemogoča, je prodaja blaga v trgovinah konkurentov imetnika znamke.⁹⁹

Izpostaviti pa je treba, da se opravičljivi razlogi za neuporabo znamke ne obravnavajo enako kot dejanska uporaba znamke, ki bi lahko vodila do novega petletnega obdobja, ki bi se pričelo s prenehanjem opravičljivih razlogov za neuporabo. Šteti je treba, da neuporaba znamke iz opravičljivih razlogov zgolj ustavi tek petletnega obdobja, kar pomeni, da se čas trajanja opravičljivih razlogov ne všteva v petletno obdobje.¹⁰⁰

4 Posledice neuporabe znamke

4.1 Razveljavitev znamke

Prva posledica neuporabe znamke je njena razveljavitev in s tem prenehanje. Uveljavlja se z zahtevo zainteresirane osebe (prvi odstavek 110. c člena ZIL-1), ki se vložijo v skladu s prvim odstavkom 110.a člena vložijo pri URSIL. Kot je bilo že omenjeno, bo v postopku razveljavitve znamke imetnik znamke tisti, ki bo moral izkazovati resno in dejansko uporabo oz. obstoj opravičljivih razlogov, zaradi katerih znamke ni mogel uporabljati. Institut razveljavitve znamke je v pravo znamk uveden zaradi omejevanja velikega števila registriranih znamk ter s tem tudi konfliktov med njimi.¹⁰¹ Če se znamka ne uporablja, ne obstaja opravičljiv razlog za njeno zaščito,¹⁰² razen ko za to obstajajo opravičljivi razlogi.

⁹⁸ L. Bently et al. 2018, Intellectual Property Law, str. 1091 in 1092.

⁹⁹ J. Pila in P. Torremans, 2016, European Intellectual Property Law, str. 431.

¹⁰⁰ Smernice EUIPO, 2021, str. 1125.

¹⁰¹ Zadeva T-174/01, Jean M. Goulbourn proti Urad Evropske unije za intelektualno lastnino, ECLI:EU:T:2003:68, tč. 38.

¹⁰² Uredba 2017/1001, tč. 24.

Zainteresirana oseba lahko vložiti zahtevo, ker imetnik znamke v obdobju petih let po vpisu znamke v register ni začel resno in dejansko uporabljati v Republiki Sloveniji za blago ali storitve, za katere je ta registrirana, ter za to ni imel opravičljivega razloga. Obstajajo pa tudi situacije, kjer je imetnik znamko uporabljal po datumu vpisa v register, vendar je kasneje z njeno uporabo prekinil v obdobju petih zaporednih let. ZIL-1 omogoča vložitev zahteve na razveljavitev znamke tudi v taki situaciji. Iz tega izhaja, da bo moral imetnik znamke dokazati uporabo znotraj petih let pred vložitvijo tožbe na razveljavitev znamke. Predpostavimo, da je bila znamka registrirana 1. 1. 2014, tožba na razveljavitev pa je bila vložena 5. 12. 2019. Imetnik znamke bo resno in dejansko uporabo moral dokazati za obdobje 5. 12. 2014 do 4. 12. 2019.

V zvezi z obdobjem uporabe znamke obstaja omejitev, ki je v korist imetniku registrirane znamke. Znamka ne bo predmet razveljavitve, če imetnik prične z njeno uporabo po izteku petletnega obdobja, vendar pred vložitvijo zahteve na njeno razveljavitev. Ne glede na to tretji odstavek 110. c člena ZIL-1 določa, da se na tako ponovno uporabo ne more uspešno sklicevati tisti imetnik znamke, ki je začel znamko uporabljati ali jo ponovno uporabljati v roku treh mesecev pred vložitvijo tožbe, šteto najprej od izteka petletnega obdobja, če je začel s pripravami na uporabo znamko ali njeno ponovno uporabo šele, ko se je zavedal, da mu grozi vložitev zahteve na razveljavitev znamke. Dokazno breme zavedanja namere po vložitvi zahteve na razveljavitev nosi tožnik.¹⁰⁵

V postopku razveljavitve znamke se postavlja vprašanje obsega njene razveljavitve. Ali se v primeru uspešnega uveljavljanja razveljavitve znamke ta razveljavi in s tem preneha za vse blago ali storitve, za katere je registrirana, ali se razveljavite zoži zgolj na tisto, za kar se znamka ni resno in dejansko uporabljala? Povsem jasno je, da se znamka lahko registrira za različno blago ali storitve, imetnik pa jo uporablja le za ožji obseg registriranega blaga in storitev. V zvezi s tem določba šestega odstavka 110. c člena ZIL-1 določa delno razveljavitev, kar pomeni, da se znamka razveljavi za tisto blago ali storitve, za katere se ugotovi, da se ni uporabljala na območju Republike Slovenije. Delna razveljavitev se sicer sliši enostavna, lahko pa v nekaterih primerih povzroča velike težave. Težav ne bo, če je registrirana za oblačila, obutev in pokrivala v razredu 25 Nicejske klasifikacije proizvodov in storitev, uporablja pa

¹⁰⁵ Smernice EUIPO, 2021, str. 1167.

se zgolj za hlače, krila in srajce. V takem primeru se bo štelo, da se znamka uporablja samo za oblačila v razredu 25 in ne tudi za obutev. Če je znamka registriran zgolj za oblačila v razredu 25, imetnik pa jo je uporabljal za škornje, pomeni, da znamke ni uporabljal. Problem nastopi v primeru, ko je znamka, denimo, registrirana za alkoholne pijače, imetnik znamke pa jo uporablja le za viski ali zgolj za malt viski. V zvezi z reševanjem tega problema obstajata dve stališči. Po prvem bi bilo treba spremeniti specifikacijo, po drugem pa zadošča omejitev blaga s seznama registriranega blaga. S tem vprašanjem sta se že ukvarjala tako Splošno sodišče v zadevi *Reckitt Benckiser* kot Sodišče EU v zadevah *Ferrari* in *ACTC* ter je obrazloženo v razdelku 3.2.5.

Razveljavitev znamke ne preneha z učinkom za nazaj (*ex tunc*), ampak z učinkom *ex nunc*, pri čemer se postavlja vprašanje, kateri trenutek je relevanten. Ali datum pravnomočne odločbe o razveljavitvi znamke ali datum vložitve zahteve za razveljavitev znamke ali kakšen drugi časovni trenutek? Pred novelo ZIL-1F je ZIL-1 v določbi četrtega odstavka 120. člena ZIL-1 določal, da se znamka razveljavi z dnem pravnomočnosti sodbe. V zvezi s tem je šlo za nedosleden prenos določbe 47. člena Direktive 2015/2436 v ZIL-1. Po določbi 47. člena Direktive 2015/2436 registrirana blagovna znamka preneha imeti učinke od datuma vložitve zahteve za razveljavitev in ne šele z dnevom pravnomočne odločbe. Dodatno pa določa še, da lahko odločba o zahtevi za razveljavitev na zahtevo ene od strank določi tudi zgodnejši datum, na katerega je nastopil razlog za razveljavitev. To neskladje je zakonodajalec odpravil z novelo ZIL-1F. Določba sedmega odstavka 110. c člena ZIL-1 danes določa, da razveljavitev znamke učinkuje od datuma vložitve zahteve za razveljavitev, na zahtevo ene od strank pa se lahko za datum učinka razveljavitve določi tudi zgodnejši datum, če je že na ta dan obstajal razlog za razveljavitev.

4.2 Sklicevanje na uporabo znamke v postopku registracije

Postopek registracije znamke ZIL-1 ureja v določbah 79. do 85.a člena in 97 do 103. člena. Namen tega prispevka ni analiza vseh teh določb, ampak zgolj tistih, ki so povezane z vprašanjem resne in dejanske uporabe znamke.

Po vložitvi prijave za registracijo znamke in formalnem preizkusu pogojev, URSIL v skladu z 99. členom ZIL-1 po uradni dolžnosti preizkusi absolutne razloge za zavrnitev registracije znamke, navedene v 43. členu ZIL-1, kot so npr. opisnost,

generičnost znaka, odsotnost razlikovalnega učinka in nasprotovanje znaka javnemu redu in morali. Po preizkusu absolutnih razlogov URSIL objavi prijavo za registracijo znamke (drugi odstavek 99. člena ZIL-1). Po objavi prijave lahko kdorkoli URSIL-u sporoči svoje mnenje, da prijavljenega znaka ni dovoljeno registrirati kot znamko zaradi obstoja absolutnih razlogov za zavrnitev registracije znamke (100. člen ZIL-1). Imetniki prejšnjih znamk ali prejšnjih pravic pa lahko ugovarjajo registraciji znamke tudi zaradi obstoja relativnih razlogov za zavrnitev registracije znamke, ki so določeni v 44. členu ZIL-1 (101. člen ZIL-1). Ti razlogi se nanašajo na obstoj prej prijavljenih ali registriranih enakih znamk za enako blago oz. storitve ali podobnih znamk za enako ali podobno blago oz. storitve itd. Upoštevajo se po uradni dolžnosti, zaradi česar bo URSIL registriral tudi znamko, ki je identična prej registrirani znamki, če imetnik prejšnje znamke registraciji enake kasnejše znamke ne bo ugovarjal.

ZIL-1 v postopku registracije kasnejše znamke, ki je enaka ali podobna prejšnji znamki, imetniku kasnejše znamke omogoča posebno obrambo (102.a člen). Gre za novost, ki je prejšnja ureditev ni poznala. Ta obramba se nanaša na resno in dejansko uporabo prejšnje znamke. V primeru, da imetnik prejšnje znamke ugovarja registracije kasnejše znamke, ima prijavitelj kasnejše znamke možnost zahtevati, da imetnik prejšnje znamke predloži dokaze, da je v obdobju zadnjih petih zaporednih let pred datumom vložitve prijave ali datumom prednostne pravice svojo znamko, ki je razlog za ugovor, začel resno in dejansko uporabljati za blago ali storitve, za katere je ta registrirana, ali da obstajajo upravičeni razlogi za njeno neuporabo, pod pogojem, da je na datum vložitve prijave ali datum prednostne pravice kasneje prijavljene znamke že poteklo pet let od datuma vpisa prejšnje znamke v register¹⁰⁴ (prvi odstavek 102.a člena ZIL-1). Prijavitelj kasnejše znamke lahko predložitev dokazov, ki se nanašajo na resno in dejansko uporabo znamke, zahteva v roku treh mesecev od prejema obvestila o vložnem ugovoru imetnika prejšnje znamke (prvi odstavek 102.a člena v povezavi z 102. členom ZIL-1). O tej zahtevi se mora imetnik prejšnje znamke izreči v treh mesecih od vročitve poziva, ki mu ga pošlje URSIL (drugi odstavek 102.a člena ZIL-1). Če imetnik prejšnje znamke v tem roku ne dokaže uporabe znamke ali da obstajajo za njeno neuporabo upravičeni razlogi, URSIL z odločbo zavrne ugovor zoper registracijo kasnejše znamke (tretji odstavek 102.a člena ZIL-1). Ker je lahko prejšnja znamka registrirana za več vrst blaga ali storitev,

¹⁰⁴ Ta pogoj je dodan, ker registrirana znamka daje v prvih petih letih po vpisu v register absolutno zaščito, četudi je imetnik resno in dejansko ne uporablja.

se lahko zgodi, da jo imetnik prejšnje znamke za določene blago resno in dejansko uporablja, za nekatero pa ne. Za namene preverjanja utemeljenosti ugovora se šteje, da je registrirana le za to blago ali storitve (četrti odstavek 102.a člena ZIL-1).

Kadar prijavitelj kasnejše znamke zahteva dokaz o uporabi prejšnje znamke, URSIL oceni, ali je imetnik prejšnje znamke uspešen pri dokazovanju tega. Te ocene URSIL-u verjetno ne bo treba opraviti, če bi bilo to dokazovanje neuporabe nepomembno za sam primer. Potrebe po oceni tega ni, če niso izpolnjeni pogoji iz 44. člena ZIL-1, kar pomeni, da znaka nista identična ali podobno ali da ne obstaja verjetnost ustvarjanja zmede v javnosti in drugo.¹⁰⁵ Enako v primeru, da je ugovor utemeljen že na podlagi kakšne druge prejšnje znamke, glede katere se vprašanje njene uporabe oz. neuporabe ne postavi.¹⁰⁶

Imetnik prejšnje znamke lahko torej z ugovorom zoper registracijo kasnejše znamke uspe le, če uspe dokazati, da znamko dejansko in resno uporablja. Če temu ni tako, URSIL kasnejšo znamko registrira. Posledica tega je registracija in obstoj dveh enakih ali podobnih znamk za enako ali podobno blago ali storitve. Opravka imamo s soobstojem dveh znamk različnih imetnikov. Imetnik kasnejše znamke ima v takem primeru možnost, da v skladu s 120. členom ZIL-1 vloži tožbo na razveljavitev prejšnje znamke, ker se ta resno in dejansko ni uporabljala.

4.3 Sklicevanje na uporabo znamke v postopku ničnosti

Zahteva po resni in dejanski uporabi znamke je pomembna tudi v postopku uveljavljanja ničnosti znamke. Po določbi prvega odstavka 110. d člena ZIL-1 lahko vsaka zainteresirana oseba vloži zahtevo za ugotovitev ničnosti znamke pri URSIL iz treh razlogov. Prvi razlog je, da so na datum vložitve prijave za registracijo znamke obstajali absolutni razlogi za zavrnitev registracije znamke v 43. členu ZIL-1. Drugi razlog je, da so na datum vložitve prijave za registracijo znaka kot znamke obstajali relativni razlogi za zavrnitev registracije znamke v 44. členu ZIL-1.¹⁰⁷ Tretji razlog pa je, da prijavitelj znamke ni prijavil v dobri veri.

¹⁰⁵ Gl. zadevo T-296/02, Lidl Stiftung & Co. KG proti Urad Evropske unije za intelektualno lastnino, ECLI:EU:T:2005:49, tč. 43.

¹⁰⁶ Smernice EUIPO, 2021, str. 1126–1127.

¹⁰⁷ Pri tem ničnostnem razlogu je krog aktivno legitimiranih oseb za vložitev tožbe ožji. Omejen je na imetnika prejšnje znamke, imetnika prej pridobljenega neregistriranega znaka, ki se uporablja v gospodarskem prometu, imetnika znamke, ki jo je brez njegovega soglasja njegov posrednik ali zastopnik prijavil na svoje ime, osebo, ki je

Sklicevanje na neuporabo znamke v postopku ničnosti pride v poštev v primeru soobstoja dveh enakih ali podobnih znamk. Gre torej za razmerje med prejšnjo in kasnejšo znamko. Imetnik prejšnje znamke, ki v postopku registracije znamke ni ugovarjal registraciji kasnejše znamke, lahko po registraciji take znamke vložiti zahtevo na ničnost znamke, ker so v času vložitve prijave za registracijo kasnejše znamke obstajali relativni razlogi za zavrnitev registracije znamke. ZIL-1 imetniku kasnejše znamke v takem primeru omogoča poseben zaščitni mehanizem s sklicevanjem na neuporabo prejšnje znamke. Zahteva lahko, da imetnik prejšnje znamke predloži dokaze, da je v obdobju petih let pred datumom vložitve zahteve za ugotovitev ničnosti svojo znamko, ki je razlog za to zahtevo, resno in dejansko uporabljal za blago ali storitve, za katere je registrirana, ali da obstajajo upravičeni razlogi za njeno neuporabo, pod pogojem, da je na datum vložitve zahteve za ugotovitev ničnosti kasnejše znamke že poteklo pet let od datuma vpisa prejšnje znamke v register (prvi odstavek 52. c člena ZIL-1). Če je na dan vložitve prijave kasnejše znamke ali na datum prednostne pravice že poteklo obdobje petih let, mora imetnik prejšnje znamke poleg dokazov o uporabi predložiti tudi dokaze, da je znamko začel resno in dejansko uporabljati v obdobju petih let pred datumom vložitve prijave kasnejše znamke ali datumom prednostne pravice, ali da obstajajo upravičeni razlogi za njeno neuporabo (drugi odstavek 52. c člena ZIL-1). Zahteva za ugotovitev ničnosti kasnejše znamke se zavrne, če imetnik ne dokaže, da je znamko v zadevnem časovnem obdobju resno in dejansko uporabljal oz. ne izkaže upravičenih razlogov za njeno neuporabo (tretji odstavek 52.c člena ZIL-1). Če se je prejšnja znamka uporabljala le za nekatero blago ali storitve, za katere je registrirana, se za namene preverjanje utemeljenosti zahteve za ugotovitev ničnosti šteje, da je registrirana le za to blago ali storitve (četrti odstavek 52. c člena ZIL-1).

Tudi v tem primeru je pravica imetnika prejšnje znamke omejena, saj bo moral trpeti registracijo in uporabo vzporedne znamke, poleg tega pa bo izpostavljen tožbi na razveljavitev njegove znamke zaradi neuporabe.

upravičena do uporabe oznabe porekla ali geografske oznabe in imetnika prej pridobljene pravice (peti odstavek 110.d člena ZIL-1).

4.4 Sklicevanje na uporabo znamke v postopku kršitve

Po 47. členu ZIL-1 ima imetnik znamke izključno pravico do njene uporabe in druge izključne pravice iz zakona ter lahko prepreči tretjim osebam, ki nimajo njegovega soglasja, da v gospodarskem prometu uporabljajo enak ali podoben znak¹⁰⁸ v povezavi z blagom ali storitvami.¹⁰⁹ Tretje osebe ne smejo zlasti opremljati blago ali njegovo embalažo s takim znakom; ponujati blago, označeno s tem znakom, ga dajati na trg ali ga skladiščiti v te namene ali ponujati ali opravljati storitev pod tem znakom; uvoziti ali izvoziti blaga pod tem znakom; uporabljati znak na poslovni dokumentaciji in v oglaševanju; uporabljati znak kot trgovsko ime ali firmo podjetja ali kot del tega; in uporabljati znak v primerjalnem oglaševanju na način, ki nasprotuje predpisom na tem področju (drugi odstavek 47. člena ZIL-1).¹¹⁰ Vsaka taka uporaba registrirane znamke v gospodarskem prometu brez soglasja imetnika znamke je kršitev registrirane znamke, na podlagi česar ima imetnik registrirane znamke zoper kršitelja zahtevke po 121. členu ZIL-1.¹¹¹

Tudi v postopku kršitve ZIL-1 domnevnemu kršitelju omogoča poseben način obrambe s sklicevanjem na resno in dejansko uporabo znamke, kar je določeno v a122.a členu ZIL-1. Po prvem odstavku a122.a člena ZIL-1 lahko imetnik znamke prepove uporabo znaka samo, če v času vložitve tožbe zaradi kršitve znamke ne obstajajo razlogi za njeno razveljavitev zaradi neuporabe. To pomeni, da se na kršitev znamke ne more sklicevati tisti imetnik, ki znamke, ki naj bi bila kršena, ni resno in dejansko uporabljal. Po drugem odstavku a122.a člena ZIL-1 lahko domnevni kršitelj (toženec) zahteva, da imetnik znamke predloži dokazilo, da je v obdobju zadnjih petih let pred vložitvijo tožbe svojo znamko, ki je razlog za tožbo, resno in dejansko uporabljal za blago ali storitve, za katere je znamka registrirana, ali da obstajajo upravičeni razlogi za njeno neuporabo, pod pogojem, da je na datum vložitve tožbe zaradi kršitve že poteklo pet let od datuma vpisa znamke v register. Gre torej za neuporabo znamke kot način obrambe v postopku kršitve znamke. Če

¹⁰⁸ Določba 47. člena ZIL-1 je poenostavljena, ker namen tega prispevka ni analizirati vseh situacij, kjer uporabo znaka pomeni kršitev registrirane znamke.

¹⁰⁹ Gl. tudi tretji in četrti odstavek 47. člena ZIL-1 v zvezi s tranzitom blaga in 47.a člen ZIL-1 glede pripravljanih dejanj v zvezi z embalažo ali drugimi sredstvi. Več o tem gl. M. Repas, 2020, Zakon o industrijski lastnini, Uvodna pojasnila k noveli ZIL-1E, str. 47–50.

¹¹⁰ Več gl. prav tam, str. 46–47.

¹¹¹ Več o tem gl. T. Vuča, 2015, Kako zavarovati industrijsko lastnino, in M. Ovčak Kos v: M. Repas, M. Ovčak Kos, E. Zirnstein, 2023, Pravo intelektualne lastnine.

imetnik znamke ni resno in dejansko uporabljal, s tožbo zaradi kršitve znamke ne bo uspel.

5 Zaključek

Glede na številnost primerov iz prakse obveznost resne in dejanske uporabe znamke ni nepomembna. Očitno je, da številni subjekti registriranih znamk ne uporabljajo, nekateri celo v trenutku vložitve zahteve za registracijo nimajo tega namena. Da bi se zmanjšalo število že tako preštevilnih znamk na trgu, pravo določa sankcije in omejitve za take imetnike znamk, ki so se z novo Direktivo 2015/2436 in posledično z novelo ZIL-1E celo razširile na primere oz. postopke, v katerih se prej vprašanje uporabe ni pojavilo, kot so postopek registracije znamke, postopek uveljavljanja ničnosti¹¹² in postopek kršitve znamke. Iz analize relevantnih določb ZIL-1 izhaja, da ima neuporaba znamke pomembne implikacije in omejitve. Imetnik znamke bo moral zaradi neuporabe trpeti nekatere posledice, kot je predvsem registracija in obstoj enakih ali podobnih znamk drugih imetnikov, v najhujšem primeru pa lahko znamko tudi izgubi na podlagi tožbe za razveljavitev znamke. Edini razlog, s katerim se lahko razbremeni obveznosti po resni in dejanski uporabi znamke v zakonsko predpisanem obdobju, so opravičljivi razlogi, zaradi katerih znamke ni mogel uporabljati. Pri tem pa iz prakse Sodišča EU izhaja, da so ovire za izkazovanje opravičljivih razlogov visoke.¹¹³

Literatura

- Angelini Fabio, Parello, Sara, The Grune Punkt case, *European Intellectual Property Review*, Let. 42 (2020), št. 10, str. 684–688.
- Aplin Tanya, Davis Jenifer, *Intellectual Property Law (Text, Cases, and Materials, (third edition)*, Oxford University Press, Oxford 2017.
- Bently Lionel, Sherman Brad, Gangjee Dev, Johnson Phillip, *Intellectual Property Law (fifth edition)* Oxford University Press, Oxford 2018.
- Brown Abbe, Kheria Smita, Cornwell Jane, Iljadica Marta, *Contemporary Intellectual Property, Law and Policy (fifth edition)*, Oxford University Press, Oxford 2019.
- Cornish William Rodolph, *Intellectual Property: Patents, Copyright, Trade Marks and Allied Rights (fourth edition)*, Sweet and Maxwell, London 1999.
- Čizmić Jozo, Zlatović Dragan, *Komentar Zakona o žigu*, Faber & Zgombić Plus, Zagreb 2002.

¹¹² Je pa treba opozoriti, da so bili po prejšnji ureditvi v ZIL-1 relativni razlogi za zavrnitev registracije znamke razlog za izbris znamke iz registra in ne ničnostni razlog. V postopku izbrisa iz tega razloga pa sodišče tožbi na izbris ni ugodilo, če je tožena stranka dokazala, da obstajajo razlogi za razveljavitev prejšnje znamke (tretji odstavek 119. člena ZIL-1 (Uradni list RS, št. 51/06)).

¹¹³ A. Brown et al., 2019, *Contemporary Intellectual Property, Law and Policy*, str. 598.

- Davis Richard, Quintin Tom St., Tritton Guy, Tritton on Intellectual Property in Europe, (fourth edition), Sweet & Maxwell, London 2018.
- Janić Miodrag, Industrijska svojina i autorsko pravo, Novinska ustanova Službeni list SFRJ, Beograd 1973.
- Marković Slobodan M., Pravo intelektualne svojine, Magistrat in Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu, Sarajevo 2007.
- Hasselblatt Gordian N., European Union Trade Mark Regulation, Article-by-Article Commentary (second edition), Hart, Beck, Nomos, München 2018.
- Pila Justine, Torremans Paul, European Intellectual Property Law, Oxford University Press, Oxford 2016.
- Pila Justine, Torremans Paul, European Intellectual Property Law (second edition), Oxford University Press, Oxford 2019.
- Repas Martina, Keresteš Tomaž, The Certification Mark as a New EU-Wide Industrial Property Right, *International Review of Intellectual Property and Competition Law*, Let. 49 (2018), št. 3, str. 299–317.
- Repas Martina, Zakon o industrijski lastnini: Uvodna pojasnila k noveli ZIL-1E, Uradni list RS, Ljubljana 2020.
- Repas Martina, Ovčak Kos Maja, Zirnstein Elizabeta, Pravo intelektualne lastnine, Založba Uradni list Republike Slovenije, Ljubljana 2023.
- Vuga Tanja, Kako zavarovati industrijsko lastnino, IUS Software in GV Založba, Ljubljana 2005.

SUMMARY

Article analyses genuine use of trademark as an obligation that has significant consequences and limitations for the trademark owner. Non-use of trademark for a period of five consecutive years may lead to its revocation. Many proprietors of registered trademarks do not use their trademarks at all; some do not even have the purpose to use them at the time of filing the application for registration. To reduce the number of registered trademarks on the market and to prevent conflicts between them and the abuse of exclusive rights deriving from trademarks, the law provides for sanctions and limitation for such trademark owners. It has to be emphasised that these sanctions and limitations were extended with the new EU Directive 2015/2436 and consequently with the amendment of Slovenian Industrial Property Act in 2020. Thus, the question of genuine use appears in cases and proceedings in which it has not previously arisen, such as in the proceedings for registration of trademarks, the application for annulment and infringement of trademarks. Due to the non-use of the trademark, the owner of the trademark will have to suffer the existence and validity of the same or similar later trademarks, not be able to succeed in infringement actions and not be able to successfully claim nullity of the later trademark. At the same time his trademark could be subject to revocation due to non-use.

In all proceedings where the genuine use appears, the fundamental question is when the trademark is deemed to be used. In this regard, the basic rules are set in Article 52. b of the Slovenian Industrial Property Act and Article 16 of the Directive 2015/2436, which are not sufficiently clear and, therefore, require proper Euro-autonomous interpretation. The article lists and explains the genuine use based on decisions of the EU Courts and the EU Intellectual Property Office. Accordingly, to prove genuine use, the following elements should be met: the trademark must be used for a period of five consecutive years; in the territory of the Republic of Slovenia; during normal economic activity; must be used to indicate the origin of the goods; and in connection with the goods or services for which it is registered. It is the owner of the trademark who must prove the genuine use of trademark. For genuine use, the trademark does not have to be used by the proprietor, it is sufficient for it to be used by a person who has his consent (for example, the licensee or the subsidiary). It is also not necessary for the trademark to be used in the form in which it is registered. However, the change in used trademark must not affect the distinctive character of the registered trademark. According to the case law, the article explains when this is the case.

The consequences of non-use can be avoided only by proving justifiable reasons for non-use, the criteria for substantiating these being set high. Only those circumstances that arise independently of the will of the trademark owner can be considered as such. With this definition, the Court of Justice of the EU avoided an overly broad interpretation of justifiable reasons for non-use of the trademark.

KONKURENCA (PRISILNEGA) PRENOSA TERJATVE V IZVRŠILNEM POSTOPKU Z ZGODNEJŠIM POGODBENIM Odstopom ISTIH TERJATEV V ZAVAROVANJE

RENATO VRENČUR

Univerza v Mariboru, Pravna fakulteta, Maribor, Slovenija
renato.vrencur@um.si

V prispevku se ukvarjamo s konkurenco prenosa terjatve v izvršilnem postopku z zgodnejšim pogodbenim odstopom istih terjatev v zavarovanje. V primeru večkratnega globalnega anticipiranega fiduciarnega odstopa istih bodočih terjatev je treba dati prednost časovno prvi anticipirani cesiji. Ko terjatev nastane, preide na tistega fiduciarja, v korist katerega je bil sporazum o anticipiranem odstopu v zavarovanje sklenjen časovno prej. Prevedeno na položaj, o katerem razpravljamo v tem prispevku, pomeni, da je treba v primeru konkurence med prostovoljnim fiduciarnim odstopom bodočih terjatev in prisilnim prenosom bodočih terjatev (ki glede vrstnega reda učinkuje od trenutka rubeža terjatve) uporabiti pravilo iz tretjega odstavka 207. člena SPZ, ki ureja konkurenco večkratnih fiduciarnih odstopov terjatev, saj imajo tudi prisilni prenosi terjatev fiduciarno naravo.

DOI
[https://doi.org/
10.18690/um.pf.1.2024.2](https://doi.org/10.18690/um.pf.1.2024.2)

ISBN
978-961-286-817-8

Ključne besede:
stvarno pravo,
fiduciarna zavarovanja,
terjatev,
odstop terjatve v
zavarovanje,
insolventnost,
civilno izvršilno pravo



Univerzitetna založba
Univerze v Mariboru

DOI

[https://doi.org/
10.18690/um.pf.1.2024.2](https://doi.org/10.18690/um.pf.1.2024.2)

ISBN

978-961-286-817-8

Keywords:

property law,
fiduciary collateral,
receivable,
assignment of receivables as
collateral,
insolvency,
civil enforcement law

CONFLICT OF (FORCED) TRANSFER OF RECEIVABLES IN ENFORCEMENT PROCEEDINGS WITH EARLIER CONTRACTUAL ASSIGNMENT OF THE SAME RECEIVABLES AS COLLATERAL

RENATO VRENČUR

University of Maribor, Faculty of Law, Maribor, Slovenia
renato.vrencur@um.si

This paper deals with the conflict of transfer of receivables in enforcement proceedings with earlier contractual assignment of the same receivables as collateral. In the case of multiple global anticipatory fiduciary assignment of the same future receivables, priority must be given to the first anticipated assignment. When the claim arises, it passes to the fiduciary in whose favor the anticipated assignment agreement was concluded earlier. Translated to the situation discussed in this article, this means that in case of competition between voluntary fiduciary assignment of future receivables and forced transfer of future receivables, the rule from the Article 207 SPZ must be applied, which regulates competition of multiple fiduciary assignments. Forced transfers of receivables (in enforcement proceedings) also have a fiduciary nature.



1 Uvod

V prispevku obravnavamo v poslovni praksi zelo pogosto uporabljeno obliko zavarovanja plačil, in sicer odstop terjatev v zavarovanje. Jedro razprave se nanaša na konkurenco prisilnega prenosa terjatve v izvršilnem postopku z zgodnejšim pogodbenim odstopom (teh) istih terjatev v zavarovanje.

Zamislimo si lahko v poslovni praksi pogost primer, ko nek pravni subjekt (poimenujmo ga npr. družba Sonce d.o.o.) kot cedent oz. fiduciant globalno odstopi obstoječe in bodoče terjatve, ki izvirajo iz pogodb o zagotavljanju podpore, ki jih ima do svojega dolžnika, tj. do npr. družbe Borzen, operater trga z elektriko, d.o.o., v zavarovanje Banki d.d. (fiduciarni odstop). Upniki družbe Sonce d.o.o. nato predlagajo izvršbo z rubežem terjatev na te iste terjatve (ki izvirajo iz pogodb o zagotavljanju podpore), ki so bile (že pred tem) predmet pogodbenega odstopa v zavarovanje na banko (za zavarovanje kreditne terjatve – zavarovane terjatve). Ključno vprašanje, ki se zastavlja v tem primeru, je, kdo se bo lahko poplačal iz terjatev (kot predmeta zavarovanja), ki jih ima dolžnik (družba Sonce d.o.o.) do svojega dolžnika (družbe Borzen d.o.o.). Sporno materialnopravno vprašanje torej je, kako pravila našega prava rešujejo konkurenco rubeža terjatve in prisilnega prenosa terjatve v izterjavo oz. prenosa namesto plačila po pravilih Zakona o izvršbi in zavarovanju¹ (ZIZ) s časovno zgodnejšim pogodbenim anticipiranim (globalnim) fiduciarnim odstopom terjatev (obstoječih in bodočih). Pri tem najbrž ni odveč opozoriti, da v teoriji in praksi glede tega vprašanja ni povsem enotnega stališča.

Zato bomo v prispevku pojasnili nekaj splošnih izhodišč o globalnih odstopih terjatev v zavarovanje ter, vezano na osrednjo problematiko, odgovorili na naslednja vprašanja: (i) ali je dopustno zarubiti terjatve (v izvršilnem postopku), ki so bile z anticipirano globalno fiduciarno cesijo (ki se nanaša tudi na bodoče terjatve) pred sklepom o rubežu odstopljene v zavarovanje banki za zavarovanje kreditne terjatve (kot zavarovane terjatve), (ii) kako se v takšnih primerih v našem pravu rešuje konkurenca rubeža terjatve in prisilnega prenosa terjatve v izterjavo oz. prenosa namesto plačila po pravilih ZIZ s časovno zgodnejšim pogodbenim anticipiranim (globalnim) fiduciarnim odstopom terjatev (obstoječih in bodočih), (iii) ali lahko

¹ Uradni list RS, št. 3/07 – uradno prečiščeno besedilo, 93/07, 37/08 – ZST-1, 45/08 – ZArbit, 28/09, 51/10, 26/11, 17/13 – odl. US, 45/14 – odl. US, 53/14, 58/14 – odl. US, 54/15, 76/15 – odl. US, 11/18, 53/19 – odl. US, 66/19 – ZDavP-2M, 23/20 – SPZ-B in 36/21.

fiduciar (banka) zunajsodno izvrši zavarovanje kljub teku izvršilnih postopkov ter kljub dejstvu, da se je začela nad dolžnikom (fiduciantom, tj. družba Sonce d.o.o.) prisilna poravnava ali stečaj ter da je fiduciar v teh postopkih prijavil svojo terjatev in ločitveno pravico, (iv) komu mora izpolniti obveznost dolžnikov dolžnik (družba Borzen d.o.o.) po tem, ko je prejel sklep o rubežu terjatev, in (v) ali bodoče terjatve prehajajo v zavarovanje fiduciarju tudi po začetku prisilne poravnave ali stečaja nad fiduciantom (dolžnikom, tj. družba Sonce d.o.o.).

V razdelku 2.1. tega prispevka pričenjamo z uvodno razpravo o odstopih terjatev v zavarovanje (fiduciarnih cesijah), v okviru katere predstavimo splošne značilnosti tega pravnega instituta. Sledi obravnavanje problematike zunajsodne uveljavitve (realizacije) fiduciarnega zavarovanja (razdelek 2.2.). Problematiko morebitne izpodbojnosti anticipiranih fiduciarnih cesij in pravnih posledic začetka stečaja in prisilne poravnave na fiduciarne odstopne terjatev obravnavamo v razdelku 2.3., kateremu sledi obravnavanje osrednje teme, tj. konkurenca rubeža terjatev in prisilnega prenosa v izterjavo po pravilih izvršilnega prava s časovno zgodnejšim pogodbenim anticipiranim (globalnim) fiduciarnim odstopom terjatev (razdelek 2.4.). V zadnjem, 3. razdelku prispevka, povzamemo rezultate pričujoče razprave, v okviru katerih odgovarjamo na vprašanja, ki smo jih zastavili v uvodu tega prispevka (tj. v tem 1. razdelku).

2 Odstop terjatve v zavarovanje (fiduciarna cesija)

2.1 Uvod

Osrednje mesto med zavarovanji s terjatvami zavzemajo odstopi terjatev v zavarovanje. Neposredni poslovni razlog takšnih odstopov terjatev je v zavarovanju (*causa securitas*) neke temeljne obveznosti. Obveznost, ki je predmet zavarovanja, imenujemo zavarovana obveznost oz. zavarovana terjatev, terjatev, ki se odstopi v zavarovanje, pa imenujemo odstopljena terjatev. Pravni posel, ki je pravni temelj za nastanek zavarovane terjatve, je navadno kreditna ali posojilna pogodba, zato je vsebina zavarovane terjatve vračilo kredita ali posojila, skupaj s pripadki. Odstopljena terjatev pa je navadno terjatev iz naslova dobave blaga ali opravljenih storitev, katerih imetnik je dajalec zavarovanja. Bistvo fiduciarnih zavarovanj je torej v zavarovanju obveznosti dajalca zavarovanja (fiducianta) v razmerju do prejemnika zavarovanja (fiduciarja). Poleg navedenega je splošna značilnost fiduciarnih

zavarovanj v zaupnosti razmerja med strankami zavarovanja v tem pomenu, da je prejemnik zavarovanja (fiduciar) zavezan bodisi vrniti predmet zavarovanja dajalcu zavarovanja (fiduciantu) bodisi opraviti povratni prenos odstopljene terjatve, če do uveljavitve (izvršitve) zavarovanja ne pride, ker je dolžnik zavarovane terjatve (ki je lahko sočasno fiduciant ali pa oseba različna od fiducianta) izpolnil obveznost iz pravnega posla, ki je bil pravni temelj za nastanek poslovnega razmerja, iz katerega je nastala terjatev prejemnika zavarovanja (zavarovana terjatev). Zaradi navedenega uporabljamo za te pojavne oblike zavarovanja izraz fiduciarna zavarovanja.

Ena od pomembnih posebnosti odstopov terjatev v zavarovanje je tudi ta, da lahko upnik v primeru neplačila zavarovane terjatve ob njeni zapadlosti zunajsodno uveljavi (izvrši) prednostno poplačilno upravičenje.

Odstopi terjatev v zavarovanje so se v posameznih pravnih ureditvah, še prej pa v poslovni praksi, razvili kot reakcija na ureditev zastavne pravice na premoženjskih pravicah, ki ne omogoča diskretnosti zavarovanja. Zastavna pravica na terjatvi nastane v trenutku, ko dolžnik zastavljene terjatve od zastavitelja prejme obvestilo, da je terjatev zastavljena, kot to določa 179. člen Stvarnopravnega zakonika² (SPZ).³ Obvestitev ima oblikovalni (konstitutivni) učinek za nastanek zastavne pravice. Za razliko pa za nastop pravnih učinkov prenosa terjatve ni potrebna obvestitev dolžnika (cessusa).

Odstop v zavarovanje je v našem pravu urejen v 426. členu Obligacijskega zakonika⁴ (OZ): »Če je bila terjatev odstopljena v zavarovanje prevzemnikove terjatve proti odstopniku, je prevzemnik dolžan kot dober gospodarstvenik oziroma kot dober gospodar skrbeti za izterjavo odstopljene terjatve in po izterjavi, potem ko obdrži zase, kolikor je potrebno za poplačilo njegove lastne terjatve proti odstopniku, temu izročiti presežek.« Glede povratne cesije OZ nima posebnih določb. Te (in nekatere dodatne) pravne položaje ureja (dograjuje) SPZ (207. do 209. člen SPZ). SPZ je

² Uradni list RS, št. 87/02, 91/13 in 23/20.

³ Takšno pravilo pozna v zvezi z zastavitvijo terjatve tudi nemški Bürgerliches Gesetzbuch (BGB; par. 1280). Podobno velja tudi v Avstriji, le da je avstrijska sistematika ureditve zastavne pravice nekoliko specifična. V Občem državljskem zakoniku (ODZ) namreč ni posebnih določb o zastavitvi terjatev in drugih premoženjskih pravic. Ker so pravice netelesne stvari (gl. par. 292 ODZ), veljajo tudi zanje smiselno določbe o zastavitvi premičnih stvari. Ker tukaj ni mogoče zagotoviti publicitete na takšen način, kot pri premičninah (izročitev stvari), se uporablja smiselno določba par. 427 ODZ o izročitvi z znamenji. Publiciteti pa je zadoščeno, če je dolžnik obveščen o zastavi konkretne terjatve (gl. podrobneje pri H. Koziol, R. Welsler, 1991, Grundriß des bürgerlichen Recht - Band II, Sachenrecht - Familienrecht - Erbrecht, str. 123–124).

⁴ Uradni list RS, št. 97/07 – uradno prečiščeno besedilo, 64/16 – odl. US in 20/18 – OROZ631.

odstop v zavarovanje vezal na razvezni pogoj plačila zavarovane terjatve, če se stranki nista dogovorili drugače. Tako je odstop terjatve v zavarovanje (fiduciarna cesija) po izrecni določbi 207. člena SPZ oblika zavarovanja terjatve, pri kateri odstopnik (cedent) odstopi terjatev prevzemniku (cesionarju). Če ni drugače dogovorjeno, se šteje, da je pridobitelj pridobil terjatev pod razveznim pogojem plačila zavarovane terjatve. Če fiduciant izpolni zavarovano terjatev, nastopi za upnika obveznost, da cedira terjatev, ki služi za zavarovanje, nazaj.⁵ To pride v poštev predvsem pri nepogojni fiduciarni cesiji.

Razvezni pogoj zagotavlja samodejnost »povratnega prenosa« terjatve, ki je bila odstopljena v zavarovanje. Pravilneje rečeno, odstop preneha učinkovati, če se pogoj izpolni (gl. tretji odstavek 59. člena OZ). Razvezni pogoj je torej z domnevo »vgrajen« v razpolagalni pravni posel. Ko odstopnik (cedent oz. fiduciant) poravna zavarovano terjatev, odstop v zavarovanje preneha učinkovati, kar pomeni, da postane polni imetnik terjatve spet odstopnik (fiduciant). Pri tem modelu zavarovanja razvezni pogoj relativizira neakcesorno pravno naravo prenosa terjatev. Ker ob plačilu zavarovane terjatve »preide« v zavarovanje prenesena terjatev samodejno nazaj na fiducianta, se ustvarijo pravni učinki, kot jih poznamo pri akcesornih oblikah zavarovanja (npr. pri zastavni pravici). Ko preneha zavarovana terjatev, preneha tudi akcesorna zastavna pravica na zastavljeni terjatvi (prvi odstavek 137. člena SPZ in 183. člen SPZ). Vendar je treba ugotoviti, da niti pri tem modelu fiduciarnega prenosa ni neakcesornost v celoti izključena. Neakcesornost se še vedno kaže npr. pri cesiji zavarovane terjatve, kjer v zavarovanje prenesena terjatev ne sledi (*ex lege*) zavarovani terjatvi. Za prenos v zavarovanje prenesene terjatve je potreben dodatni (poseben) pravni posel fiduciarja.

Pogodbeni stranki lahko oblikujeta tudi nepogojni fiduciarni prenos terjatve, pri katerem ne bo samodejnosti glede povratnega prenosa. V tem primeru bo obstajala obveznost prevzemnika oz. cesionarja (fiduciarja) po povratnem prenosu terjatve na fiducianta. Ta model fiduciarnega odstopa terjatve je v celoti neakcesoren glede na zavarovano terjatev. Njegova pozitivna odlika pa je zlasti v tem, da ga je mogoče ustanoviti vnaprej (na zalogo). Prav tako lahko obstoječi fiduciarni prenos ostane v funkciji zavarovanja tudi za novo (zavarovano) terjatev. Model je vsekakor primeren za zavarovanje terjatev iz naslova revolvinških oz. kontokorentnih kreditnih

⁵ M. Juhart, 1996, *Cesija - Pogodbeni odstop terjatve*, str. 205.

razmerij. Značilnost teh kreditnih poslovnih razmerij je ta, da se lahko krediti izkoristijo (črpajo), pa tudi odplačajo večkrat. Posebnost teh kreditov je tudi v tem, da se stranki obresti zaračunajo zgolj za tisti del kredita, ki ga je dejansko izkoristila oz. prevzela. Za tisti del kredita, ki ni bil črpan, se zaračuna mesečno nadomestilo. To se določi glede na vsakokratno vrednost neizkoriščenega kredita. To pomeni, da akcesorna zastavna pravica ni primerna za zavarovanje kontokorentnega kredita z dinamičnim saldonom, ko zavarovana terjatev nastane in preneha, na njeno mesto pa stopi nova terjatev ter se v tem smislu črpanje kredita (nastanek zavarovanih terjatev) ter vračanje kredita (prenehanje zavarovanih terjatev) ciklično ponavlja v določenem časovnem obdobju, opredeljenem v osnovnem kreditnem poslu.

Posamezna terjatev pogosto ne bo zadoščala varovalnim interesom kreditodajalca (fiduciarja). Kreditodajalec bo poskušal fiduciarno zavarovanje oblikovati tako, da bo znesek terjatev, ki se odstopajo v zavarovanje, presegal višino odobrenega kredita. Pri fiduciarni cesiji obstajajo namreč različne nevarnosti, ki lahko zelo oslabijo fiduciarjev varovalni položaj. Konstrukcija fiduciarnega zavarovanja je podvržena nevarnosti, da bo postal dolžnik odstopljene terjatve (*cessus*) plačilno nesposoben. Prav zaradi tega bo v okviru fiduciarne cesije najpogosteje odstopljenih več obstoječih terjatev, ki jih ima fiduciant do svojih različnih dolžnikov. Pogosto pa tudi takšna fiduciarna cesija svežnja obstoječih terjatev ne bo zadoščala, zato se je v poslovni praksi razvila t. i. imenovana globalna cesija, ko fiduciant odstopi fiduciarju v zavarovanje vse obstoječe in bodoče terjatve iz določenih pravnih razmerij do svojih določenih dolžnikov. S tem se bistveno zmanjša tveganje plačilne nesposobnosti določenih dolžnikov ali tveganje prenehanja določenih terjatev zaradi izpolnitve fiduciantu.

Da bi nastopili stvarnopravni učinki prenosa terjatev v zavarovanje, morajo terjatve obstajati (terjatve morajo biti torej določene; načelo specialnosti). Tega pa ni mogoče zagotoviti pri odstopih bodočih terjatev v zavarovanje. Z vnaprejšnjim zavezovalnim in razpolagalnim pravnim poslom (odstopom v zavarovanje) še ne pride do prenosa terjatev. Zaradi tega v tej fazi zadostuje določljivost bodočih terjatev. *Larenz* navaja, da predstavlja odstop bodočih terjatev razpolaganje s še nenastalo pravico ter lahko zato prenos učinkuje šele takrat, ko pravica nastane. V času, ko terjatev še ne obstoji, pa lahko gre le za prenos pričakovanja. V zvezi z določljivostjo se zastavljajo vprašanja, kakšne zahteve so postavljene, da je temu kriteriju zadoščeno. Nobenih problemov ni pri obstoječih terjativah, ki jih lahko povsem konkretno opredelimo.

Pri bodočih terjativah pa pogosto niti fiduciantu niti fiduciarju v času sklepanja anticipiranega dogovora o fiduciarni cesiji ni znano, naproti komu, kdaj, v kakšni višini in na kateri pravni podlagi bodo terjatve nastale. Zato je pomembno, da fiduciant in fiduciar poskušata skozi ustrezno formulacijo pogodbenih določil zaobseči vse možne primere nastanka terjatev, kar bo najpogosteje zapisano v splošnih pogojih pogodbe ali formularnih pogodbah.⁶

Če zadostuje za zavarovanje le del terjatve ali določena kvota terjatev, kar je treba opredeliti zneskovno (npr. terjatev oz. terjatve v višini 250.000,00 EUR), bo smiselno, da fiduciant ne bo odstopil fiduciarju celotne terjatve oz. vseh terjatev. Bodoče terjatve bodo z njihovim nastankom prehajale v zavarovanje na fiduciarja, in sicer po vrstnem redu kot bodo nastajale. Ko bo določena kvota napolnjena, pa se bo prehod terjatev ustavil. Če ne bo šlo za »tih« fiduciarno cesijo, bo smiselno, da fiduciant na fakturah, poslanih svojemu dolžniku, le-temu naznani vsako posamično cesijo terjatve na fiduciarja (ter tudi fiduciarju posreduje kopije faktur s sezname odstopljenih terjatev v zavarovanje). Tako bo kontrola nad kvoto v celoti prepuščena fiduciantu, ki je za to gotovo najbolj zainteresiran, o čemer pa bo promptno obveščen tudi fiduciar. Pri fiduciarnem odstopu vseh obstoječih in bodočih terjatev na fiduciarja (najpogosteje banko), lahko pride do prezavarovanja banke kot kreditodajalca. S tem pa se lahko postavi pod vprašaj veljavnost takega zavarovanja. Zato je v takem primeru koristno tako za fiducianta kot tudi za fiduciarja, da si fiduciant izgovori zahtevek po povratnem prenosu fiduciarno prenesenih terjatev, ki presegajo potrebe zavarovanja.⁷ Rešitev za takšne težave je lahko tudi t. i. plaščna cesija (Mantelzession), ki je po svoji pravni naravi predpogodba o odstopanju posamičnih terjatev, ko le te nastanejo. Pri plaščni cesiji se fiduciant zaveže pošiljati fiduciarju sezname terjatev do dolžnikov, in sicer najmanj do višine zavarovanega kredita. Šele s pošiljatvijo seznama te terjatve preidejo na fiduciarja.⁸ Nemška pravna teorija namreč razlikuje plaščno globalno cesijo ter siceršnjo globalno cesijo. Fiduciant se s plaščno cesijo v bistvu zaveže prenesti na fiduciarja terjatve, ko bodo nastale. Glede na to gre pri plaščni cesiji zmeraj za prenos obstoječih terjatev. Terjatve se specificirajo šele s predložitvijo seznama ali računov (faktur). Pri npr. factoringu plaščna cesija ni priljubljena ter se

⁶ P. Bülow, 1988, *Recht der Kreditsicherheiten*, str. 331.

⁷ Gl. prav tam, str. 334–335.

⁸ F. Baur, J. F. Baur, R. Stürmer, 1999, *Sachenrecht*, str. 734; M. Tratnik, v: M. Tratnik, V. Rijavec, T. Keresteš, R. Vrenčur, 2001, *Stvarnopravna zavarovanja*, str. 202.

le redko dogovori, saj postane najprej cedent imetnik terjatev ter jih šele nato prenaša s posebnim razpolagalnim aktom (cesijo) na prevzemnika terjatev (faktorja).⁹ Treba je seveda pojasniti, da tudi vnaprejšnja cesija (Vorausabtretung) bodočih terjatev nima takojšnjih učinkov. Ti nastanejo šele z nastankom terjatev in s tem trenutkom tudi preidejo na cesionarja.¹⁰ Vendar pa se ta prenos odvije bistveno drugače kot pri plaščni cesiji. Ni namreč potreben dodatni prenosni akt cesije, kar je za pravne učinke plaščne cesije vselej pogoj.

Pri globalni cesiji gre predvsem za odstop bodočih terjatev, zato je globalna cesija pretežno (vnaprejšnja) anticipirana cesija, ki pridobi pravne učinke z nastankom konkretnih terjatev. Glede na to, da gre za odstop bodočih terjatev, te ne morejo biti natančno individualizirane. To je tudi bistvo globalne cesije. Zadostuje, da fiduciarni dogovor vsebuje kriterije za določljivost terjatev, ki se prenašajo (npr. glede na blago, storitev, državo, posameznega dolžnika). Terjatve morajo biti določene bodisi v času sklenitve dogovora bodisi v času njihovega nastanka. Terjatve, ki obstajajo že v času sklepanja fiduciarnega dogovora, morajo biti določene že takrat. Za bodoče terjatve pa je dovolj, da so določene ob njihovem nastanku oz. prehodu na fiduciarja. Ob sklepanju anticipirane cesije zadostuje torej določljivost,¹¹ kar je razumljivo glede na pravno naravo odstopa bodočih terjatev. Prav določljivost bodočih terjatev je razpoznavni znak globalne cesije. Prevelika strogost z vidika načela specialnosti bi globalne cesije v celoti onemogočila. Tako je omenjeno stvarnopravno načelo v tej zvezi nekoliko omiljeno, vendar le toliko, da ni ogrožena pravna varnost. Takšno stališče je potrdila tudi sodna praksa: »V konkretnem primeru je družba I. d. d. toženi stranki s Pogodbo (med drugim) odstopila vse bodoče terjatve do svojega dolžnika K. d. o. o., ki jih bo pridobila v zvezi z izvajanjem pogodbe št. IG-1-2008 z dne 12. avgusta 2008. Takšna opredelitev bodočih terjatev pa dosega standard določljivosti (v Pogodbi je izrecno opredeljen pravni posel, iz katerega bodo nastale odstopljene terjatve, kot oseba odstopnikovega dolžnika), zato so ji bile veljavno odstopljene v zavarovanje.«¹²

⁹ M. Martinek, 1991, *Moderne Vertragstypen, Band I – Leasing und Factoring*, str. 259; H. Hill, 1994, *Interessenkollisionen beim Vertrag über echtes und unechtes Factoring*, str. 29; R. Serick, 1993, *Eigentumsvorbehalt und Sicherungsübertragung*, str. 155.

¹⁰ M. Juhart, 1996, *Cesija - Pogodbeni odstop terjatev*, str. 64; D. Medicus, 1998, *Schuldrecht I, Allgemeiner Teil*, 10. Auflage, str. 343.

¹¹ Odločilen čas določenosti je čas prehoda terjatev. To je pri že obstoječih terjativah čas, ko je bila sklenjena cesija. Pri anticipirani cesiji pa morajo biti terjatve določene kasneje, v času njihovega nastanka ter prehoda. V času sklepanja anticipirane cesije je kriterij določenosti znižan na kriterij določljivosti. Posledica tega je seveda ta, da anticipirani fiduciarni odstop še nima pravnih učinkov. Te dobi šele kasneje, ko terjatve nastane.

¹² VSL sodba I Cpg 1180/2015 z dne 24. 11. 2015, ECLI:SI:VSLJ:2015:ICPG.1180.2015.

Glede zavezovalnega pravnega posla je jasno, da je lahko sklenjen z vsemi obligacijskopравnimi učinki še pred nastankom terjatve (smiselno drugi odstavek 438. člena OZ). Zavezovalni pravni posel torej ne pridobiva pravnih učinkov kasneje, ampak že takrat, ko je (nepogojno) sklenjen. Kasneje pa nastopijo učinki prenosa terjatev. Tako je mogoče o anticipiranju govoriti le v zvezi s cesijo kot razpolagalnim pravnim poslom. Gre za to, da se izjavi (sklene) vnaprejšnja cesija, ko terjatev še ne obstaja. Dokler terjatev še ni nastala, cedent nima razpolagalnega upravičenja, da bi jo prenašal na tretjega. Nima torej terjatve in s tem tudi ne imetništva nad njo. Ker cedent ne more prenesti na drugega več pravic, kot jih ima sam (pravilo *nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse habet*), je razumljivo, da s sklenitvijo zavezovalnega pravnega posla in vnaprejšnje (anticipirane) cesije še ne pride do prenosa terjatve. Za kasnejše učinke prenosa terjatve zadostuje predhodna sklenitev zavezovalnega in razpolagalnega pravnega posla. Ko terjatev nastane, nastopijo učinki prenosa terjatve samodejno.

V našem pravu ni zadržkov za odstop bodočih terjatev. Kot je dopustna običajna vnaprejšnja cesija bodočih terjatev, je dopustna tudi anticipirana fiduciarna cesija bodočih terjatev.

Glede učinkov odstopa v zavarovanje v razmerju med fiduciarjem (cesionarjem) in fiduciantovim (cedentovim) dolžnikom je sodna praksa izrekla zelo jasno stališče: »Smisel odstopa terjatve v zavarovanje je v tem, da je dogovorjen zaradi zavarovanja terjatve. Ravno zato ima prevzemnik pravico, da izterja odstopljeno terjatev in iz nje poplača odstopnikov dolg. Posledica odstopa v zavarovanje je prehod terjatve iz premoženja odstopnika v premoženje prevzemnika kot upnika. Posledično (po odstopu terjatve v zavarovanje) je dolžnik zavezan samo novemu upniku. Pravna vez med dolžnikom in starim upnikom je pretrgana in se lahko vzpostavi samo s povratno cesijo«. ¹³

2.2 Zunajsodna uveljavitev zavarovanja

Bistvo oz. glavni poslovni namen odstopov v zavarovanje je ta, da se lahko prednostno poplačilno upravičenje uveljavi tudi zunajsodno. Zaradi varstva fiducianta je sicer v 208. členu SPZ smiselno določeno, da se lahko cesionar poplača

¹³ VSRS sodba III Ips 54/2014 z dne 25. 9. 2015, ECLI:SI:VSRS:2015:III.IPS.54.2014.

iz odstopljene terjatve, če zavarovana terjatev ob zapadlosti ni plačana, vendar pa mora morebitni presežek izročiti cedentu. To je pri tej obliki zavarovanja pomembno še toliko bolj, ravno zaradi pravne možnosti glede zunajsodne uveljavitve prednostnega poplačilnega upravičenja.

Ker se najpogosteje fiduciarno prenašajo denarne terjatve, se lahko uresničitev poplačilnega upravičenja doseže bodisi z izterjavo, ki predstavlja zunajsodno unovčitev dolžnikovega premoženja (208. člen SPZ), bodisi s prodajo terjatev. Pri prodaji terjatve je treba opozoriti na 167. člen SPZ, po katerem se pri zastavnih pogodbah, ki se po določilih obligacijskega prava štejejo za gospodarske pogodbe, domneva obstoj dogovora o izvensodni prodaji (smiselno 191. člen v zvezi z 167. členom SPZ). Citirane določbe je treba uporabiti tudi v primeru prodaje terjatve, ki je bila odstopljena v zavarovanje. V 208. členu SPZ je določeno sledeče: »Če zavarovana terjatev ob zapadlosti ni plačana, se lahko cesionar poplača iz odstopljene terjatve. Morebitni presežek mora izročiti cedentu.« Določba predvideva predvsem (zunajsodno) izterjavo (od fiduciantovega dolžnika) kot način unovčenja dolžnikovega premoženja, kar pa ne prepoveduje zunajsodne prodaje fiduciarno prenesene terjatve ob smiselni uporabi pravil, ki veljajo za prodajo zastavljene terjatve. Temu sledi tudi Zakon o finančnem poslovanju, postopkih zaradi insolventnosti in prisilnem prenehanju¹⁴ (ZFPPIPP), ki v tem pogledu odstopa od siceršnjega splošnega pravila, po katerem lahko upniki uveljavljajo svoje terjatve samo sodno (gl. npr. 282. člen ZFPPIPP).¹⁵ Primere zunajsodne prodaje ureja (poleg ostalih predpisov) zlasti SPZ.

¹⁴ Uradni list RS, št. 13/14 – uradno prečiščeno besedilo, 10/15 – popr., 27/16, 31/16 – odl. US, 38/16 – odl. US, 63/16 – ZD-C, 54/18 – odl. US, 69/19 – odl. US, 74/20 – odl. US in 85/20 – odl. US.

¹⁵ Če je torej terjatev zavarovana z ločitveno pravico, mora upnik v stečajnem postopku v roku za prijavo te zavarovane terjatve prijaviti tudi ločitveno pravico, če ni v že omenjenem prvem odstavku 281. člena ali v drugem odstavku 282. člena ZFPPIPP drugače določeno. Izjemo predvideva tudi 298.a člen ZFPPIPP.

VSRS sklep III Ips 52/2011 z dne 20. 3. 2012, ECLI:SI:VSRS:2012:III.IPS.52.2011: »Ločitvene pravice, ki se lahko uveljavijo zunajsodno, torej ni treba prijaviti v stečajnem postopku. Po določbi prvega odstavka 167. člena SPZ zastavni upnik in zastavitelj lahko z zastavno pogodbo dogovorita, da se zastavljena premičnina lahko proda izvensodno. Pri zastavnih pogodbah, ki se po določilih obligacijskega prava štejejo za gospodarske pogodbe, se obstoj takega dogovora domneva. Drugi odstavek 167. člena SPZ ureja način izvensodne prodaje, ki se opravi na javni dražbi ali po morebitni borzni ali tržni ceni. Za tako zastavno pravico tudi gre v predmetni zadevi. Zato je upnici ni bilo treba prijaviti v predmetnem stečajnem postopku. Samo zato, ker jo je kljub temu prijavila, zanj ne more veljati določba četrtega odstavka 305. člena ZFPPIPP.«

VSL sklep Cst 16/2011 z dne 3. 3. 2011, ECLI:SI:VSLJ:2011:CST.16.2011: »Sodišče prve stopnje je odločitev utemeljilo z navedbami, da je stečajni upravitelj prerekal prijavljeno ločitveno pravico in terjatev te upnice, ki nato v zakonskem roku po objavi sklepa o preizkusu terjatev ni vložila tožbe za ugotovitev obstoja terjatve in ločitvene pravice. Izpodbijani sklep je izdalo na podlagi 4. odstavka 305. člena v zvezi s 372. členom ZFPPIPP. Sklenilo je, da je ločitvena pravica tožeče stranke prenehala ter da se zato premoženje, ki je bilo predmet ločitvene pravice, prenese iz posebne v splošno razdelitveno maso. Pritožnica v pritožbi navaja, da bi imela upnica po splošnih pravilih pravico opraviti izvensodno prodajo delnic na podlagi 167. člena SPZ. Zato je to pravico po 1. odstavku 282. člena

Novost v zvezi z zunajsodno uveljavitvijo ločitvene pravice sta prinesli noveli ZFPPIPP-F¹⁶ in ZFPPIPP-G.¹⁷ Tako je v 5. točki četrtega odstavka 221.n člena ZFPPIPP za prisilno poravnavo nad majhno, srednjo in veliko družbo določeno naslednje: »Po začetku postopka prisilne poravnave mora ločitveni upnik za zunajsodno uveljavitev ločitvene pravice pridobiti soglasje sodišča. Sodišče zavrne soglasje, če je premoženje, ki je predmet ločitvene pravice, nujno za opravljanje podjema dolžnika. Sodišče odloči o tem soglasju na podlagi mnenja upravitelja in mnenja upniškega odbora ločitvenih upnikov ter upniškega odbora nezavarovanih upnikov.« Z novelo ZFPPIPP-G se je citirana določba spremenila tako, da je navedeni položaj razširila še na male družbe kot dolžnike v prisilni poravnavi.

Jasno je, da zunajsodna prodaja premoženja, ki je predmet ločitvene pravice, upniku omogoča, da proda premoženje brez stroškov, ki sicer nastajajo z vodenjem sodnega postopka. Upnik praviloma na tak način pride do hitrejšega in višjega poplačila, saj se od višine kupnine ne odštejejo stroški, nastali z unovčevanjem premoženja.¹⁸ Vrhovno sodišče RS¹⁹ je zapisalo, »da je prevzemniku terjatve ob stečaju odstopnika puščena izbira, na kakšen način bo postopal. Zakon mu namreč dopušča dve možnosti poplačila njegove terjatve. Prevzemnik lahko prijavi terjatev in ločitveno pravico v stečajnem postopku ali pa se sam zunajsodno poplača iz terjatve, ki je predmet te ločitvene pravice. Pri zunajsodni unovčitvi terjatve upošteva splošna

ZFPPIPP obdržala tudi po začetku stečaja. ZFPPIPP določa, da se za prodajo premoženja, ki je predmet ločitvene pravice iz 1. odstavka 282. člena ZFPPIPP, ne uporabljajo pravila iz pododdelka 5.8.2., med katere sodi tudi določba 372. člena ZFPPIPP. Pravne posledice prenehanja terjatve in ločitvene pravice zaradi zamude rokov v stečajnem postopku nastanejo le za tiste terjatve in ločitvene pravice, ki jih dolžnik mora sodno uveljaviti po pravilih ZFPPIPP (227. člen ZFPPIPP). Po presoji pritožbenega sodišča je pravilno stališče pritožnice, da je izguba pravice materialnega prava posledica zamude roka v stečajnem postopku le tedaj, ko gre za dejanje, ki ga upnik mora opraviti v stečajnem postopku. Določba drugega odstavka 227. člena ZFPPIPP sodi med temeljna pravila (načela) stečajnega postopka. Zato je zmotna takšna razlaga posebnih pravil o prijavi terjatve in ločitvenih pravic (305. člena ZFPPIPP), po kateri bi upnik, ki je prijavil terjatev in ločitveno pravico v stečajnem postopku, s tem izgubil pravico zunajsodne prodaje premoženja, ki jo ima po 282. členu ZFPPIPP tudi po začetku stečajnega postopka. Prijava terjatve in ločitvene pravice pa tudi ne predstavlja izčrpanja izbirne pravice upnika, saj ne gre za primer alternativne obveznosti po določbah obligacijskega prava.«

¹⁶ Uradni list RS, št. 100/13.

¹⁷ Uradni list RS, št. 27/16.

¹⁸ VSL sklep Cst 154/2015 z dne 24. 3. 2015, ECLI:SI:VSLJ:2015:CST.154.2015. Sodišče je v citirani zadevi še navedlo: »Kot je bilo pojasnjeno že do sedaj, stečajni postopek na pravico do zunajsodne uveljavitve ločitvene pravice ne vpliva. To pomeni, da prijava terjatve in ločitvene pravice ne pomeni, da pritožnica premoženja ne bi smela prodati zunajsodno, pomeni pa, da je dolžna nositi sorazmeren del stroškov, nastalih v zvezi z unovčevanjem posebne stečajne mase. Kot je bilo pojasnjeno že zgoraj, bi se pritožnica tem stroškom lahko izognila tako, da terjatve in ločitvene pravice ne bi prijavila v stečajnem postopku oz. v primeru, ko bi upraviteljico oz. sodišče pravočasno (tj. pred izvedbo dejanj, potrebnih za unovčenje posebne stečajne mase), obvestila o nameravani zunajsodni prodaji. Ker tega ni storila, je dolžna nositi sorazmeren del stroškov, ki so nastali z unovčevanjem posebne stečajne mase.«

¹⁹ VSRS sodba III Ips 115/2015 z dne 25. 10. 2016, ECLI:SI:VSRS:2016:III.IPS.115.2015.

pravila, ki se uporabijo za njegovo ločitveno pravico. Kadar pa se prevzemnik terjatve odloči, da terjatev in ločitveno pravico (vseeno) prijavi v stečajnem postopku, in torej plačilo terjatve uveljavlja sodno, s tem dejanjem izrazi voljo za to, da postane odstopljena terjatev del posebne stečajne mase in da se izterja po pravilih stečajnega postopka. S pravnomočnim sklepom o preizkusu terjatev takšen način poplačila potrdi tudi sodišče. Postopek unovčenja (tudi izterjave) terjatve tako sproži stečajni dolžnik v svojem imenu in »za račun« posebne stečajne mase, iz katere se bo poplačala zavarovana terjatev prevzemnika.« V nadaljevanju Vrhovno sodišče RS še poudari, da je kavza fiduciarne cesije zavarovanje obveznosti odstopnika terjatve, ki jo ima ta do svojega upnika (in prevzemnika). Pravni posel vsebuje zavezo po povratnem prenosu prenesene terjatve, če njen odstopnik poravna zavarovano terjatev, ki jo ima do prevzemnika. V tem se kavza fiduciarne cesije razlikuje od kavze običajne cesije, katere namen je prenos terjatve iz premoženja odstopnika v premoženje prevzemnika oz. sprememba pripadnosti terjatve. Takšna (drugačna) kavza fiduciarne cesije se odrazi v ureditvi situacije, ko postane odstopnik terjatve insolventen. Takrat namreč ekonomski interes slednjega pretehta in je zato SPZ z določbo 206. člena v zvezi z 209. členom določil, da ima prevzemnik v primeru stečaja (ali prisilne poravnave) nad odstopnikom ločitveno pravico na odstopljeni terjatvi. V primeru neplačevitosti se tako fiduciarne zavarovanja približajo zastavni pravici, zaradi česar terjatev po zakonu na dan začetka postopka insolventnosti preide nazaj v premoženje njenega odstopnika (in stečajnega dolžnika). Prevzemnik s tem izgubi pravice, ki jih je imel iz imetništva terjatve, torej pravico razpolagati s terjatvijo, ki je bila predmet zavarovanja, ostane pa mu po zakonu nastala ločitvena pravica in z njo povezano varstvo/prednost pred drugimi upniki dolžnika.«

2.3 Vprašanje izpodbojnosti anticipiranih fiduciarne cesij ter pravne posledice začetka stečaja in prisilne poravnave na fiduciarne odstope

Če je anticipirana fiduciarne cesija sklenjena zunaj obdobja izpodbijanja (269. člen ZFPPIPP na splošno opredeljuje obdobje izpodbijanja) in čeprav posamične terjatve nastajajo v obdobju izpodbijanja ter na podlagi anticipirane cesije (v obdobju izpodbijanja) prehajajo v premoženje fiduciarja, je ločitvena pravica veljavno nastala in ne gre za izpodbojno pravno dejanje stečajnega dolžnika. Učinki anticipirane cesije (in s tem ustanovitev zavarovanja za fiduciarja) nastopijo z nastankom terjatve samodejno, zato stečajni dolžnik ne opravi nobenega (dodatnega) pravnega dejanja, ko terjatev nastane (prim. 271. člen ZFPPIPP).

Sodna praksa je potrdila, da se z dnem začetka stečajnega postopka prenos terjatev v premoženje fiduciarja ustavi: »Kljub temu, da je bila pogodba o odstopu terjatev veljavno sklenjena in za primer cedentovega stečaja v skladu z določbo 206. člena SPZ tudi notarsko zapisana, pa je sodišče druge stopnje pravilno presodilo, da tožbeni zahtevek ne dosega standarda konkretiziranosti, saj iz njega ne izhaja, katere terjatve so nastale do začetka stečajnega postopka nad toženko in predstavljajo predmet zavarovanja, torej tisto ločeno premoženje, iz katerega se lahko zastavni upnik prednostno poplača. Sodišče sme naložiti toženi stranki, naj opravi določeno dajatev, če je ta zapadla do konca glavne obravnave (prvi odstavek 311. člena ZPP), iz tožbenega zahtevka pa ni mogoče razbrati, katere so te terjatve. Da bi zadostile standardu konkretiziranosti, bi morale biti terjatve v tožbenem zahtevku konkretno opredeljene (z zneski, dolžniki, datumom zapadlosti itd.).«²⁰

V primeru prisilne poravnave je položaj drugačen. Prenos terjatev v zavarovanje, ki je imel podlago v anticipirani fiduciarni cesiji, se nadaljuje v premoženje fiduciarja tudi po začetku prisilne poravnave.²¹ Prenos v zavarovanje se nadaljuje tako po uvedbi, po začetku in tudi po potrjeni prisilni poravnavi. Vendar pa je treba opozoriti na že omenjeno novost v zvezi z zunajsodno uveljavitvijo ločitvene pravice, ki jo je prinesla novela ZFPPIPP-F in dopolnila novela ZFPPIPP-G (gl. 5. točko četrtega odstavka 221.n člena ZFPPIPP).²² Po citirani določbi ZFPPIPP se za zunajsodno uveljavitev ločitvene pravice (v primeru prisilne poravnave nad majhno, srednjo in veliko družbo) zahteva soglasje sodišča. Sodišče zavrne soglasje, če je premoženje, ki je predmet ločitvene pravice, nujno za opravljanje podjetja dolžnika. Sodišče odloči o tem soglasju na podlagi mnenja upravitelja in mnenja upniškega odbora ločitvenih upnikov ter upniškega odbora nezavarovanih upnikov.

Določba o soglasju za zunajsodno uveljavitev ločitvene pravice iz 5. točke četrtega odstavka 221.n člena ZFPPIPP po naši oceni ne more veljati za odstopne terjatev v zavarovanje (ter tudi ne za zastavno pravico na terjatvi in finančnih instrumentih ter za odstopne finančnih instrumentov v zavarovanje; za finančne instrumente ne more veljati že zaradi posebne ureditve iz Zakona o finančnih zavarovanjih²³ (ZFZ), saj bi

²⁰ VSRS sodba III Ips 101/2013 z dne 11. 11. 2014, ECLI:SI:VSRS:2014:III.IPS.101.2013.

²¹ R. Vrenčur, v: M. Juhart, M. Tratnik, R. Vrenčur, 2016, Stvarnopravni zakonik s komentarjem (SPZ), str. 1013.

²² Po noveli ZFPPIPP-G se na področju prestrukturiranja majhnih družb tudi majhnim družbam omogoči vodenje postopka preventivnega prestrukturiranja in uporaba posebnih, dodatnih pravil v postopku prisilne poravnave, urejenih v oddelku 4.8 ZFPPIPP, ki so se po veljavni ureditvi (do ZFPPIPP-G novele) uporabljale samo za velike in srednje družbe (gl. predlog novele ZFPPIPP-G; EVA: 2016-2030-0004).

²³ Uradni list RS, št. 67/11 – uradno prečiščeno besedilo, 82/13 in 90/15 – odl. US.

se v takem primeru izvotilo zavarovanje (ločitvena pravica) fiduciarja oz. zastavnega upnika na odstopljeni oz. zastavljeni denarni terjatvi. Novela ZFPPIPP-F (ki je začela veljati in se uporabljati 7. 12. 2013) je bila sprejeta časovno za novelo ZFZ-C²⁴ (ki se je začela uporabljati 7. 11. 2013) in je uvedla notarsko zunajsodno uveljavitev hipoteke. Ker hipoteka, ki jo je dopustno izvršiti zunajsodno z notarsko prodajo, ne predstavlja finančnega zavarovanja po ZFZ (ne glede na dejstvo, da je notarska prodaja neposredno izvršljive hipoteke urejena v ZFZ), zanjo ne velja posebno pravilo iz 11. člena ZFZ, ki derogira 5. točko četrtega odstavka 221.n člena ZFPPIPP (gl. 11. člen v zvezi s 1. in 7. točko 3. člena ZFZ). To pomeni, da je potrebno pridobiti tudi za zunajsodno (notarsko) izvršitev hipoteke soglasje sodišča. Prodaja nepremičnine bi v celoti onemogočilo številne prisilne poravnave nad dolžniki, ki nujno potrebujejo nepremično premoženje skupaj s pritisklinami za opravljanje svoje dejavnosti. Nepremično premoženje, ki je predmet ločitvene pravice, je običajno nujno za opravljanje podjetja dolžnika, zato bo v takšnih primerih zavrnitev soglasja za zunajsodno izvršitev zavarovanja utemeljena. Hipoteka zaradi tega ne preneha, le njena izvršitev se odloži.

Pri odstopih v zavarovanje je položaj drugačen. Uporaba 5. točke četrtega odstavka 221.n člena ZFPPIPP bi v primeru drugačne razlage izničila ločitveno pravico, pridobljeno na podlagi fiduciarne cesije. Če namreč sodišče zavrne soglasje za zunajsodno unovčitev (uveljavitev oz. izvršitev) ločitvene pravice, ker je premoženje, ki je predmet ločitvene pravice, nujno za opravljanje podjetja dolžnika, se varstvena premoženjska funkcija ločitvene pravice (zaradi plačila terjatve na račun fiducianta) v celoti razvodeni. Denarna terjatev z izpolnitvijo fiduciantu preneha, denarna sredstva pa očitno niti ne predstavljajo ločenega premoženja, ker jih fiduciant porabi, saj jih nujno potrebuje za opravljanje podjetja. To je v nasprotju s konceptom in namenom zavarovanja terjatev z odstopom v zavarovanje in pravilom, da začetek postopka prisilne poravnave ne učinkuje na ločitvene pravice (gl. drugi odstavek 160. člena ZFPPIPP) ter da ima fiduciar tudi v primeru postopkov zaradi insolventnosti pravico do zunajsodne izvršitve zavarovanja. Potrjena prisilna poravnava nima učinkov za zavarovane terjatve; prednostne terjatve in izločitvene pravice. Potrjena prisilna poravnava tudi ne učinkuje za terjatve upnikov do porokov, solidarnih sodolžnikov insolventnega dolžnika in regresnih zavezancev. Začetek postopka prisilne poravnave torej ne učinkuje na ločitvene pravice oz. na terjatve, ki so

²⁴ Uradni list RS, št. 82/2013.

zavarovane z ločitvenimi pravicami (prvi in drugi odstavek 213. člena ZFPPIPP; drugi odstavek 160. člena ZFPPIPP). Posledično ločitveni upnik nima pravice glasovati o prisilni poravnavi glede zavarovane terjatve (1. točka tretjega odstavka 200. člena ZFPPIPP), razen če je z dolžnikom sklenil dogovor iz petega odstavka 200. člena ZFPPIPP (glede odložitve dospelosti zavarovane terjatve) oz. pod pogoji 221.n člena ZFPPIPP (glede odložitve dospelosti zavarovane terjatve in znižanja obrestne mere oz. preoblikovanja ločitvenih pravic v skupne ločitvene pravice). Če ločitveni upnik ne doseže plačila celotne terjatve, ki je bila zavarovana z ločitveno pravico, učinkuje za neplačani del potrjena prisilna poravnava (tretji odstavek 213. člena ZFPPIPP). Tudi v teh primerih se ločitvena pravica ne »izniči«, čeprav učinkuje prisilna poravnava na določenega ločitvenega upnika prisilno (ker zanjo ni glasoval v ustreznem razredu ločitvenih upnikov).

Posebej je treba opozoriti tudi na že citirani 11. člen ZFZ, ki določa, da pogodba o finančnem zavarovanju in na njeni podlagi pridobljene pravice, vključno s pravicami do izvršitve zavarovanja, ostanejo v veljavi tudi potem, ko se začne in traja proti prejemniku ali dajalcu finančnega zavarovanja postopek prisilne poravnave, stečaja ali neprosvoljne likvidacije. Citirana določba ZFZ ima v razmerju do ZFPPIPP značilnost posebnega predpisa. Prav zaradi tega se pravila, določena v 221.n in 221.t členu ZFPPIPP, ne uporabljajo za finančna zavarovanja po ZFZ. Podobno je določeno tudi v petem odstavku 44.l člena ZFPPIPP v zvezi s preventivnim prestrukturiranjem: »Niti začetek postopka preventivnega prestrukturiranja niti potrditev sporazuma o finančnem prestrukturiranju ne učinkujeta za finančno zavarovanje po zakonu, ki ureja finančna zavarovanja, in terjatev, zavarovano s takim zavarovanjem, razen če imetnik tega zavarovanja privoli v sklenitev sporazuma o finančnem prestrukturiranju.«²⁵ Da gre za finančno zavarovanje, morata biti izpolnjena subjektivni in objektivni kriterij. Po subjektivnem kriteriju gre za finančno zavarovanje, če npr. sklepa pravni posel z banko kot kreditodajalcem pravna oseba, ki se v skladu s predpisi, ki urejajo gospodarske družbe, uvršča med majhne, srednje ali velike družbe (tretji odstavek 2. člena ZFZ). Predmet zavarovanja pa mora biti (po objektivnem kriteriju) likviden ter s tem sposoben takojšnje unovčitve (to so zlasti vrednostni papirji kot finančni instrumenti). Globalni odstopi terjatev, ki jih ima fiduciant do svojih dolžnikov, zato ne štejejo za primerne objekte zavarovanja ter ne gre za finančno zavarovanje (gl. 3. člen ZFZ).

²⁵ Gl. tudi pri N. Plavšak, Ukrepi finančnega prestrukturiranja, 2014, str. 964.

2.4 Konkurenca rubeža terjatve in prisilnega prenosa terjatve v izterjavo oz. prenosa namesto plačila po pravilih ZIZ s časovno zgodnejšim pogodbenim anticipiranim (globalnim) fiduciarnim odstopom (obstojećih in bodoćih) terjatev

2.4.1 Kdo ima prednost?

Pravni mehanizem v primeru rubeža denarne terjatve je takšen, da pridobi upnik na zarubljeni terjatvi zastavno pravico (oz. natančneje, zavarovan vrstni red kasneje izvedenega prisilnega prenosa terjatve v izterjavo oz. namesto plačila). Rubež je opravljen z dnem, ko je sklep o rubežu vroćen dolžnikovemu dolžniku (107. člen ZIZ). Ko postane sklep o rubežu pravnomoćen, lahko sodišće izda sklep (glede na predlog upnika; 114. člen ZIZ) o prenosu terjatve v izterjavo ali pa sklep o prenosu namesto plačila²⁶ (materialnopravne značilnosti obeh vrst prenosov je treba iskati v doloćilih OZ, in sicer v 425. členu).²⁷ Upniki navadno predlagajo prenos v izterjavo.²⁸ Če dolžnik (prostovoljno) odstopi svojemu upniku svojo terjatev samo v izterjavo, ugasne ali se zmanjša njegova obveznost šele tedaj, ko upnik izterja odstopljeno terjatev (drugi odstavek 425. člena OZ). Posebnost prostovoljnega prenosa v izterjavo (ki sicer povzroći popolno spremembo imetništva terjatve²⁹) je tudi ta, da dolžnik zadrži pravico izbire (*ius variandi*), komu bo izpolnil obveznost,

²⁶ Gl. prvi odstavek 115. člena ZIZ. Gl. tudi VSL sodba in sklep II Cp 119/2018 z dne 12. 9. 2018, ECLI:SI:VSLJ:2018:II.CP.119.2018: »S prenosom terjatve v izterjavo dobi upnik pravico zahtevati od dolžnikovega dolžnika izplaćilo zneska, ki je naveden v sklepu o prenosu, če je ta znesek zapadel ter storiť vse, kar je potrebno za ohranitev in uveljavitev prenesene terjatve in uveljavljati pravice v zvezi z zastavo, ki je bila dana v njeno zavarovanje. Sklep o prenosu terjatve v izterjavo ali namesto plačila je izvršilno sredstvo, ki nadomešća voljno dejanje dolžnika oz. pomanjkanje voljne komponente cesije na dolžnikovi strani. Gre za nekakšno prisilno cesijo.«

²⁷ VSL sklep III Ip 3773/201 z dne 13. 2. 2018, ECLI:SI:VSLJ:2018:III.IP.3773.2017: »Gola procesna aktivna legitimacija novega upnika dolžniku prenesene terjatve pravnega položaja ne poslabša. Pravni položaj stranke spreminjajo odloćitve o pravicah, obveznostih in pravnih koristih stranke. Gre za spremembe v pravnem položaju in le na take položaje oz. spremembe le-teh je mogoće opreti pravni interes stranke. Druge vrste interesov (zasebni interesi, npr. ekonomski interes, neugodnosti, ki so posledica tega, da je stranka lahko toženec v pravnem postopku ...) pravno niso upoštevne. Sklep o prenosu terjatve je torej zgolj izvršilno sredstvo, ki nadomešća voljno dejanje dolžnika. Dolžnikovemu dolžniku je zagotovljena nevtralnost njegovega pravnega položaja tudi zoper pridobitelja (upnika v tem postopku). ZIZ ureja zgolj procesna pravila (prisilne) cesije, v ostale institute materialnopravne narave, ki jih določa OZ, pa ZIZ ne posega oziroma jih ne spreminja. Zato dolžnikovemu dolžniku ni mogoće priznati pravnega interesa za vložitve pritožbe zoper sklep o prenosu terjatve. Nedoločene terjatev ni mogoće niti zarubiti, niti prenesti v izterjavo ...«

²⁸ Za razliko pa pri prenosu namesto plačila preide zarubljena terjatev do prenesenega zneska na upnika z učinkom odplaćnega odstopa terjatve. Če je prenesena terjatev zavarovana z zastavno pravico, ki je vpisana v zemljiški knjigi, prenese sodišće po uradni dolžnosti tudi zastavno pravico na upnika. Upnik, na katerega je bila prenesena terjatev namesto plačila, je s samim prenosom poplaćen toliko, kolikor ta terjatev znaša. Navedeno ne posega v pravila o dolžnikovi odgovornosti za resničnost in izterljivost prenesene terjatve (gl. 127. člen ZIZ).

²⁹ Gl. pri M. Juhart, v: N. Plavšak, M. Juhart, R. Vrenčur, 2009, Obligacijsko pravo – splošni del, str. 1117. Gl. tudi VSL sodba II Cp 481/2017 z dne 15. 2. 2018, ECLI:SI:VSLJ:2018:II.CP.481.2017.

staremu ali novemu upniku. Po četrtem odstavku 425. člena OZ lahko namreč pri odstopu v izterjavo dolžnik odstopljene terjatve izpolni svojo obveznost tudi odstopniku, celo če je bil obveščen o odstopu. Gre za podoben položaj, kot ga ureja četrti odstavek 417. člena OZ. Pri prisilnem prenosu v izterjavo³⁰ dolžnikov dolžnik te možnosti izbire, komu bo izpolnil, nima zaradi pravnih učinkov predhodno izdanega sklepa o rubežu. Prvi odstavek 107. člena ZIZ namreč določa: »S sklepom, s katerim dovoli rubež denarne terjatve (sklep o rubežu), prepove sodišče dolžnikovemu dolžniku poravnati terjatev dolžniku, dolžniku pa prepove terjatev izterjati, in sicer tudi iz zastave, ki je bila dana v njeno zavarovanje, ali kako drugače z njo razpolagati.«

Oblikovalni učinek prenosa terjatve nastopi, ko vroči sodišče dolžnikovemu dolžniku sklep o prenosu (prvi odstavek 117. člena ZIZ). S tem nastopi materialnopravna posledica prenosa v izterjavo, ki je v tem, da dobi upnik pravico zahtevati od dolžnikovega dolžnika izplačilo zneska, ki je naveden v sklepu o prenosu, če je ta znesek zapadel, ter storiti vse, kar je potrebno za ohranitev in uveljavitev prenesene terjatve in uveljavljati pravice v zvezi z zastavo, ki je bila dana v njeno zavarovanje. S prenosom terjatve v izterjavo upnik ne pridobi pravice, da bi v breme dolžnika sklenil poravnavo, da bi dolžnikovemu dolžniku odpustil dolg, ali da bi s preneseno terjatvijo sicer razpolagal, niti pravice, da bi z dolžnikovim dolžnikom sklenil pogodbo, naj o terjatvi, če je ta sporna, odloči arbitražna. Proti upniku, na katerega je prenesena terjatev v izterjavo, lahko dolžnikov dolžnik uveljavlja samo tiste ugovore, ki bi jih lahko uveljavljal proti dolžniku. Če dolžnik odstopi preneseno terjatev po prenosu, to nima pravnega učinka na pravice, ki jih je s prenosom pridobil upnik (gl. 120. člen ZIZ).

Za naše obravnavanje je pomembna zlasti določba prvega odstavka 120. člena ZIZ, ki smiselno določa, da dobi upnik s prenosom terjatve v izterjavo (in ne prej) pravico zahtevati od dolžnikovega dolžnika izplačilo zneska, ki je naveden v sklepu o prenosu, če je ta znesek zapadel, ter storiti vse, kar je potrebno za ohranitev in uveljavitev prenesene terjatve in uveljavljati pravice v zvezi z zastavo, ki je bila dana v njeno zavarovanje. To pomeni, da pridobi upnik materialno (stvarno) legitimacijo za uveljavljanje izpolnitvenega zahtevka v razmerju do dolžnikovega dolžnika, in sicer za znesek, ki je naveden v sklepu o prenosu, z dodatnim pogojem, da je ta

³⁰ Za »prisilni« prenos terjatve v izterjavo gre zaradi tega, ker poslovno voljo cedenta (izvršilnega dolžnika) za prenos terjatve nadomešča pravnomočni sklep sodišča o prenosu terjatve v izterjavo.

znesek zapadel. Poleg navedenega pridobi pravico do upravljanja s terjatvijo (...storiti vse, kar je potrebno za ohranitev in uveljavitev prenesene terjatve in uveljavljati pravice v zvezi z zastavo, ki je bila dana v njeno zavarovanje). Glede na takšno določilo ZIZ lahko ugotovimo, da je prisilni prenos terjatve v izterjavo, po posebnem pravilu iz ZIZ, sicer v prvi vrsti predviden predvsem za prenose obstoječih (zapadlih ali nezapadlih) terjatev, kar pa ne izključuje možnosti prisilnega anticipiranega prenosa bodočih terjatev. Razlika je v tem, da pri anticipiranem prisilnem prenosu bodočih terjatev v izterjavo nastopi oblikovalni učinek (čeprav je bil dolžnikovemu dolžniku že vročen sklep o prenosu) šele, ko terjatve nastanejo, materialnopravno upravičenje zahtevati plačilo prenesenih terjatev pa zaživi, ko posamične periodične terjatve dospejo. Ravno zaradi tega je izjemno pomembno, da upnik pravilno (dovolj popolno) individualizira terjatve v predlogu za izvršbo. Vse navedeno pa sočasno pomeni, da pri anticipiranem prisilnem prenosu bodočih terjatev v izterjavo (ali namesto izpolnitve) ne nastopi oblikovalni učinek prenosa (čeprav je bil dolžnikovemu dolžniku vročen sklep o prenosu; prvi odstavek 117. člena ZIZ), če so bile terjatve pred začetkom učinkovanja rubeža prostovoljno (na podlagi pravnega posla v obliki notarskega zapisa; drugi odstavek 209. člena SPZ) odstopljene z anticipirano globalno cesijo fiduciarju (npr. banki za zavarovanje kreditne terjatve).

Pravilo, določeno v prvem odstavku 107. člena ZIZ, prepoveduje dolžnikovemu dolžniku (na podlagi sklepa o rubežu) poravnati terjatev dolžniku, dolžniku pa prepove terjatev izterjati, in sicer tudi iz zastave, ki je bila dana v njeno zavarovanje, ali kako drugače z njo razpolagati. To pravilo pa ne prepoveduje dolžnikovemu dolžniku izpolnitve zapadle fiduciarne prenesene terjatve fiduciarju. Dolžnik (fiduciant) je npr. izjavil anticipirani razpolagalni posel globalnega odstopa v zavarovanje v obliki notarskega zapisa časovno pred rubežem terjatve. Zato dolžnik po rubežu terjatve več ne opravi nobenega pravnega dejanja. Dolžnik torej tudi ne odstopa terjatev časovno po prisilnem prenosu (kar sankcionira četrti odstavek 120. člena ZIZ). Terjatve (bodoče) prehajajo samodejno v premoženje fiduciarja, ko nastanejo.³¹ Fiduciantovo (dolžnikovo) razpolagalno upravičenje glede terjatev do družbe Borzen d.o.o. ni izključeno v tem pomenu, da bi ga glede vseh bodočih terjatev izgubil od trenutka pravnomočnega sklepa o rubežu ter da od tega trenutka dalje terjatve več ne bi prehajale v premoženje fiduciarja. Ravno obratno. Zaradi

³¹ Zelo jasno o tem tudi VSRS sodba III Ips 47/2018-3 z dne 18. 12. 2018, ECLI:SI:VSRS:2018:III.IPS.47.2018.3.

časovno zgodnejšega anticipiranega razpolagalnega posla (izjavljenega v obliki notarskega zapisa) fiducant v trenutku nastanka terjatve do Borzena (več) nima razpolagalne sposobnosti (upravičenja) v tem pomenu, da bi konkretna terjatev prešla v premoženje izvršilnega upnika (na podlagi pravnomočnega sklepa o rubežu in pravnomočnega sklepa o prisilnem prenosu terjatev).³² Konkurenca med prisilnim prenosom in prostovoljnim prenosom se ne rešuje s pravilom o derivativni pridobitvi terjatev (oz. sistemom posredne pridobitve terjatve), ampak s pravili o večkratnih odstopih istih terjatev.³³ Zelo jasno je to pojasnila sodna praksa v zadevi, ko je šlo za konkurenco med prisilnimi prenosi in pogodbenimi (prostovoljnimi) prenosi.³⁴

³² Prim. zlasti VSRS sodba III Ips 12/2020-3 z dne 16. 6. 2020, ECLI:SI:VSRS:2020:III.IPS.12.2020.3.

³³ Prim. tudi VSRS sodba III Ips 57/2018 z dne 25. 9. 2018, ECLI:SI:VSRS:2018:III.IPS.57.2018.

³⁴ VSL sklep I Cpg 1216/2106 z dne 7. 3. 2018, ECLI:SI:VSLJ:2018:I.CPG.1216.2106:

»13. Iz razlogov izpodbijane sodbe izhaja, da je bila ista terjatev upnika H. do tožeče stranke: a.) predmet pogodbenega odstopa in zastave bodoče terjatve in b.) izvršilno sredstvo iz sklepa o izvršbi, s katerim je bila ta bodoča terjatev zarubljena. Iz razlogov sodbe ne izhaja, da je bila in na kakšen način zarubljena terjatev tudi prisilno prenesena od upnika H. na upnika iz sklepov o izvršbi, prav tako pa tudi ne višina in zapadlost navedene terjatve.

14. Če je bila prisilno zarubljena ista terjatev, ki je bila predmet pogodbenega prenosa, to pa je bila bodoča terjatev, pomeni, da je bila tudi zarubljena kot sredstvo izvršbe bodoča terjatev upnika H. do tožeče stranke (v obeh primerih odvisna od pogoja, če bo družba H. tožeči stranki prodala elektriko). Tudi v izvršilnem postopku lahko upnik predlaga kot sredstvo izvršbe bodočo terjatev svojega dolžnika do njegovega dolžnika. Sodna praksa dopušča tudi rubež bodočih terjatev, posledično pa pri tem poudarja, da se prisilno (s sredstvi izvršbe) dejansko zarubi in prenese terjatev pogojno - če nastane, in v obsegu v katerem nastane. To pa za konkretni primer, kot ga je obravnavalo sodišče prve stopnje pomeni, da s samim rubežem bodoče terjatve upnika H. do tožeče stranke, izjava upnika H. toženi stranki N. o odstopu terjatve, še ni izgubila učinka, saj terjatev, ki je bila zarubljena, v času izdaje sklepa o njenem rubežu sploh še ni nastala. Ko pa je terjatev upnika H. do tožeče stranke iz naslova prodane električne energije nastala, je v istem naslednjem trenutku začela učinkovati a.) njegova izjava toženi stranki N. o prenosu te terjatve nanjo; nastopile pa so tudi b.) posledice iz 107. člena ZIZ. Ker se učinki in posledice, ki so nastopile v istem trenutku, med seboj izključujejo, pomeni, da bi moralo sodišče prve stopnje odgovoriti tudi na vprašanje, kateri upnik ima na terjatvi prednost.

15. Sodišče prve stopnje je v konkretnem primeru pri presoji, kdo ima na terjatvi močnejšo pravico, dalo prednost upniku, ki sta dosegla prisilni rubež terjatve, s katerim je bilo upniku H. prepovedano razpolaganje s terjatvijo do tožeče stranke, pred pogodbenim razpolaganjem upnika H. s terjatvijo do tožeče stranke v korist tožene stranke, čemur tožena stranka utemeljeno nasprotuje. Izjava prenosnika terjatve, da jo prenaša na pridobitelja, omogoča pridobitelju singularno pravno nasledstvo in aktivno legitimacijo, da terjatev zoper dolžnikovega dolžnika iztoži. Izvršilno sredstvo prenosa terjatve, ki sledi rubežu, pa nadomešča pomanjkanje voljne komponente odstopa terjatve na dolžnikovi strani, na podlagi katere upnik v izvršilnem postopku pridobi šele aktivno legitimacijo, da terjatev iztoži zoper dolžnikovega dolžnika. Sklep o rubežu pa ne nalaga dolžnikovemu dolžniku, da obveznost, ki jo ima do dolžnika, izpolni direktno upniku, zato je materialnopravno zmotno stališče sodišča prve stopnje, da je storila tožeča stranka prav, ko je terjatev najprej plačala drugo in tretje toženi stranki po sklepih o izvršbi, nato pa razliko, če je višina zarubljene terjatve to dopuščala, nakazala prvo toženi stranki. Iz razlogov sodbe tudi ne izhaja ugotovitev, da je sodišče v izvršilnem postopku izdalo sklep o prenosu terjatve na upnika, ki sta predlagala izvršbo (114. člen ZIZ in naslednji). Če pa je tožeča stranka v izvršilnem postopku brez sklepa o prenosu terjatve priznala obstoj iste terjatve upnika H. do nje upnikom izvršilnega postopka, bi moralo sodišče prve stopnje pred zaključkom o pravilnem postopanju tožeče stranke navesti odločilna dejstva o učinkih take izjave dolžnikovega dolžnika na razmerje med njim in toženo stranko N. kot pogodbeno zastavno upnico.

16. Tožena stranka N. je trdila, da vsa odločilna dejstva, ki so bila vezana na uresničitev odložnega pogoja (primerjaj z drugim odstavkom 59. člena OZ) nastala v primeru pogodbene zastave prej od tistih, ki so v zvezi z rubežem terjatve. Glede na navedeno utemeljeno izpodbija materialnopravno zmoten zaključek sodišča prve stopnje, da ni podala relevantnih trditev, na podlagi katerih bi bilo mogoče presoditi, ali je upnik H. nanjo veljavno prenesel sporno terjatev (ki naj bi predstavljala glavnico 79.452,78 EUR in zamudne obresti v višini 5.246,18 EUR

V primeru večkratnega globalnega anticipiranega fiduciarnega odstopa istih bodočih terjatev je treba dati prednost časovno prvi anticipirani cesiji (smiselno tretji odstavek 207. člena SPZ). Ko terjatev nastane, preide na tistega fiduciarnega, v korist katerega je bil sporazum o anticipiranem odstopu sklenjen časovno prej. V primeru, ko si konkurirata običajna cesija in fiduciarna cesija, pa je treba smiselno uporabiti splošno pravilo iz OZ. Če je upnik odstopil isto terjatev raznim osebam, pripada terjatev (ko nastane) tistemu prevzemniku, o katerem je odstopnik najprej obvestil dolžnika ali ki se je pri dolžniku prvi oglašil (smiselno 420. člen OZ).³⁵ Prevedeno na v uvodu zamišljen primer (gl. razdelek 1. tega prispevka) pomeni, da je treba v primeru konkurence med prostovoljnim fiduciarnim odstopom bodočih terjatev in prisilnim prenosom bodočih terjatev (ki glede vrstnega reda učinkuje od trenutka rubeža terjatve) praviloma uporabiti pravilo iz tretjega odstavka 207. člena SPZ, ki ureja konkurenco večkratnih fiduciarnih odstopov terjatev, saj imajo tudi prisilni prenosi terjatev fiduciarno naravo.³⁶ Nobenega stvarnega razloga ni, da bi imeli prisilni prenosi bodočih terjatev absolutno prednost pred časovno zgodnejšimi anticipiranimi prenosi teh istih bodočih terjatev. Če se pravni položaji po svojih bistvenih značilnostih ne razlikujejo in se konkretni dejanski stan (konkurence med prisilnim prenosom in prostovoljnim prenosom istih terjatev) prilega položaju, ki nastane v primeru konkurence večkratnega odstopa istih terjatev, potem teh položajev ne moremo razlagati različno. Ko bodoča terjatev nastane, začneta v nekem smislu sočasno učinkovati oba pravna temelja prenosa, pravila o konkurenci

- glej prilogo B14) preden mu je bil prenos te terjatve prisilno prepovedan. Zato zmotno ni presojalo kot relevantnih dokazov, s katerimi je tožena stranka N. dokazovala, da je imela boljši vrstni red za poplačilo svojih terjatev do družbe H. iz terjatve upnice H. do tožeče stranke, od vrstnega reda, ki naj bi ga pridobile za isto terjatev druga in tretje toženka na podlagi pravnomočnih sklepov o izvršbi. Navedena dejstva so pomembna za presojo njenih trditev o tem, da v trenutku, ko je pobotala terjatve, ni zaradi nobenega razloga prenehal učinek izjave volje zastavnega upnika, da tožeča stranka plača njegovo terjatev toženi stranki N. za poplačilo dolga, ki ga je imela družba H. do N. iz naslova kreditne pogodbe. Sicer pa je bilo trditveno in dokazno breme o tem, konkretno katere terjatve upnika H. do nje (njihovo višino, nastanek in datum zapadlosti) je na podlagi izdanih sklepov o izvršbi plačala tožeča stranka namesto upniku N. drugima dvema upnikoma družbe H., na tožeči stranki, kar bo moralo sodišče prve stopnje v ponovljenem postopku upoštevati oziroma s tožečo stranko ta dejstva v okviru materialnega procesnega vodstva razčistiti.

17. V primeru zastave in rubeža bodočih terjatev in konkurence med različnimi upniki, je pomembno ugotoviti, kdaj je posamezna terjatev nastala, oziroma kdaj se je spremenila iz bodoče v sedanjo in ali je šlo za eno terjatev in kolikšna je bila njena višina, ali pa za več posameznih terjatev. Koliko je sploh dolgovala tožeča stranka družbi H., sodišče prve stopnje v obrazložitvi sodbe ni navedlo, zato ni mogoče preizkusiti pravilnosti njegove ocene, s katero je presojlo o neutemeljenosti pobotanja terjatev tožene stranke oprlo tudi na zaključek, da ne bi bilo pravično, da je tožeča stranka kot dolžnikov dolžnik (visok) dolg plačala kar dvakrat in to kljub njenemu nasprotovanju in pojasnilu prvo toženi stranki.«

³⁵ Gl. pri R. Vrenčur, 2019, Zavarovanja plačil v poslovni in sodni praksi – z vzorci pogodb, klavzul in sodno prakso, str. 34–35. Gl. tudi VSRS sodba III Ips 86/2013, 14. 7. 2015, ECLI:SI:VSRS:2019:III.IPS.86.2017.3 in VSRS sodba III Ips 8/2007, 4. 6. 2008, ECLI:SI:VSRS:2008:III.IPS.8.2007.

³⁶ Prim. M. Juhart, v: N. Plavšak, M. Juhart, R. Vrenčur, 2009, Obligacijsko pravo – splošni del, str. 1117.

večkratnih odstopov istih terjatev, ki smo jih razložili zgoraj, pa določajo, kateri fiduciar (upnik) ima pri pridobitvi teh terjatev (ko nastanejo) prednost. Tudi v primeru, če bi bilo treba uporabiti 420. člen OZ, ki gradi na prioriteti obvestitve, bo v zamišljenem primeru v prednosti (kot prvi pridobitelj bodočih terjatev) fiduciar prostovoljnega odstopa bodočih terjatev, če je bil dolžnikov dolžnik (Borzen d.o.o.) obveščen o fiduciarnih cesijah. Obvestitev dolžnikovemu dolžniku se v praksi praviloma opravi. Poleg tega pa je treba naglasiti še eno pomembno okoliščino, in sicer, da ima zgodnejša prostovoljna fiduciarna cesija v konkurenci s prisilnim odstopom zagotovljeno še dodatno varstvo na podlagi uveljavljanja nedopustnosti izvršbe (gl. prvi odstavek 206. člena SPZ ter 64. člen ZIZ), o čemer razpravljamo v razdelku 2.4.4. tega prispevka.

2.4.2 Določenost oz. določljivost (bodočih) terjatev, ki so predmet rubeža ter prisilnega prenosa oz. prostovoljnega odstopa v zavarovanje

Tako kot velja za vse pojavne oblike prostovoljnih cesij, mora biti tudi v primeru prisilne cesije (pri prenosu v izterjavo ali namesto izpolnitve na podlagi sklepa sodišča), terjatev, ki je predmet odstopa (oz. prisilnega prenosa) določena, oz., če so predmet odstopa (oz. prisilnega prenosa) bodoče terjatve, vsaj določljiva. Če terjatve ne izpolnjujejo niti kriterija določljivosti, pravnomočni sklep o rubežu nima (oblikovalnega) pravnega učinka za nastanek zastavne pravice na terjatvah (oz. vrstnega reda). Posledično tudi sklep o prenosu v izterjavo ali namesto izpolnitve ne more povzročiti spremembe imetništva terjatev (prehoda terjatve na upnika, ki je predlagal izvršbo z rubežem in prenosom). Takšen upnik ne pridobi nobenega materialnopravnega upravičenja v razmerju do dolžnikovega dolžnika. Tudi sodna praksa je zelo jasno izrekla, da nedoločene terjatve ni mogoče niti zarubiti niti prenesti v izterjavo.³⁷ Treba je tudi dodati, da pravnomočni sklep o rubežu še ne vzpostavlja popolne zastavne pravice na terjatvi, zagotavlja le vrstni red nastanka poplačilne pravice (ter s tem vrstni red trenutka pridobitve npr. ločitvene pravice). Zgolj na podlagi sklepa o rubežu (vročenega dolžnikovemu dolžniku) upnik še ne pridobi poplačilne pravice.³⁸ Ker nastopi v končni posledici v postopku izvršbe na

³⁷ VSL sklep III Ip 3773/2017 z dne 13. 2. 2018, ECLI:SI:VSLJ:2018:III.IP.3773.2017.

³⁸ VSL sodba I Cp 240/2018 z dne 4. 7. 2018, ECLI:SI:VSLJ:2018:I.CP.240.2018: »V prvem odstavku 107. člena ZIZ povsem jasno določa, da je dolžnikovemu dolžniku prepovedano poravnati terjatve dolžniku (ne pa, da jo sme veljavno izpolniti le zastavnemu upniku, kar je kasneje in drugače za primer zastavne pravice uredil 180. člen SPZ). Pri rubežu terjatve gre v njenem bistvu za »prisilno« cesijo, ne za »prisilno« zastavno pravico. Določba tretjega odstavka 107. člena ZIZ ima svoj pomen v tem, da določa trenutek pridobitve upnikove ločitvene pravice, s tem pa

terjatev prisilni prenos terjatve v izterjavo (ali namesto plačila), veljajo zanj, v primerjavi s prostovoljno zastavno pravico na terjatvi (prim. 180. člen, 183. člen, 184. člen in 185. člen SPZ), te posebnosti, da zaživi polno prednostno poplačilno upravičenje šele na podlagi pravno-močnega sklepa o prenosu terjatve (prvi odstavek 120. člena v povezavi z drugim odstavkom 46. člena ZIZ). To pomeni, da sta za polno učinkovanje zastavne pravice (ter prenosa) v resnici potrebna dva sklepa sodišča (sklep o rubežu in sklep o prenosu terjatve).

Glede pravnega standarda določenosti objekta stvarnopravne oblasti oz. pripadnosti (opredelitve terjatve, ki je predmet odstopa ali prisilnega prenosa), ni spora, da mora biti za nastanek stvarnopravne posledice (načelo specialnosti) povsem jasno, katera terjatev je predmet prenosa (obstoječa terjatev mora biti torej določena z opredelitvijo subjektov, pravnega temelja, višino in zapadlostjo). Pri odstopih bodočih terjatev standardu določenosti ni mogoče zadostiti, zato sta teorija in sodna praksa zavzeli stališče, da za anticipirane globalne cesije bodočih terjatev zadostuje standard določljivosti terjatev, ki bodo komaj takrat, ko bodo nastale, stopile v zastavno oz. fiduciarno vez. Da bi bil odstop bodoče terjatve učinkovit, mora biti terjatev opredeljena z določljivimi kriteriji. Potrebno jo je torej v zadostni meri individualizirati.³⁹ Standardu določljivosti bodočih terjatev je po naši oceni zadoščeno, če so navedeni subjekti pravnega razmerja, pravni temelj ter njihova (skupna) višina. Natančno zapadlost je pri bodočih terjativah težko določiti. Vse navedeno velja po naši oceni tudi za prisilne prenose terjatev. Naša sodna praksa⁴⁰ je glede standarda določljivosti bodočih terjatev izrekla: »V konkretnem primeru je družba I. d. d. toženi stranki s Pogodbo (med drugim) odstopila vse bodoče terjatve do svojega dolžnika K. d. o. o., ki jih bo pridobila v zvezi z izvajanjem pogodbe št. IG-1-2008 z dne 12. avgusta 2008. Takšna opredelitev bodočih terjatev pa dosega standard določljivosti (v Pogodbi je izrecno opredeljen pravni posel, iz katerega bodo nastale odstopljene terjatve, kot oseba odstopnikovega dolžnika), zato so ji bile veljavno odstopljene v zavarovanje.«⁴¹

vrstni red posameznega upnika, ne pa v tem, da bi drugače kot prvi odstavek 107. člena ZIZ določala posledice rubeža denarne terjatve.«

³⁹ Gl. tudi pri R. Vrenčur, 2019, Zavarovanja plačil v poslovni in sodni praksi – z vzorci pogodb, klavzul in sodno prakso, str. 20–21.

⁴⁰ VSL sodba I Cpg 1180/2015 z dne 24. 11. 2015, ECLI:SI:VSLJ:2015:I.CPG.1180.2015; gl. tudi VSM sodba in sklep I Cpg 231/2017 z dne 7. 12. 2017, ECLI:SI:VSMB:2017:I.CPG.231.2017; VSRS sodba III Ips 101/2013 z dne 11. 11. 2014, ECLI:SI:VSRS:2014:III.IPS.101.2013.

⁴¹ Gl. tudi odločbo VSL sklep II Cpg 844/2001 z dne 14. 3. 2002, ECLI:SI:VSLJ:2002:II.CPG.844.2001: »Sklep o rubežu je nerazumljiv, ker terjatev, ki naj bi se zarubila, sploh ni določena (temelj, višina, zapadlost itd.), tako da odločitve sodišča prve stopnje o rubežu terjatve niti ni mogoče preizkusiti.« Gl. tudi odločbo VSRS sodba III Ips

2.4.3 Pravila glede zunajsodne izvršitve zavarovanja

Glede na pravila stvarnega prava (208. člen SPZ; gl. npr. tudi 182. člen ZFPPIPP) se lahko fiduciar, ki je pridobil terjatve s prostovoljno anticipirano fiduciarno globalno cesijo, poplačuje zunajsodno. To pomeni, da lahko zunajsodno (zunaj izvršbe, prisilne poravnave ali stečaja) uveljavila plačilo terjatev od fiduciantovega dolžnika (družbe Borzen d.o.o.).⁴² To pravico (do zunajsodne izvršitve zavarovanja) upnik (fiduciar) ne izgubi, čeprav je terjatev prijavil v postopku prisilne poravnave. Nekoliko drugače je v stečajnem postopku. Tudi začetek stečajnega postopka ne vpliva na ločitvene pravice. Fiduciar se lahko kljub začetku stečajnega postopka poplača zunajsodno (tako, da zahteva plačilo od fiduciantovega dolžnika ob zapadlosti fiduciarno prenesene terjatve; 208. člen SPZ v povezavi z 182. člen ZFPPIPP). Le, če je fiduciar prijavil terjatev in ločitveno pravico v stečaju, je s tem izčrpal pravico izbire poplačati se zunajsodno (kar pa za razliko ohrani v primeru prisilne poravnave). Sodna praksa⁴³ je v tej zvezi zavzela stališče, da je upnik izčrpal svojo pravico izbire, če je prijavil terjatev in ločitveno pravico v stečajnem postopku, čeprav bi lahko prednostno poplačilno upravičenje uveljavil zunajsodno. To pomeni, da se fiduciar v takem primeru poplača v stečaju (iz ločene - posebne stečajne mase, ki jo predstavlja izterjana /unovčena/ terjatev, ki je bila prenesena v zavarovanje). Smisel prijave terjatve in poplačila v stečaju (kljub možnosti zunajsodne uveljavitve prednostnega poplačilnega upravičenja) je seveda za upnika ta, da se izogne prekluziji za nezavarovani del terjatve, tj. za tisti del terjatve, ki ga ne bo krila ločitvena pravica. Vrhovno sodišče RS⁴⁴ je zapisalo, »da je prevzemniku terjatve ob stečaju odstopnika puščena izbira, na kakšen način bo postopal. Zakon mu namreč dopušča dve možnosti poplačila njegove terjatve. Prevzemnik lahko prijavi terjatev in ločitveno pravico v stečajnem postopku ali pa se sam zunajsodno poplača iz terjatve, ki je predmet te ločitvene pravice. Pri zunajsodni unovčitvi terjatve upošteva splošna pravila, ki se uporabijo za njegovo ločitveno pravico. Kadar pa se prevzemnik terjatve odloči, da terjatev in ločitveno pravico (vseeno) prijavi v stečajnem

101/2013 z dne 11. 11. 2014, ECLI:SI:VSRS:2014:III.IPS.101.2013: »Da bi zadostili standardu konkretiziranosti, bi morale biti terjatve v tožbenem zahtevku konkretno opredeljene (z zneski, dolžniki, datumom zapadlosti itd.)«. Gl. tudi pri R. Vrenčur, 2019, Zavarovanja plačil v poslovni in sodni praksi – z vzorci pogodb, klavzul in sodno prakso, str. 258, in VSL sklep III Ip 3773/2017 z dne 13. 2. 2018, ECLI:SI:VSLJ:2018:III.IP.3773.2017: »Nedoločene terjatve ni mogoče niti zarubiti niti prenesti v izterjavo.«

⁴² Gl. podrobneje pri R. Vrenčur, 2019, Zavarovanja plačil v poslovni in sodni praksi – z vzorci pogodb, klavzul in sodno prakso, str. 38, VSRS sklep III Ips 52/2011 z dne 20. 3. 2012, ECLI:SI:VSRS:2012:III.IPS.52.2011, in VSL sklep Cst 154/2015 z dne 24. 3. 2015, ECLI:SI:VSLJ:2015:CST.154.2015.

⁴³ VSRS sodba III Ips 115/2015 z dne 25. 10. 2016, ECLI:SI:VSRS:2016:III.IPS.115.2015.

⁴⁴ Prav tam.

postopku, in torej plačilo terjatve uveljavlja sodno, s tem dejanjem izrazi voljo za to, da postane odstopljena terjatev del posebne stečajne mase in da se izterja po pravilih stečajnega postopka. S pravnomočnim sklepom o preizkusu terjatev takšen način poplačila potrdi tudi sodišče. Postopek unovčenja (tudi izterjave) terjatve tako sproži stečajni dolžnik v svojem imenu in »za račun« posebne stečajne mase, iz katere se bo poplačala zavarovana terjatev prevzemnika.«

V 5. točki četrtega odstavka 221.n člena ZFPPIPP je določena posebnost glede zunajsodne izvršitve zavarovanja, ko gre za prisilno poravnavo nad majhno, srednjo in veliko družbo: »Po začetku postopka prisilne poravnave mora ločitveni upnik za zunajsodno uveljavitev ločitvene pravice pridobiti soglasje sodišča. Sodišče zavrne soglasje, če je premoženje, ki je predmet ločitvene pravice, nujno za opravljanje podjetja dolžnika. Sodišče odloči o tem soglasju na podlagi mnenja upravitelja in mnenja upniškega odbora ločitvenih upnikov ter upniškega odbora nezavarovanih upnikov.« To pravilo pride v poštev samo v primeru, če so predmet prestrukturiranja tudi ločitvene pravice, kar mora biti določeno z načrtom finančnega prestrukturiranja (NFP).

Sodna praksa je potrdila, da se z dnem začetka stečajnega postopka prenos terjatev v premoženje fiduciarja ustavi.⁴⁵ V primeru prisilne poravnave je položaj drugačen. Prenos terjatev v zavarovanje, ki ima podlago v anticipirani fiduciarni cesiji, se nadaljuje v premoženje fiduciarja tudi po začetku prisilne poravnave.⁴⁶ Prenos v zavarovanje se nadaljuje tako po uvedbi, po začetku in tudi po potrjeni prisilni poravnavi. Določba o soglasju za zunajsodno uveljavitev ločitvene pravice iz 5. točke četrtega odstavka 221.n člena ZFPPIPP generalno ne velja za odstope terjatev v zavarovanje (ter tudi ne za zastavno pravico na terjatvi in finančnih instrumentih ter za odstope finančnih instrumentov v zavarovanje; za finančne instrumente ne velja že zaradi posebne ureditve iz ZFZ), saj bi se v takem primeru izvotlilo zavarovanje (ločitvena pravica) fiduciarja oz. zastavnega upnika na odstopljeni oz. zastavljeni denarni terjatvi. Uporaba 5. točke četrtega odstavka 221.n člena ZFPPIPP bi v primeru zavarovanj s terjatvami izničila ločitveno pravico, pridobljeno na podlagi fiduciarne cesije oz. zastave terjatev. Če namreč sodišče zavrne soglasje za zunajsodno unovčitev (uveljavitev oz. izvršitev) ločitvene pravice, ker je premoženje, ki je predmet ločitvene pravice, nujno za opravljanje podjetja dolžnika, se varstvena

⁴⁵ VSRS sodba III Ips 101/2013 z dne 11. 11. 2014, ECLI:SI:VSRS:2014:III.IPS.101.2013.

⁴⁶ R. Vrenčur, v: M. Juhart, M. Tratnik, R. Vrenčur, 2016, Stvarnopravni zakonik s komentarjem (SPZ), str. 1013.

premoženjska funkcija ločitvene pravice (zaradi plačila terjatve na račun fiducianta) v celoti razvodeni. Denarna terjatev z izpolnitvijo fiduciantu preneha, denarna sredstva pa ne predstavljajo ločenega premoženja (»posebne mase«), ker jih fiduciant porabi, saj jih nujno potrebuje za opravljanje podjema. To je v nasprotju s konceptom in namenom zavarovanja terjatev z odstopom v zavarovanje in pravilom, da začetek postopka prisilne poravnave ne učinkuje na ločitvene pravice (gl. drugi odstavek 160. člena ZFPPIPP) ter da ima fiduciar tudi v primeru postopkov zaradi insolventnosti pravico do zunajsodne izvršitve zavarovanja. Potrjena prisilna poravnava nima učinkov za zavarovane terjatve, prednostne terjatve in izločitvene pravice. Potrjena prisilna poravnava tudi ne učinkuje za terjatve upnikov do porokov, solidarnih sodolžnikov insolventnega dolžnika in regresnih zavezancev. Začetek postopka prisilne poravnave torej ne učinkuje na ločitvene pravice oz. na terjatve, ki so zavarovane z ločitvenimi pravicami (prvi in drugi odstavek 213. člena ZFPPIPP; drugi odstavek 160. člena ZFPPIPP). Posledično ločitveni upnik nima pravice glasovati o prisilni poravnavi glede zavarovane terjatve (1. točka tretjega odstavka 200. člena ZFPPIPP), razen če je z dolžnikom sklenil dogovor iz petega odstavka 200. člena ZFPPIPP (glede odložitve dospelosti zavarovane terjatve) oz. pod pogoji 221.n člena ZFPPIPP (glede odložitve dospelosti zavarovane terjatve in znižanja obrestne mere oz. preoblikovanja ločitvenih pravic v skupne ločitvene pravice). Če ločitveni upnik ne doseže plačila celotne terjatve, ki je bila zavarovana z ločitveno pravico, učinkuje za neplačani del potrjena prisilna poravnava (tretji odstavek 213. člena ZFPPIPP).

Tudi v predlogu strokovnih pripomb k predlogu novele ZFPPIPP-H, ki je trenutno v fazi strokovnega usklajevanja, je jasno zapisano ravno to, kar smo razložili zgoraj, in je treba te položaje v tem smislu razlagati že sedaj. V predlaganem novem 167.b členu strokovnih pripomb k predlogu novele ZFPPIPP-H je smiselno določeno, da tudi v primeru, ko prisilna poravnava vključuje prestrukturiranje zavarovanih terjatev, to ne vpliva na pravico ločitvenega upnika, da zunajsodno izvrši zavarovanje, če gre za ločitveno pravico, katere predmet je terjatev insolventnega dolžnika do njegovega dolžnika.⁴⁷

⁴⁷ Strokovne pripombe k delovnemu gradivu predloga novele ZFPPIPP-H (EVA 2016-2030-0030) z dne 14. 1. 2021.

Kar zadeva kontinuiteto nastajanja ločitvene pravice tudi po začetku prisilne poravnave (ves čas neprekinjeno, dokler nastajajo terjatve fiducianta do njegovega dolžnika), ne sme motiti pravilo prvega odstavka 160. člena ZFPPIPP, po katerem nastanejo pravne posledice začetka postopka prisilne poravnave za vse terjatve upnikov do insolventnega dolžnika, ki so nastale do začetka postopka prisilne poravnave. Mišljene so zavarovane terjatve in ne fiduciarno prenesene terjatve, ki nastajajo tudi po začetku postopka prisilne poravnave ter prehajajo v premoženje fiduciarja. Na takšen pravni položaj tudi nima vpliva 151. člen ZFPPIPP, ki omeji poslovno sposobnost dolžnika. Prehajanje vnaprej (anticipirano) fiduciarno odstopljenih terjatev v premoženje fiduciarja (v zavarovanje) nastopi samodejno z nastankom vsake posamične terjatve. Ne gre za posebno razpolaganje (pravna dejanja) dolžnika prisilne poravnave.

2.4.4 Nedopustnost izvršbe na terjatve, ki so bile predmet odstopa v zavarovanje

V drugem odstavku 209. člena SPZ je določeno, da se v primeru plačilne nesposobnosti cedenta smiselno uporabljajo določbe 206. člena SPZ samo, če je sporazum o odstopu terjatve v zavarovanje sklenjen v obliki notarskega zapisa.⁴⁸ Določbo 206. člena SPZ zato beremo tako, da ima fiduciar ob stečaju ali prisilni poravnavi prenosnika na fiduciarno prenesenih terjativah ločitveno pravico, v primeru izvršbe na fiduciarno prenesene terjatve pa lahko fiduciar uveljavlja proti fiduciantovim upnikom nedopustnost izvršbe (gl. prvi odstavek 206. člena SPZ ter 64. člen ZIZ).

V primeru (individualne) izvršbe je fiduciarju torej priznan ugovor nedopustnosti izvršbe, kar po kvaliteti pomeni, da ne pride do rangiranja (razvrščanja) zavarovanj z npr. kasnejšimi zastavami oz. prisilnimi prenosi. Razvrščanje je izključeno tudi v primeru večkratnih prostovoljnih odstopov iste terjatve. Terjatev pripada bodisi tistemu cesionarju, o katerem je bil dolžnik najprej obveščen (420. člen OZ), bodisi tistemu fiduciarju (v primeru konkurence fiduciarnih cesij), kateremu je bila terjatev najprej odstopljena (tretji odstavek 207. člena SPZ). Ta zavarovanja (na istih

⁴⁸ VSL sodba I Cpg 637/2011 z dne 6. 12. 2011, ECLI:SI:VSIJ:2011:ICPG.637.2011: »Obvestilo dolžniku o odstopljeni terjatvi nima enakega učinka kot notarski zapis sporazuma o odstopu terjatve v zavarovanje. Dejstvo, da SPZ v drugem odstavku 209. člena predpisuje obličnosti notarskega zapisa kot najstrožje oblike notarske listine, ne le izdane, ampak tudi sestavljene s sodelovanjem notarja, kaže na to, da se z najstrožjo obličnostjo poskuša preprečiti morebitne zlorabe in zaščititi druge fiduciantove upnike.«

terjatvah) se med seboj izključujejo. Naše pravo v tem pogledu ni izjema, ampak sledi ustaljenim stališčem tuje sodne prakse in teorije. Nekaj nasprotovanj takšnemu obravnavanju fiduciarja v primeru individualne izvršbe je bilo najti npr. v avstrijski pravni teoriji v tem pomenu, da bi bilo treba fiduciarju v primeri izvršbe priznati le pravico do prioritetnega plačila, ne pa ugovor nedopustnosti izvršbe. Vendar pa avstrijska sodna praksa takšnemu stališču ni sledila.⁴⁹ Zaradi varstva fiducianta (pa tudi njegovih drugih upnikov) je v 208. členu SPZ smiselno določeno, da se lahko cesionar (fiduciar) poplača iz odstopljene terjatve, če zavarovana terjatev ob zapadlosti ni plačana, vendar pa mora morebitni presežek izročiti cedentu. Na to premoženje pa lahko nato posežejo fiduciantovi upniki.

Stališča v teoriji so tudi drugačna. Orož⁵⁰ v tej zvezi pojasnjuje, da fiduciarju (predhodno izvedenega pogodbenega odstopa v zavarovanje) ne pripada ugovor tretjega in izločitvena tožba, ampak ima kasnejša prisilna cesija le kasnejši vrstni red poplačila. Po njegovi oceni pride do rangiranja (razvrščanja) zavarovanja. Upnik predhodne pogodbene fiduciarne cesije s tem ni prizadet, saj prejme prednostno poplačilo. Takšno stališče je po naši oceni problematično predvsem zaradi tega, ker fiduciarja prisili v predčasno prenehanje kreditnega razmerja. Da bi lahko to preprečil, pa ni dovolj pravica do prednostnega poplačila, ampak lahko to doseže z izločitvenim zahtevkom. To je še toliko bolj primerno, ko so odstopljene v zavarovanje (na podlagi anticipirane fiduciarne globalne cesije) bodoče terjatve. Orož svoje stališče ob sklicevanju na avstrijsko pravno teorijo argumentira tako:

»SPZ v prvem odstavku 206. člena določa, da lahko fiduciar ugovarja nedopustnost izvršbe na fiduciarno preneseni premičnini proti prenosnikovim upnikom. Vprašanje je, kako (in ali) se ta določba smiselno uporablja pri denarni terjatvi (drugi odstavek 207. člena SPZ). Pri iskanju odgovora je treba izhajati iz razlike med izvršbo na premičnino in denarno terjatvijo. Premičnina je stvar. Izvršitelj jo lahko zarubi, če je v trenutku rubeža v dolžnikovi posesti (prvi odstavek 83. člena ZIZ). Domneva

⁴⁹ Tako mu avstrijska sodna praksa priznava t. i. izločitveno tožbo (Exszindirungsklage) po par. 37 Exekutionsordnung (EO) in ne zgolj prioriteto poplačilno pravico (Pfandvorrechtsklage). Avstrijska sodna praksa utemljuje takšno stališče s tem, da fiduciar ne sme biti prisiljen v predčasno prenehanje kreditnega razmerja. Da bi lahko to preprečil, pa ni dovolj pravica do prednostnega poplačila, ampak lahko to doseže z izločitvenim zahtevkom. Pri stečaju pa to ne pride v poštev, ker gre za generalno izvršbo in se tako ali tako vse nezapadle terjatve štejejo z začetkom stečaja za zapadle (gl. podrobneje pri M. Schwimann, 1997, ABGB, Praxiskommentar, Orac Verlag, Band 2, str. 105).

⁵⁰ D. Orož, v: N. Plavšak (ur.), M. Juhart, D. Orož, P. Lipoglavšek, B. Podgoršek, R. Vrenčur, U. Šuštar, M. Zorman Krč, 2021, Zbornik Sodobno stvarno pravo, str. 56–57 ter 59–60 (<https://www.tax-fin-lex.si/Revije/Kazalo/ZbornikSodobnoStvarnoPravo>).

se namreč, da je lastniški posestnik stvari njen lastnik (drugi odstavek 11. člena SPZ). Prenos lastninske pravice v zavarovanje (fiduciarni prenos) je oblika zavarovanja terjatve, pri kateri ostane premoženje v neposredni posesti prenosnika ali tretje osebe za njega (prvi odstavek 201. člena SPZ). Zato se utegne zgoditi, da izvršitelj takšno premoženje, lastninska pravica na kateri je bila prej fiduciarno prenesena v zavarovanje, pa je še vedno v posesti dolžnika, zarubi za poplačilo drugega upnika. Da bi preprečil prodajo, saj bi s tem izgubil predmet zavarovanja, ima fiduciar na podlagi prvega odstavka 206. člena SPZ pravico zahtevati, da se predmet izvršbe izloči iz izvršbe. Denarna terjatev, na drugi strani, je premoženjska pravica zahtevati plačilo določene vsote denarja. Zato pridobitelj prej odstopljene terjatve v zavarovanje ali v izterjavo v kasnejši izvršbi nima ugovora tretjega, saj kasnejša prisilna izvršba ne vpliva na njegovo zgodnejšo poplačilno pravico. To je v Avstriji izrecno zakonsko urejeno. V primeru cesije, ki je bila izvedena pred prisilnim rubežem po par. 300.a EO, tudi predhodni pridobitelj nima več ugovora tretjega, saj kasnejša prisilna izvršba na predhodno (zgodnejšo) cesijo nima vpliva. Kasnejša izvršba na to terjatev je v tem primeru enostavno neuspešna in ni potrebe po izločitveni tožbi oz. ugovoru. Dejstvo, da je dolжник terjatev odsvojil (odstopil) preden je bil sklep o rubežu vročen dolžnikovemu dolžniku, je pomembno takrat, ko in če upnik sodno uveljavlja zahtevek za plačilo do dolžnikovega dolžnika. V takšni pravi bo enostavno propadel. Zato menim, da tudi pri nas velja, da (predhodni) odstop terjatve njenemu imetniku pri kasnejši izvršbi na terjatev ne povzroči nastanka pravice, ki preprečuje izvršbo, in da zato za fiduciarni prenos terjatve v zavarovanje smiselna uporaba prvega odstavka 206. člena SPZ ni primerna. ZIZ ne določa, kaj je pravica, ki preprečuje izvršbo. Ker tretji z uspešnim ugovorom predmet ali pravico izloči iz izvršbe, je najbližje opredelitvi pravice tretjega, da gre za pravico, ki tretjemu omogoča, da dolžniku prepreči odtujitev predmeta izvršbe. Če je terjatev pozneje zarubljena v izvršbi, sklep o rubežu nima učinka, oz. ne povzroči nobene posledice za učinkovanje zgodnejšega prenosa terjatve, tudi v zavarovanje (prim. prvi odstavek 207. člena SPZ). Če je bila terjatev cedirana pred vročitvijo sklepa o rubežu dolžniku, bo izvršba enostavno neuspešna, če je bila cedirana v zavarovanje, pa bo imela kasnejša prisilna cesija le kasnejši vrstni red za poplačila kasnejšega izvršilnega upnika. Zato lahko sodišče morebitni ugovor tretjega, tj. imetnika terjatve, ki mu je bila terjatev prej odstopljena (velja tudi v zavarovanje), enostavno zavrne kot neutemeljen po petem odstavku 64. člena ZIZ.«

Zgolj v pojasnilo navajamo, da zgoraj citirani par. 300.a avstrijskega EO ureja najprej položaje, ko je terjatev predhodno (s pogodbo) odstopljena (prvi odstavek par. 300.a EO)⁵¹ ter ločeno položaje, ko je terjatev predhodno (s pogodbo) zastavljena (drugi odstavek par. 300.a EO).⁵² V prvem primeru ne more biti takšna predhodno odstopljena terjatev predmet izvršbe ter s tem rubeža in prisilnega prenosa. Novejša avstrijska teorija navaja, da je bilo do novele EO (1991) zastopano stališče, da ima v primeru časovno predhodne cesije cesionar na voljo izločitveno tožbo (Exszindierungsklage). Na podlagi jasne določbe prvi odstavek par. 300.a EO pa se zastopa stališče, da sodna zastavna pravica ne zajema terjatve, ki je bila pred njenim nastankom že prenesena. Če je bila torej terjatev odstopljena pred rubežem, je izvršba neuspešna in ni potrebe za izločitveno tožbo.⁵³ Le v drugem primeru (ki ga ureja drugi odstavek par. 300.a EO), ko je terjatev predhodno (s pogodbo) zastavljena, pa pride do rangiranja (razvrščanja) zavarovanja (zastavnih pravic), skladno z drugim in tretjim par. 300 EO. To pomeni, da drugi odstavek par. 300.a ureja konkurenco prostovoljne in sodne zastavne pravice. Za vrstni red je odločilen trenutek nastanka zastavnih pravic.⁵⁴ V našem pravu je zastavna pravica na terjatvi izrecno urejena v SPZ. Ker lahko dolžnikov dolžnik od obvestitve dalje veljavno izpolnjuje le zastavnemu upniku (četudi zavarovana terjatev še ni zapadla), je

⁵¹ Prvi odstavek par. 300.a EO se glasi: »Das gerichtliche Pfandrecht erfasst eine Forderung soweit nicht, als diese vor seiner Begründung übertragen wurde.« Prevod: »Sodna zastavna pravica ne zajema terjatve, ki je bila pred njenim nastankom že prenesena.« (op.a. Prisilna zastava torej ne nastane na terjatvi, ki je bila predhodno, tj. pred nastankom prisilne zastave, odstopljena cesionarju). Pri tem določilo ne razlikuje med vrstami cesij.

⁵² Drugi odstavek par. 300.a EO se glasi: »Wurde die Forderung vor der Begründung eines gerichtlichen Pfandrechts verpfändet, so steht dies der Begründung eines gerichtlichen Pfandrechts nicht entgegen. § 300 Abs. 2 und 3 über die Rangordnung der Pfandrechte ist sinngemäß anzuwenden. Bei einer Gehaltsforderung oder einer anderen in fortlaufenden Bezügen bestehenden Forderung erfasst das vertragliche Pfandrecht nur die Bezüge, die fällig werden, sobald der Anspruch gerichtlich geltend gemacht wurde oder ein Anspruch auf Verwertung besteht und die gerichtliche Geltendmachung bzw. der Verwertungsanspruch dem Drittschuldner angezeigt wurde. Der Drittschuldner hat Zahlungen auf Grund des vertraglichen Pfandrechts erst vorzunehmen, sobald dessen Gläubiger einen Anspruch auf Verwertung hat und dies dem Drittschuldner angezeigt wurde. Davor ist der Drittschuldner auf Verlangen eines Gläubigers verpflichtet, die vom vertraglichen Pfandrecht erfassten Bezüge nach Maßgabe ihrer Fälligkeit beim Exekutionsgericht zu hinterlegen.« Prevod: »Če je bila terjatev zastavljena pred ustanovitvijo sodne zastavne pravice, to ne predstavlja ovire za ustanovitev sodne zastavne pravice. Smiselno se uporabljata drugi in tretji odstavek 300. člena o vrstnem redu zastavnih pravic. V primeru terjatve iz naslova plače ali druge terjatve iz naslova tekočih prejemkov zajema pogodbeno zastavna pravica le prejemke, ki zapadejo v plačilo takoj, ko je bil zahtevek uveljavljen po sodni poti ali ko obstaja (nastane) pravica do unovčenja in je bila sodna uveljavitev oz. pravica do unovčenja naznanjena dolžnikovemu dolžniku. Dolžnikov dolžnik mora plačati najprej na podlagi pogodbene zastavne pravice, in sicer takoj, ko ima (pridobi) njegov upnik pravico do unovčenja in je bilo dolžnikovemu dolžniku to naznanjeno. Dolžnikov dolžnik je dolžan na zahtevo upnika, plačila, ki jih krije pogodbeno zastavna pravica, glede na njihovo zapadlost, deponirati pri izvršilnem sodišču.«

⁵³ Tako P. Oberhammer, v: P. Oberhammer, P. Angst in ostali, 2015, Kommentar zur Exekutionsordnung, str. 1670.

⁵⁴ Gl. pri P. Oberhammer, v: P. Oberhammer, P. Angst in ostali, 2015, Kommentar zur Exekutionsordnung, str. 1672–1673.

vprašljiva uporabnost avstrijske razlage (kot primerjalnopravnega argumenta) v našem pravu.

Ker imata odstop terjatve v zavarovanje (fiduciarna cesija) in zastavna pravica na terjatvi različne pravne značilnosti, ju najbrž ne smemo enako obravnavati. Z ugovorom tretjega, da je izvršba nedopustna, oz. z izločitveno tožbo (zaradi nedopustnosti izvršbe) se ravno dokazuje, da pravica pripada tretjemu in ne izvršilnemu dolžniku, kar je treba na ustrezen način v zato predvidenem postopku preizkusiti. Terjatev, ki je odstopljena v zavarovanje, pravno gledano pripada fiduciarju, še toliko bolj v primeru odstopa, ki ni vezan na razvezni pogoj. Ta vrsta odstopa v zavarovanje se navadno izvede z namenom, da se zagotovi stabilno zavarovanje za (zavarovane) terjatve, ki izvirajo iz poslovnega kontokorentnega kredita (z dinamičnim saldوم zavarovanih terjatev) ipd. Drugačno stališče je po naši oceni problematično predvsem zaradi tega, ker fiduciarja prisili v predčasno prenehanje kreditnega razmerja, kot smo že zapisali. Določbe par. 300.a EO ni mogoče mehansko prenesti v naše pravo, še posebej ne zaradi izrecnih določb SPZ, ki urejajo odstop v zavarovanje in zastavno pravico na terjatvi. Možna bi bila kvečjemu razlaga v smislu prvega odstavka par. 300.a EO, da rubež terjatev ne povzroči pravnih učinkov za časovno zgodnejše odstopne terjatev, vključno z odstopi v zavarovanje (in vključno z odstopi bodočih terjatev). Naj še posebej tudi izpostavimo, da je v avstrijski sodni praksi (OGH) zavzeto stališče, da se prvi odstavek par. 300.a EO uporablja tudi za odstopne v zavarovanje.⁵⁵

3 Zaključek

Glede na navedeno povzemamo odgovore na zastavljena vprašanja v uvodu.

1. Ali je dopustno zarubiti terjatve (v izvršilnem postopku), ki so bile z anticipirano globalno fiduciarno cesijo (ki se nanaša tudi na bodoče terjatve) pred učinkovanjem sklepa o rubežu odstopljene v zavarovanje banki za zavarovanje kreditne terjatve (kot zavarovane terjatve)?

⁵⁵ Der OGH klargestellt, das Abs 1 auch auf die Sicherungszession anwendbar ist (P. Oberhammer, v: P. Oberhammer, P. Angst in ostali, 2015, Kommentar zur Exekutionsordnung, str. 1671).

Te terjatve pripadajo fiduciarju (banki) in ne izvršilnemu upniku. V drugem odstavku 209. člena SPZ je določeno, da se v primeru plačilne nesposobnosti cedenta smiselno uporabljajo določbe 206. člena SPZ samo, če je sporazum o odstopu terjatve v zavarovanje sklenjen v obliki notarskega zapisa. Določbo 206. člena SPZ zato beremo tako, da ima fiduciar ob stečaju ali prisilni poravnavi prenosnika na fiduciarno prenesenih terjativah ločitveno pravico, v primeru izvršbe na fiduciarno prenesene terjatve pa lahko fiduciar uveljavlja proti fiduciantovim upnikom nedopustnost izvršbe (gl. prvi odstavek 206. člena SPZ in 64. člen ZIZ). V primeru individualne izvršbe je fiduciarju po naši oceni priznan ugovor nedopustnosti izvršbe, kar po kvaliteti pomeni, da ne pride do rangiranja (razvrščanja) zavarovanj z npr. kasnejšimi zastavami oz. prisilnimi prenosi. Fiduciar ne sme biti prisiljen v predčasno prenehanje kreditnega razmerja. Da bi lahko to preprečil, pa ni dovolj pravica do prednostnega poplačila, ampak lahko to doseže z izločitvenim zahtevkom. Zaradi varstva fiducianta (pa tudi njegovih drugih upnikov) je v 208. členu SPZ smiselno določeno, da se lahko cesionar poplača iz odstopljene terjatve, če zavarovana terjatev ob zapadlosti ni plačana, vendar mora morebitni presežek izročiti cedentu. Na to premoženje pa lahko nato posežejo fiduciantovi upniki.

2. Kako se v takšnih primerih v našem pravu rešuje konkurenca rubeža terjatve in prisilnega prenosa terjatve v izterjavo oz. prenosa namesto plačila po pravilih ZIZ s časovno zgodnejšim pogodbenim anticipiranim (globalnim) fiduciarним odstopom terjatev (obstojećih in bodoćih)?

Pri anticipiranem prisilnem prenosu bodoćih terjatev v izterjavo (ali namesto izpolnitve) ne nastopi oblikovalni učinek prenosa (čeprav je bil dolžnikovemu dolžniku vroćen sklep o prenosu; prvi odstavek 117. člena ZIZ), če so bile terjatve pred začetkom učinkovanja rubeža prostovoljno (na podlagi pravnega posla v obliki notarskega zapisa; drugi odstavek 209. člena SPZ) odstopljene z anticipirano globalno cesijo fiduciarju (npr. banki za zavarovanje kreditne terjatve). Fiduciantovo (dolžnikovo) razpolagalno upravićenje glede terjatev do družbe Borzen d.o.o. ni izključeno v tem pomenu, da bi ga glede vseh bodoćih terjatev izgubil od trenutka pravnomoćnega sklepa o rubežu ter da od tega trenutka dalje terjatve več ne bi prehajale v premoženje fiduciarja. Ravno obratno. Zaradi časovno zgodnejšega anticipiranega razpolagalnega posla (izjavljenega v obliki notarskega zapisa), fiduciant v trenutku nastanka terjatve do Borzena (već) nima razpolagalne sposobnosti (upravićenja) v tem pomenu, da bi konkretna terjatev prešla v

premoženje izvršilnega upnika (na podlagi pravnomočnega sklepa o rubežu in pravnomočnega sklepa o prisilnem prenosu terjatev). Konkurenca med prisilnim prenosom in prostovoljnim prenosom se ne rešuje s pravilom o derivativni pridobitvi terjatev (oz. sistemom posredne pridobitve terjatve), ampak s pravili o večkratnih odstopih istih terjatev. Zelo jasno je to pojasnila tudi sodna praksa v zadevi, ko je šlo za konkurenco med prisilnimi prenosi in pogodbenimi (prostovoljnimi) prenosi. V primeru večkratnega globalnega anticipiranega fiduciarnega odstopa istih bodočih terjatev je treba dati prednost časovno prvi anticipirani cesiji (smiselno tretji odstavek 207. člena SPZ). Ko terjatev nastane, preide na tistega fiduciarja, v korist katerega je bil sporazum o anticipiranem odstopu v zavarovanje sklenjen časovno prej. V primeru, ko si konkurirata običajna cesija in fiduciarna cesija, pa je treba smiselno uporabiti splošno pravilo iz OZ. Če je upnik odstopil isto terjatev raznim osebam, pripada terjatev (ko nastane) tistemu prevzemniku, o katerem je odstopnik najprej obvestil dolžnika ali ki se je pri dolžniku prvi oglasil (smiselno 420. člen OZ). Prevedeno na zamišljeni primer pomeni, da je treba v primeru konkurence med prostovoljnim fiduciarnim odstopom bodočih terjatev in prisilnim prenosom bodočih terjatev (ki glede vrstnega reda učinkuje od trenutka rubeža terjatve) praviloma uporabiti pravilo iz tretjega odstavka 207. člena SPZ, ki ureja konkurenco večkratnih fiduciarnih odstopov terjatev, saj imajo tudi prisilni prenosi terjatev fiduciarno naravo. Nobenega stvarnega razloga ni, da bi imeli prisilni prenosi bodočih terjatev absolutno prednost pred časovno zgodnejšimi anticipiranimi prenosi teh istih bodočih terjatev. Če se pravni položaji po svojih bistvenih značilnostih med seboj ne razlikujejo in se konkretni dejanski stan (konkurenca med prisilnim prenosom in prostovoljnim prenosom istih terjatev) prilega položaju, ki nastane v primeru konkurence večkratnega odstopa istih terjatev, potem teh položajev ne moremo razlagati različno. Ko bodoča terjatev nastane, začneta v nekem smislu sočasno učinkovati oba pravna temelja prenosa, pravila o konkurenci večkratnih odstopov istih terjatev, ki smo jih razložili zgoraj, pa določajo, kateri fiduciar (upnik) ima pri pridobitvi teh terjatev (ko nastanejo) prednost. Tudi v primeru, če bi bilo treba uporabiti 420. člen OZ, ki gradi na prioriteti obvestitve, bo v konkretnem primeru v prednosti (kot prvi pridobitelj bodočih terjatev) fiduciar prostovoljnega odstopa bodočih terjatev, saj je navadno dolžnikov dolžnik (Borzen d.o.o.) prvi obveščen o fiduciarnih cesijah. Poleg tega pa je treba naglasiti še eno pomembno okoliščino, in sicer, da ima zgodnejša prostovoljna fiduciarna cesija v konkurenci s prisilnim odstopom zagotovljeno še dodatno varstvo na podlagi

uveljavljanja nedopustnosti izvršbe (gl. prvi odstavek 206. člena SPZ ter 64. člen ZIZ).

3. Ali lahko fiduciar zunajsodno izvrši zavarovanje kljub teku izvršilnih postopkov ter kljub dejstvu, da se je začela nad dolžnikom (fiduciantom) prisilna poravnava oz. stečaj ter da je fiduciar v teh insolvenčnih postopkih prijavil svojo terjatev in ločitveno pravico?

Glede na pravila stvarnega prava (208. člen SPZ; gl. npr. tudi 182. člen ZFPPIPP) se lahko fiduciar, ki je pridobil terjatve s prostovoljno anticipirano fiduciarno globalno cesijo, poplačuje zunajsodno. To pomeni, da lahko zunajsodno (zunaj izvršbe, prisilne poravnave ali stečaja) uveljavila plačilo terjatev od fiduciantovega dolžnika (družbe Borzen d.o.o.). To pravico (do zunajsodne izvršitve zavarovanja) upnik (fiduciar) ne izgubi, čeprav je terjatev prijavil v postopku prisilne poravnave. V 5. točki četrtega odstavka 221.n člena ZFPPIPP je določena posebnost glede zunajsodne izvršitve zavarovanja, ko gre za prisilno poravnavo nad majhno, srednjo in veliko družbo: »Po začetku postopka prisilne poravnave mora ločitveni upnik za zunajsodno uveljavitev ločitvene pravice pridobiti soglasje sodišča. Sodišče zavrne soglasje, če je premoženje, ki je predmet ločitvene pravice, nujno za opravljanje podjema dolžnika. Sodišče odloči o tem soglasju na podlagi mnenja upravitelja in mnenja upniškega odbora ločitvenih upnikov ter upniškega odbora nezavarovanih upnikov.« To pravilo pride v poštev samo v primeru, če so predmet prestrukturiranja tudi ločitvene pravice, kar mora biti določeno z načrtom finančnega prestrukturiranja (NFP). Prenos terjatev v zavarovanje, ki ima podlago v anticipirani fiduciarni cesiji, se nadaljuje v premoženje fiduciarja tudi po začetku prisilne poravnave. Glede ostalega v zvezi s prisilno poravnavo gl. v razdelku 2.4.3. tega prispevka. Drugače kot pri prisilni poravnavi se z dnem začetka stečajnega postopka prenos terjatev v premoženje fiduciarja ustavi. To pomeni, da se lahko fiduciar poplačuje zunajsodno iz tistih fiduciarno prenesenih terjatev, ki so nastale do začetka stečaja. Po stališču sodne prakse je prevzemniku terjatve ob stečaju odstopnika puščena izbira, na kakšen način bo postopal. Prevzemnik lahko prijavi terjatev in ločitveno pravico v stečajnem postopku ali pa se sam zunajsodno poplača iz terjatve, ki je predmet te ločitvene pravice. Če se prevzemnik terjatve odloči, da terjatev in ločitveno pravico prijavi v stečajnem postopku, in torej plačilo terjatve uveljavlja sodno, s tem dejanjem izrazi voljo za to, da postane odstopljena terjatev del posebne stečajne mase in da se izterja po pravilih stečajnega postopka. S pravnomočnim

sklepom o preizkusu terjatev takšen način poplačila potrdi tudi sodišče. Postopek unovčenja (tudi izterjave) terjatve tako sproži stečajni dolžnik v svojem imenu in »za račun« posebne stečajne mase, iz katere se bo poplačala zavarovana terjatev prevzemnika (gl. razdelek 2.2. tega prispevka).

4. Komu mora izpolniti obveznost dolžnikov dolžnik (družba Borzen d.o.o.) po tem, ko je prejel sklep o rubežu terjatev?

Po naši oceni mora dolžnikov dolžnik (družba Borzen d.o.o.) še zmeraj izpolnjevati zapadle (fiduciarno prenesene) terjatve fiduciarju (banki), če seveda fiduciant preneha izpolnjevati zavarovano obveznost. Sklep o rubežu tudi sicer ni pravna podlaga za prisilni prenos terjatev ter tudi ne povzroči učinka prepovedi izpolnjevanja obveznosti fiduciarju. Te izpolnitvene obveznosti v korist fiduciarja tudi ne ovira morebitni sklep o prisilnem prenosu terjatev, saj terjatve pripadajo, zaradi predhodno izvedene anticipirane globalne fiduciarne cesije, fiduciarju in ne morebiti kateremu od izvršilnih upnikov dolžnika (fiducianta). Če dolžnikov dolžnik ne izpolni obveznosti fiduciarju prostovoljno (ko fiduciarno prenesena terjatev zapade v plačilo), mora fiduciar izpolnitev uveljaviti sodno v pravnem postopku.

5. Ali bodoče terjatve prehajajo v zavarovanje fiduciarju tudi po začetku prisilne poravnave?

Prenos terjatev (ko te nastanejo) v zavarovanje fiduciarju se nadaljuje tudi po uvedbi, začetku in tudi po potrjeni prisilni poravnavi.

Literatura

- Baur Franz, Baur Jurgen Franz, Rolf Stürmer, Sachenrecht. Verlag C. H. Beck. München 1999.
- Bülow, Peter, Recht der Kreditsicherheiten, C. F. Müller Verlag, Heidelberg 1988.
- Hill, Holgar, Interessenkollisionen beim Vertrag über echtes und unechtes Factoring, C. F. Müller Verlag, Heidelberg 1994.
- Juhart, Miha, Cesija – Pogodbeni odstop terjatve, GV, Ljubljana 1996.
- Juhart Miha, Tratnik Matjaž, Vrenčur Renato, Stvarnopravni zakonik s komentarjem (SPZ), Uradni list RS, Pravna fakulteta Univerze v Ljubljani, Pravna fakulteta Univerze v Mariboru, Ljubljana 2016.
- Koziol Helmut, Welsler Rudolf, Grundriß des bürgerlichen Recht - Band II, Sachenrecht - Familienrecht – Erbrecht, Manz Verlag, Wien 1991.
- Martinek, Michael, Moderne Vertragstypen, Band I – Leasing und Factoring, Verlag C. H. Beck, München 1991.

- Medicus, Dieter, *Schuldrecht I. Allgemeiner Teil*, 10. Auflage, Verlag C. H. Beck, München 1998.
- Oberhammer Paul, Angst Peter, Garber Thomas, Jakusch Werner, Klicka Thomas, Kodek Erich, Koller Christian, Mohr Franz, Scholz Florian, Slonina Michael, *Kommentar zur Exekutionsordnung*, Manz Verlag, Wien 2015.
- Plavšak Nina, *Ukrepi finančnega prestrukturiranja*, *Podjetje in delo*, Let. 40 (2014), št. 6-7, str. 964.
- Plavšak Nina, Juhart Miha, Vrenčur Renato, *Obligacijsko pravo – splošni del*, GV Založba, Ljubljana 2009.
- Plavšak Nina, Juhart Miha, Orož Damjan, Lipoglavšek Peter, Podgoršek Bojan, Vrenčur Renato, Šuštar Urh, Zorman Krč Maja, *Zbornik Sodobno stvarno pravo, Tax-Fin-Lex*, Ljubljana 2021.
- Schwimann, Michael, *ABGB, Praxiskommentar*, Orac Verlag, Band 2, Wien 1997.
- Serick, Rolf, *Eigentumsvorbehalt und Sicherungsübertragung*. Verlag Recht und Wirtschaft, Heidelberg 1993.
- Tratnik Matjaž, Rijavec Vesna, Keresteš Tomaž, Vrenčur Renato, *Stvarnopravna zavarovanja*, IARS, Maribor 2001.
- Vrenčur, Renato, *Zavarovanja plačil v poslovni in sodni praksi – z vzorci pogodb, klavzul in sodno prakso*, Inštitut za nepremičninsko pravo Maribor, Maribor 2019.

SUMMARY

The application of various instruments of collateral is required in business practice to strengthen the position of creditors in the event of default by debtors, and in bankruptcy or execution. Choosing appropriate collateral is very important. The article presents contemporary forms of collateral (fiduciary collateral, especially assignment of receivables as collateral). Some collateral instruments are of a highly accessory nature (e.g. lien on the receivables), while others constitute typical non-accessory collateral models (e.g. fiduciary collateral). Understanding the above-mentioned legal nature of the instruments is more than necessary for adequate selection and use of specific models in practice.

The central place among collateral is the assignment of receivables as collateral. The direct business reason for such assignments is in insurance (*causa securitas*) a fundamental obligation. An obligation that is the subject of insurance is called a secured obligation or a secured receivable, and a receivable that is assigned as collateral is called an assigned receivable. A legal transaction, which is the legal basis for the creation of a secured receivable, is usually a credit or loan agreement, so the content of the secured receivable is the repayment of the credit or loan. An assigned receivable is usually a receivable from the supply of goods or services rendered. The essence of fiduciary insurance is therefore in the insurance of the insurance provider's obligations in relation to the insurance recipient (fiduciary). In addition, the general feature of fiduciary collateral is the confidentiality of the relationship between the collateral parties in the sense that the recipient of the collateral (fiduciary) is obliged to return the assigned claim if the collateral is not enforced because the debtor has fulfilled the obligation. Due to the above, we use the term fiduciary insurance for these forms of insurance.

One of the important features of the assignment of receivables as collateral is that the creditor can claim (enforce) the collateral without the intervention of the court. According to the rules of property law (Article 208 SPZ; Article 182 ZFPPIPP), a fiduciary who has acquired claims by voluntary global assignment may be repaid out of court. This means that outside the execution or outside compulsory settlement or bankruptcy, achieves payment of receivables from the fiduciary's debtor (debtor's debtor). The creditor does not lose the right to enforce the security without the intervention of the court, even though he has declared the claim in the insolvency proceedings.

In this paper, we deal with the conflict of transfer of receivables in enforcement proceedings with earlier contractual assignment of the same receivables as collateral. In the case of multiple global anticipatory fiduciary assignment of the same future receivables, priority must be given to the first

anticipated cession (Article 207 SPZ). When the claim arises, it passes to the fiduciary in whose favour the anticipated assignment agreement was concluded earlier. Translated to the situation discussed in this article, it means that in case of competition between voluntary fiduciary assignment of future receivables and forced transfer of future receivables, the rule from the Article 207 SPZ must be applied, which regulates competition of multiple fiduciary assignments. Forced transfers of receivables (in enforcement proceedings) also have a fiduciary nature.

PROTIPRAVNO PRIDOBLENI DOKAZI V LUČI USTAVNIH PROCESNIH JAMSTEV

KATJA DRNOVŠEK

Univerza v Mariboru, Pravna fakulteta, Maribor, Slovenija
katja.drnovsek@um.si

V slovenskem pravnem redu uporaba protipravno pridobljenih dokazov v pravnem postopku ni normativno urejena, zato so se rešitve razvile v sodni praksi, ki to vprašanje naslavlja skozi prizmo reševanja kolizije ustavnih pravic. Prispevek se osredotoča na pomanjkljivosti ureditve, ki izhajajo iz odločbe Ustavnega sodišča RS kot edine pravne podlage za odločanje o dopustnosti dokazov, pridobljenih s kršitvami ustavno varovanih pravic. Obravnava teoretične vidike presoje dopustnosti protipravno pridobljenih dokazov v kontekstu ustavnih procesnih jamstev ter relevantno sodno prakso, v kateri se te težave odražajo. Posebna pozornost je posvečena pomenu pravice do dokaza, metodološkemu pristopu, ki naj se uporabi pri tehtanju pravic, ter argumentom, na podlagi katerih sodišča utemljujejo svoje odločitve o dopustnosti dokazov. Prispevek kot najustreznejšo metodo za razreševanje kolizije pravic predlaga metodo praktične konkordance, hkrati pa opozarja na potrebo po poenotenju sodne prakse ob uporabi kriterijev, ki upoštevajo tako pravico stranke do dokaza kot tudi osebnostne pravice nasprotni stranke.

DOI
[https://doi.org/
10.18690/um.pf.1.2024.3](https://doi.org/10.18690/um.pf.1.2024.3)

ISBN
978-961-286-817-8

Ključne besede:
protipravno pridobljeni
dokaz,
pravica do dokaza,
kolizija pravic,
načelo sorazmernosti,
praktična konkordanca,
pravdni postopek

Opomba:
Prispevek je izvleček že
objavljenega dela:
Drnovšek, K.
(2022). *Dopustnost
protipravno pridobljenih
dokazov v pravnem postopku*:
*doktorska
disertacija* [Doktorska
disertacija, Univerza v
Mariboru]. Digitalna
knjižnica Univerze v
Mariboru.



Univerzitetna založba
Univerze v Mariboru

DOI
[https://doi.org/
10.18690/um.pf.1.2024.3](https://doi.org/10.18690/um.pf.1.2024.3)

ISBN
978-961-286-817-8

Keywords:

illegally obtained evidence,
the right to evidence,
rights in conflict,
the principle of
proportionality,
practical concordance,
civil litigation

Note:

This is an abstract of an
already published
work: Drnovšek, K.
(2022). *Dopustnost protipravno
pridobljenih dokazov v
pravdnem postopku : doktorska
dissertacija* [Doktorska
dissertacija, Univerza v
Mariboru]. Digitalna
knjižnica Univerze v
Mariboru.

ILLEGALLY OBTAINED EVIDENCE IN VIEW OF PROCEDURAL CONSTITUTIONAL GUARANTEES

KATJA DRNOVŠEK

University of Maribor, Faculty of Law, Maribor, Slovenia
katja.drnovsek@um.si

In the Slovenian legal system, the admissibility of illegally obtained evidence is not regulated by normative legal acts. Instead, solutions had to be established through case law, where this issue is being approached through the prism of balancing constitutional rights in conflict. The paper focuses on the shortcomings of the regulation stemming from the decision of the Slovenian Constitutional Court as the sole legal basis for determining the admissibility of evidence obtained in violation of constitutionally protected rights. It examines the theoretical aspects of assessing the admissibility of illegally obtained evidence in the context of procedural constitutional guarantees and relevant case law reflecting these challenges. Special attention is given to the significance of the right to evidence, the methodological approach to balancing rights, and the arguments applied by Slovenian courts when assessing the admissibility of evidence. The author suggests the use of practical concordance as the most appropriate method for resolving the conflicts of rights and highlights the need for the uniform application of criteria that consider both the party's right to evidence and the personal rights of the opposing party.



1 Uvod

V slovenskem pravnem redu problematika dopustnosti uporabe protipravno pridobljenih dokazov v pravnem postopku ni normativno urejena, zaradi česar so se rešitve razvile v sodni praksi, ki to vprašanje naslavlja skozi prizmo reševanja kolizije ustavno varovanih pravic. Ključno pravilo za obravnavo dokazov, pridobljenih s kršitvijo ustavno varovanih človekovih pravic, je vzpostavilo Ustavno sodišče RS v odločbi št. Up-472/02-12,¹ v kateri je odločalo o dopustnosti uporabe dokaza, pridobljenega s poslušanjem in snemanjem telefonskega pogovora brez vednosti in brez dovoljenja nasprotne stranke. Pri tem je pojasnilo, da nima že vsaka kršitev ustavno varovanih pravic pri pridobivanju dokazov za posledico absolutne izločitve tako pridobljenih dokazov. Tudi tak poseg v pravico (do zasebnosti) bi bil pod določenimi pogoji dopusten, vendar bi morale v pravnem postopku za izvedbo dokaza, pridobljenega s kršitvijo pravice (do zasebnosti), obstajati posebej utemeljene okoliščine. Izvedba takšnega dokaza bi morala imeti poseben pomen za izvrševanje neke pravice, ki jo varuje Ustava Republike Slovenije² (Ustava RS). Na podlagi te utemeljitve je Ustavno sodišče RS nato vzpostavilo pravilo, ki od sodišč zahteva, da v podobnih primerih kolizije pravic upoštevajo načelo sorazmernosti in skrbno presodijo, kateri pravici je treba dati prednost (tretji odstavek 15. člena in 2. člen Ustave RS).³ Podalo je tudi nekaj okvirnih stališč glede merodajnih kriterijev, ki naj bi jih sodišča upoštevala pri odločanju,⁴ nadaljnji razvoj rešitev pa je prepustilo sodni praksi.

Takšno stanje se je izkazalo za problematično, saj v presenetljivo maloštevilnih odločbah sodišča višjih instanc še niso uspela vzpostaviti poenotenih in koherentnih kriterijev presoje. Svoje odločitve namesto tega utemeljujejo z dokaj arbitrarnimi argumenti, ki se nanašajo na specifične konkretnega primera in kot takšni ne prispevajo bistveno k aktivnejšemu razvoju in poenotenju sodne prakse na tem področju. V prispevku so obravnavani teoretični vidiki presoje dopustnosti protipravno pridobljenih dokazov v kontekstu ustavnih procesnih jamstev,

¹ USRS odločba Up-472/02-12 z dne 7. 10. 2004, ECLI:SI:USRS:2004:Up.472.02.

² Uradni list RS, št. 33/91-I, 42/97 – UZS68, 66/00 – UZ80, 24/03 – UZ3a, 47, 68, 69/04 – UZ14, 69/04 – UZ43, 69/04 – UZ50, 68/06 – UZ121,140,143, 47/13 – UZ148, 47/13 – UZ90,97,99, 75/16 – UZ70a in 92/21 – UZ62a.

³ Povzeto po USRS odločba Up-472/02-12, tč. 14. Gl. tudi A. Ekart, V. Rijavec, L. Ude et al., 2017, Zakon o pravnem postopku (ZPP) z novelo ZPP-E, Uvodna pojasnila, str. 84–85.

⁴ Kot kriteriji so upoštevni denimo utemeljenost pričakovanja zasebnosti v danih okoliščinah in morebitna privolitev glede snemanja ali poslušanja pogovora, ni pa pomembno, ali je vsebina pogovora intimne narave, ali gre za izmenjavo tajnih podatkov (npr. poslovnih skrivnosti), ali sta se sogovornika posebej dogovorila, da je pogovor tajej, ter ali protipravno ravnanje ob pridobivanju dokaza izpolnjuje znake kaznivega dejanja.

analizirana pa je tudi relevantna sodna praksa, v kateri se te težave odražajo na praktičnem nivoju.

Za uvodnim poglavjem drugo poglavje naslavlja pomen in vsebinski obseg ustavno varovane pravice do dokaza kot elementa pravice do enakega varstva pravic ter posledice neutemeljenega posega v to pravico. Tretje poglavje se osredotoča na metodološki pristop, ki naj se uporabi pri tehtanju pravic, ter skozi soočenje najpogosteje uporabljenih metod argumentira, zakaj je praktična konkordanca v tem smislu ustrežnejša od testa sorazmernosti. Četrto poglavje vključuje natančno analizo razpoložljive sodne prakse slovenskih sodišč ter podaja ugotovitve glede načina uporabe načela sorazmernosti v konkretnih primerih, pomena, ki ga pravici do dokaza pripisuje sodna praksa, ter konkretnih meril in argumentov, na podlagi katerih slovenska sodišča utemeljujejo svoje odločitve o dopustnosti spornih dokazov.

2 Pravica do dokaza kot ustavno varovana pravica

Ustava RS pravice do dokaza posebej ne uvršča v katalog ustavno varovanih človekovih pravic in temeljnih svoboščin, prav tako je izrecno ne omenja v okviru opredelitev teh pravic. To pa nikakor ne pomeni, da se ustavno procesno varstvo nanjo ne razteza. Ustavno sodišče RS in slovenska pravna doktrina sta si enotni, da je pravico do dokaza mogoče izpeljati iz pravice do enakega varstva pravic (22. člen Ustave RS) kot element pravice do izjavljanja oz. pravice do kontradiktornega postopka.⁵ Slednja vsaki stranki omogoča, da navaja dejstva, dokaze in pravna stališča, da se seznanijo in opredelijo do navedb nasprotne stranke oz. vsakogar, ki lahko vpliva na odločitev sodišča, da sodeluje v dokaznem postopku in postavlja vprašanja pričam oz. izvedencem, da se izjavi o rezultatih dokazovanja in o celotnem procesnem gradivu, ki lahko vpliva na odločitev, ter glede tega poda tudi svoja pravna naziranja.⁶ Pravica do izjavljanja temelji na spoštovanju človekove osebnosti,

⁵ Iz pravice do enakega varstva pravic je mogoče izpeljati več ožje opredeljenih pravic, in sicer: pravico do izjavljanja oz. pravico do kontradiktornega postopka, pravico do enakopravnosti strank (enakost orožij), prepoved sodniške samovolje in arbitramnosti ter prepoved samovoljnega odstopa od uveljavljene in enotne sodne prakse. A. Galič, v: M. Avbelj, S. Bardutzky, A. Dežman et al., 2019, Komentar Ustave Republike Slovenije, str. 175.

⁶ Gl. npr. USRS odločba Up-39/95-19 z dne 16. 1. 1997, ECLI:SI:USRS:1997:Up.39.95; Up-171/00-16 z dne 12. 7. 2001, ECLI:SI:USRS:2001:Up.171.00; USRS odločba Up-329/01 z dne 16. 5. 2002, ECLI:SI:USRS:2023:Up.139.22; USRS odločba Up-570/10 z dne 13. 10. 2011, ECLI:SI:USRS:2011:Up.570.10; USRS odločba Up-771/11-10 z dne 21. 2. 2013, ECLI:SI:USRS:2013:Up.771.11; USRS odločba Up-1194/12-15 z dne 29. 1. 2015, ECLI:SI:USRS:2015:Up.1194.12; USRS odločba Up-1496/18-17 z dne 27. 5. 2019, ECLI:SI:USRS:2019:Up.1496.18; ter USRS sklep Up-184/98 z dne 2. 2. 1999, ECLI:SI:USRS:1999:Up.184.98; USRS sklep Up-51/99 z dne 6. 1. 2000, ECLI:SI:USRS:2000:Up.51.99 in USRS sklep Up-216/99 z dne 19. 12. 2000,

saj vsakomur zagotavlja možnost priti do besede v postopku, ki zadeva njegove pravice in interese, in tako preprečuje, da bi človek postal le predmet postopka.⁷ Odraža se v več določbah Zakona o pravdnem postopku⁸ (ZPP), predvsem v 5. členu, skladno s katerim mora sodišče dati vsaki stranki možnost, da se izjavi o zahtevkih in navedbah nasprotnne stranke (razen, kadar ZPP določa, da sme sodišče odločiti o zahtevku, o katerem nasprotni stranki ni bila dana možnost, da se izjavi); pa tudi v 7. členu, ki opredeljuje dolžnost strank, da morajo navesti vsa dejstva, na katera opirajo svoje zahtevke, in predlagati dokaze, s katerimi se ta dejstva dokazujejo (razpravno načelo), ter pravico, da se izjavijo o dejstvih in dokazih, ki jih sodišče pridobiva po uradni dolžnosti; v 284. členu, ki zagotavlja kontradiktornost na glavni obravnavi; navsezadnje pa tudi v 8. točki drugega odstavka 339. člena ZPP, ki kršitev načela kontradiktornosti (tj. poseg v pravico do izjavljanja) obravnava kot bistveno kršitev določb pravnega postopka in s tem tudi kot pritožbeni razlog.

V praksi se je v povezavi z vsebinskim obsegom pravice do dokaza kot sporno izkazalo predvsem vprašanje, ali ima stranka zgolj pravico predlagati dokaze in ali je mogoče govoriti tudi o pravici stranke, da se predlagani dokazi izvedejo.⁹ Ustavno sodišče RS je v svojih odločbah v zvezi s tem zavzelo stališče, da pravici stranke, da se v postopku izjavi, na drugi strani odgovarja obveznost sodišča, da vse navedbe stranke vzame na znanje, da pretehta njihovo relevantnost ter da se do tistih navedb, ki so za odločitev bistvenega pomena, v obrazložitvi sodbe tudi opredeli.¹⁰ Smiselno enako iz pravice stranke, da sodeluje v dokaznem postopku, predlaga dokaze ter se izreče o dokaznih predlogih nasprotnne stranke, načeloma izhajajo obveznost sodišča,

ECLI:SI:USRS:2002:U.I.216.99. Gl. tudi A. Galič, 2004, *Ustavno civilno procesno pravo: ustavna procesna jamstva, ustavna pritožba - meje preizkusa in postopek*, str. 219–220; A. Galič, v: L. Ude in A. Galič (ur.), 2010, *Pravdni postopek, zakon s komentarjem*, str. 53 in 55; A. Galič, v: M. Avbelj, S. Bardutzky, A. Dežman et al., 2019, *Komentar Ustave Republike Slovenije*, str. 175.

⁷ USRS odločba Up-39/95-19; USRS sklep Up-119/98 z dne 6. 1. 2000, ECLI:SI:USRS:2000:Up.119.98. Gl. tudi A. Galič, 2004, *Ustavno civilno procesno pravo: ustavna procesna jamstva, ustavna pritožba - meje preizkusa in postopek*, str. 219–220; A. Galič, v: L. Ude in A. Galič (ur.), 2010, *Pravdni postopek, zakon s komentarjem*, 4. knjiga, str. 54; P. Jambreč, v: L. Šturm (ur.), 2002, *Komentar Ustave Republike Slovenije*, str. 248.

⁸ Uradni list RS, št. 73/07 – uradno prečiščeno besedilo, 45/08 – ZArbit, 45/08, 111/08 – odl. US, 57/09 – odl. US, 12/10 – odl. US, 50/10 – odl. US, 107/10 – odl. US, 75/12 – odl. US, 40/13 – odl. US, 92/13 – odl. US, 10/14 – odl. US, 48/15 – odl. US, 6/17 – odl. US, 10/17, 16/19 – ZNP-1 in 70/19 – odl. US.

⁹ A. Galič, 2004, *Ustavno civilno procesno pravo: ustavna procesna jamstva, ustavna pritožba - meje preizkusa in postopek*, str. 281 in 287; A. Galič, v: L. Ude in A. Galič (ur.), 2010, *Pravdni postopek, zakon s komentarjem*, str. 55–56.

¹⁰ Npr. v odločbah Ustavnega sodišča RS št.USRS odločba Up-39/95-19; Up-27/94 z dne 19. 6. 1997, ECLI:SI:USRS:1997:Up.27.94; USRS odločba Up-373/97 z dne 22. 2. 2001, ECLI:SI:USRS:2001:Up.373.97; USRS odločba Up-329/01 in USRS odločba Up-1496/18-17; ter USRS sklep Up-119/98; Up-230/99 z dne 20. 6. 2001, ECLI:SI:USRS:2001:Up.230.99; USRS sklep Up-241/98-11 z dne 27. 11. 2001, ECLI:SI:USRS:2001:Up.241.98; USRS sklep Up-189/02-4 z dne 21. 5. 2002, ECLI:SI:USRS:2002:Up.189.02; USRS sklep Up-303/01-9 z dne 11. 9. 2002, ECLI:SI:USRS:2002:Up.303.01 in USRS sklep Up-475/12-9 z dne 5. 6. 2012, ECLI:SI:USRS:2012:Up.475.12.

da dokazne predloge pretehta in predlagane dokaze tudi izvede.¹¹ Ta obveznost pa ni neomejena, kar izhaja že iz samih določb ZPP, ki opredeljujejo nekatere omejitve pri izvajanju dokazov (npr. pravila o prekluziji, o nedopustnosti ali oprostivni pričanja itd.). Pri tem je na mestu *Galič*¹² opozorilo, da je treba določbe, ki kakorkoli omejujejo izvajanje dokazov, šteti kot omejitve pravice do dokaza kot dela ustavne pravice do izjave v postopku, za kar pa mora obstajati ustavno upravičen razlog.

Razlogi za zavrnitev dokaznega predloga oz. za zavrnitev izvedbe dokaza, ki v odločbah Ustavnega sodišča RS ali v določbah ZPP štejejo za upravičene, so zato zelo omejeni. V prvi vrsti lahko sodišče zavrne predlagane dokaze, za katere misli, da niso relevantni za odločitev, kar izrecno določa že sam ZPP (drugi odstavek 287. člena ZPP). Druge izjeme, ki so se razvile predvsem v sodni praksi Ustavnega sodišča RS, se nanašajo še na dokaze, ki so očitno neprimerni za ugotovitev določenega dejstva;¹³ dokaze, ki so nepotrebni, ker je zatrjevano dejstvo že dokazano¹⁴ (ni pa dovoljena vnaprejšnja dokazna ocena);¹⁵ nesubstancirane ali nepopolne dokazne predloge;¹⁶ dokazne predloge, ki so bili podani z namenom zavlačevanja ali prepozno;¹⁷ ter posredne dokaze, kadar sodišče že razpolaga z neposrednimi dokazi.¹⁸

¹¹ A. Galič, 2004, Ustavno civilno procesno pravo: ustavna procesna jamstva, ustavna pritožba - meje preizkusa in postopek, str. 225. Gl. tudi USRS odločba Up-219/15-18 z dne 19. 5. 2016, ECLI:SI:USRS:2016:Up.219.15 in USRS odločba Up-370/17-29 z dne 12. 7. 2018, ECLI:SI:USRS:2018:Up.370.17; ter USRS sklep Up-12/97 z dne 25. 3. 1999, ECLI:SI:USRS:1999:Up.12.97; USRS sklep Up-560/15-10 z dne 27. 5. 2019, ECLI:SI:USRS:2019:Up.560.15 in USRS sklep Up-1544/18-8 z dne 8. 4. 2019, ECLI:SI:USRS:2019:Up.1544.18.

¹² A. Galič, 2004, Ustavno civilno procesno pravo: ustavna procesna jamstva, ustavna pritožba - meje preizkusa in postopek, str. 225–226 in 284–288.

¹³ USRS sklep Up-332/02-7 z dne 15. 12. 2003, ECLI:SI:USRS:2003:Up.332.02; USRS odločba Up-964/16-19 z dne 9. 1. 2020, ECLI:SI:USRS:2020:Up.964.16; VSRS sodba II Ips 169/2018 z dne 8. 8. 2019, ECLI:SI:VSRS:2019:II.IPS.169.2018.

¹⁴ Gl. npr. USRS sklep Up-121/00-5 z dne 18. 9. 2001, ECLI:SI:USRS:2001:Up.121.00 in USRS sklep Up-332/02-7; USRS odločba Up-77/01-21 z dne 4. 3. 2004, ECLI:SI:USRS:2004:Up.77.01 in USRS odločba Up-219/15-18; VSRS sodba II Ips 35/2010 z dne 29. 3. 2012, ECLI:SI:VSRS:2012:II.IPS.35.2010; VSRS sodba II Ips 124/2016 z dne 18. 4. 2018, ECLI:SI:VSRS:2018:II.IPS.124.2016.

¹⁵ VSRS sklep VIII Ips 118/2017 z dne 3. 10. 2017, ECLI:SI:VSRS:2017:VIII.IPS.118.2017 in VSRS sklep II Ips 20/2017 z dne 4. 10. 2018, ECLI:SI:VSRS:2018:II.IPS.20.2017. Primerjaj z VSRS sklep X Ips 233/2014 z dne 3. 3. 2016, ECLI:SI:VSRS:2016:X.IPS.233.2014; VSRS sklep X Ips 396/2016 z dne 24. 10. 2018, ECLI:SI:VSRS:2018:X.IPS.396.2016 in VSRS sodba II Ips 267/2018 z dne 5. 9. 2019, ECLI:SI:VSRS:2019:II.IPS.267.2018.

¹⁶ VSR, sodba in sklep II Ips 519/2005 z dne 20. 12. 2007, ECLI:SI:VSRS:2007:II.IPS.519.2005; VSRS sodba in sklep II Ips 374/2006 z dne 26. 4. 2007, ECLI:SI:VSRS:2007:II.IPS.374.2006; VSRS sodba II Ips 196/2008 z dne 1. 10. 2009, ECLI:SI:VSRS:2009:II.IPS.196.2008; VSRS sodba II Ips 267/2018.

¹⁷ VSRS sodba in sklep II Ips 187/2006 z dne 25. 9. 2008, ECLI:SI:VSRS:2008:II.IPS.187.2006; VSRS sodba II Ips 112/2009 z dne 30. 9. 2010, ECLI:SI:VSRS:2010:II.IPS.112.2009; VSRS sodba II Ips 209/2011 z dne 26. 9. 2013, ECLI:SI:VSRS:2013:II.IPS.209.2011.

¹⁸ A. Galič, v: L. Šturm (ur.), 2002, Komentar Ustave Republike Slovenije, str. 285–286; A. Galič, 2004, Ustavno civilno procesno pravo: ustavna procesna jamstva, ustavna pritožba - meje preizkusa in postopek, str. 226–231 in 287–289; A. Galič, v: L. Ude in A. Galič (ur.), 2010, Pravdni postopek, zakon s komentarjem, str. 56. Gl. tudi J.

V vsakem primeru se pravica do izjave v postopku odraža v obveznosti sodišča, da obrazloži sodno odločbo, pa tudi v bolj konkretno formulirani zahtevi, da mora sodišče v dokaznem sklepu obrazložiti, zakaj je zavrnilo dokazne predloge strank.¹⁹ Ker ZPP zoper dokazni sklep ne dovoljuje posebne pritožbe, morajo stranke morebitne kršitve uveljavljati v pritožbi zoper končno odločbo (324. in 287. člen ZPP). Če se v pritožbenem postopku izkaže, da je sodišče dokazni predlog zavrnilo brez utemeljenega (in obrazloženega) razloga, njegovo ravnanje predstavlja kršitev načela kontradiktornosti, s tem pa tudi absolutno bistveno kršitev določb pravnega postopka iz 8. točke drugega odstavka 339. člena ZPP, na katero sodišče sicer ne pazi po uradni dolžnosti. Takšna kršitev bo podana, kadar sodišče brez upravičenega razloga ne izvede kakšnega dokaza za ugotovitev spornega in pravno relevantnega dejstva, pa tudi, kadar ne odgovori na navedbe stranke oz. se do njih ne opredeli, strankam ne omogoči seznanitve s kakšnim dokazom ali izjave o tem dokazu, sodbo opre na pravno kvalifikacijo, ki je stranki kljub skrbni proučitvi zadeve nista mogli pričakovati, kadar zaradi kršitve pravil o vročitvi strankam ne omogoči sodelovanja v postopku ipd.²⁰ Kršitev načela kontradiktornosti je tudi revizijski razlog (prvi odstavek 370. člena ZPP) in razlog za obnovo postopka (2. točka 394. člena ZPP), če kršitev določb pravnega postopka hkrati predstavlja kršitev pravice iz 22. člena Ustave RS, pa sta možni tudi ustavna pritožba in pritožba na Evropsko sodišče za človekove pravice (ESČP).²¹

Zobec, v: Ude, L. in Galič, A. (ur.), 2006, Pravdni postopek, zakon s komentarjem, str. 358; P. Jambrek, v: L. Šturm (ur.), 2002, Komentar Ustave Republike Slovenije, str. 249.

¹⁹ Gl. P. Jambrek, v: L. Šturm (ur.), 2002, Komentar Ustave Republike Slovenije, str. 249; A. Galič, 2004, Ustavno civilno procesno pravo: ustavna procesna jamstva, ustavna pritožba - meje preizkusa in postopek, str. 282; USRS odločba Up-77/01 in USRS odločba Up-219/15-18; USRS sklep Up-12/97; USRS sklep Up-51/99 in USRS sklep Up-276/01 z dne 17. 2. 2004, ECLI:SI:USRS:2004:Up.276.01. Sodišče v nadaljnjem teku pravde na dokazni sklep sicer ni vezano.

²⁰ A. Galič, Pravdni postopek: Kršitev človekovih pravic - nova absolutno bistvena kršitev pravnega postopka?, 2002, str. 5–7.

²¹ Zaradi vsebinskega ujemanja pravice do poštenega sojenja iz 6. člena EKČP z 22. in 23. členom Ustave RS (deloma pa tudi z drugimi, npr. 24. členom Ustave RS) se pritožniki v ustavnih pritožbah pogosto sklicujejo na obe pravni podlagi, sodna praksa ESČP pa posledično močno vpliva tudi na razvoj sodne prakse Ustavnega sodišča RS v zvezi s pravico do izjavljanja in pravico do enakosti orožij. Več o tem gl. M. Avbelj, v: M. Avbelj, S. Bardutzky, A. Dežman et al., 2019, Komentar Ustave Republike Slovenije, str. 172–173. Gl. tudi A. Galič, v: L. Ude in A. Galič (ur.), 2010, Pravdni postopek, zakon s komentarjem, str. 57 in 62–63.

3 Metodološki vidiki presoje dopustnosti protipravno pridobljenih dokazov

3.1 Pomen načela sorazmernosti v slovenski ustavnosodni praksi

Z izjemo (redkih) pravic absolutne narave, ki jih v sodobni civilizirani družbi ni dopustno omejiti (npr. prepoved mučenja iz 18. člena Ustave RS), je že po naravi stvari jasno, da zaradi celovitosti pravne ureditve nobena izmed ustavnih pravic ne more ostati neomejena.²² Ustava RS sama ne določa obsega ali omejitev posameznih ustavno varovanih pravic, pač pa meje ustavnega varstva opredeljuje z generalno klavzulo iz tretjega odstavka 15. člena Ustave RS, skladno s katero je mogoče človekove pravice in temeljne svoboščine omejiti zgolj s pravicami drugih in v primerih, ki jih določa ustava (npr. za zaščito javnega interesa). Takšno omejevanje je dopustno le pod strogimi pogoji. V odločbah Ustavnega sodišča RS se je kot orodje za presojo teh pogojev in s tem tudi za presojo dopustnosti posegov v ustavno varovane pravice po zgledu nemške pravne znanosti in pod vplivi razvoja sodne prakse ESČP uveljavilo predvsem načelo sorazmernosti, na katerega usmerja tudi odločba Ustavnega sodišča št. Up-472/02-12.²³

Tudi načela sorazmernosti Ustava RS izrecno ne omenja, pač pa ga je Ustavno sodišče RS izpeljalo neposredno iz načela pravne države na podlagi 2. člena Ustave RS.²⁴ Načelo pravne države zavezuje vse državne organe in izvajalce javnih pooblastil, nanj pa se lahko sklicujejo vse fizične in pravne osebe v vseh pravnih razmerjih na vseh področjih svojega ustvarjanja.²⁵ Na podlagi teh izhodišč se je načelo sorazmernosti v prvi vrsti razvilo kot ukrep za preprečevanje čezmernih posegov države v pravice posameznika oz. kot orodje Ustavnega sodišča RS pri ustavnopravni presoji, ali nek akt državnega organa (npr. zakonodajalca) predstavlja nedopusten poseg države v ustavno varovane človekove pravice in je kot tak torej

²² E. Kerševan, v: M. Avbelj, S. Bardutzky, A. Dežman et al., 2019, Komentar Ustave Republike Slovenije, str. 126.

²³ Več o načelu sorazmernosti v sodni praksi ESČP gl. B. Zalar, v: M. Avbelj, S. Bardutzky, A. Dežman et al., 2019, Komentar Ustave Republike Slovenije, str. 40–42.

²⁴ Preostala elementa načela pravne države sta še načelo zaupanja v pravo ter načelo jasnosti in določnosti pravnih norm.

²⁵ V omejenem obsegu tudi pravne osebe javnega prava, kadar nastopajo *ex iure gestionis*, tj. v prirejenih razmerjih zasebnopravnega značaja, pri čemer jim je Ustavno sodišče RS do zdaj priznalo le temeljna ustavna procesna jamstva iz 22., 23. in 25. člena Ustave RS. Gl. USRS sklep U-I-157/16-12, USRS sklep Up-729/16-15, USRS sklep Up-55/17-20 z dne 19. 4. 2018, ECLI:SI:USRS:2018:U.I.157.16; in B. Zalar, v: M. Avbelj, S. Bardutzky, A. Dežman et al., 2019, Komentar Ustave Republike Slovenije, str. 39.

neustaven.²⁶ S kasnejšimi odločbami je Ustavno sodišče RS uporabo tega načela razširilo tudi na materialnopravno presojo obsega zaščite določene pravice v razmerju do druge pravice v konkretni zadevi.²⁷ S tem je mu je dodelilo ustavni rang splošnega ustavnega načela, ki zavezuje vse državne organe, tako pri izdajanju splošnih in konkretnih pravnih aktov kot tudi pri njihovih realnih dejanjih.²⁸

V praksi se načelo sorazmernosti udejanja predvsem kot trodelni test sorazmernosti posega v ustavno varovane človekove pravice ali temeljne svoboščine, v okviru katerega se presojajo nujnost, primernost in sorazmernost posega. Poseg je ustavno dopusten šele, če zasleduje nek ustavno dopusten cilj (t. i. test legitimnosti), hkrati pa preneha tudi vse tri vidike testa sorazmernosti:²⁹

- Nujnost posega. Poseg je nujen takrat, kadar cilja ni mogoče doseči brez posega v ustavne pravice ali z drugim enako učinkovitim posegom, ki bi bil po svoji naravi blažji (t. i. načelo najmilejšega oz. najmanj obremenjujočega sredstva).
- Primernost posega. Poseg je primeren, kadar je zasledovani cilj s posegom dejansko mogoče doseči.
- Sorazmernost v ožjem pomenu (tudi načelo proporcionalnosti). Poseg je sorazmeren v ožjem pomenu, kadar je teža posledic posega v prizadeto človekovo pravico proporcionalna vrednosti zasledovanega cilja oz. koristim, ki bodo zaradi posega nastale. Kolikor bolj je nekdo prizadet v svoji pravici, toliko močnejši morajo biti interesi varovanja pravic drugih, da se lahko tak poseg obravnava kot dopusten.

²⁶ Načelo sorazmernosti je kot merilo presoje utemeljenosti oblastnih póstgov v človekove pravice obravnavno že v USRS odločba U-I-137/93 z dne 2. 6. 1994, ECLI:SI:USRS:1994:U.I.137.93. B. Zalar, v: M. Avbelj, S. Bardutzky, A. Dežman et al, 2019, Komentar Ustave Republike Slovenije, str. 40.

²⁷ Načelo sorazmernosti je bilo pri presoji sodne odločbe v okviru ustavne pritožbe prvič uporabljeno v USRS odločba Up-74/95 z dne 7. 7. 1995, ECLI:SI:USRS:1995:Up.74.95.

²⁸ Gl. B. Kresal, v: L. Šturm (ur.), 2002, Komentar Ustave Republike Slovenije, str. 55.

²⁹ Tako že v USRS odločba U-I-137/93, kasneje tudi v USRS odločba U-I-201/93-19 z dne 7. 3. 1996, ECLI:SI:USRS:1996:U.I.201.93; USRS odločba U-I-139/94 z dne 30. 1. 1997, ECLI:SI:USRS:1997:U.I.139.94; USRS odločba U-I-25/95 z dne 27. 11. 1997, ECLI:SI:USRS:1997:U.I.25.95; USRS odločba U-I-330/97 z dne 30. 11. 2000, ECLI:SI:USRS:2000:U.I.330.97; USRS odločba U-I-397/98-14 z dne 21. 3. 2002, ECLI:SI:USRS:2002:U.I.397.98; USRS odločba U-I-84/03-15 z dne 17. 2. 2005, ECLI:SI:USRS:2005:U.I.84.03; USRS odločba U-I-40/06-10 z dne 11. 10. 2006, ECLI:SI:USRS:2006:U.I.40.06; USRS odločba U-I-61/06-14 z dne 11. 12. 2008, ECLI:SI:USRS:2008:U.I.61.06; USRS odločba U-I-218/07-8 z dne 26. 3. 2009, ECLI:SI:USRS:2009:U.I.218.07; USRS odločba U-I-77/08-14 z dne 8. 7. 2010, ECLI:SI:USRS:2010:U.I.77.08; USRS odločba Up-455/15-18 z dne 24. 1. 2019, ECLI:SI:USRS:2019:Up.455.15; USRS odločba U-I-44/18-6 z dne 7. 11. 2019, ECLI:SI:USRS:2019:U.I.44.18 in drugih. Gl. tudi B. Kresal, v: L. Šturm (ur.), 2002, Komentar Ustave Republike Slovenije, str. 56; M. Pavčnik, Načelo sorazmernosti, 2004, str. 44; L. Šturm, Načelo sorazmernosti, 1995, str. 16; D. Wedam Lukić, Načelo sorazmernosti v ustavnosodni presoji, 2009, str. 1350–1356.

3.2 Test sorazmernosti ali praktična konkordanca?

Medtem ko Ustavno sodišče RS pri presoji ustavne skladnosti predpisov oz. dopustnosti posegov oblasti v ustavno varovane človekove pravice (vertikalno razmerje) dosledno uporablja zgoraj opisani tristopenjski test sorazmernosti, je ob pregledu ustavnosodne prakse in ločenih mnenj posameznih ustavnih sodnikov mogoče ugotoviti, da ta metoda ni deležna posebne naklonjenosti v postopku z ustavno pritožbo, v katerem sodišče presoja, ali so bile z izpodbijanim posamičnim aktom kršene človekove pravice in temeljne svoboščine. Test sorazmernosti namreč izhaja iz presoje utemeljenosti posega v pravico ene stranke, zaradi česar slednji daje višji hierarhični položaj in večjo abstraktno težo kot pravici nasprotne stranke. *Korpič-Horvat* v pritrldilnem ločenem mnenju k odločbi št. Up-1005/15-21³⁰ tudi sicer ugotavlja, da Ustavno sodišče RS strogi test sorazmernosti uporablja le redko³¹ ter da namesto tega pogosto uporabi prirejeni test sorazmernosti (v katerem presoja le, ali je stališče sodišč v izpodbijanih odločbah skladno z Ustavo RS), Schumannovo formulo,³² praktično konkordanco, ali pa metode presoje niti ne navede.³³

V postopkih z ustavno pritožbo, ki vključujejo vprašanje varstva osebnostnih pravic v civilnopravnih sporih, v katerih je Ustavno sodišče RS običajno soočeno z razmerjem med formalno prirejenimi subjekti (horizontalno razmerje), se je v novejših odločbah uveljavila predvsem metoda praktične konkordance. Ta koncept se je primarno razvil v nemški pravni znanosti, izhaja pa iz razumevanja ustave kot enovitega in celovitega pravnega akta. Načelo enovitosti ustave pomeni, da je vsaka ustavna določba povezana z vsemi ostalimi, s katerimi tvori celoto, zaradi česar se nobena ustavna določba ne sme interpretirati neodvisno, pač pa zgolj tako, da se z interpretacijo zasleduje skladnost vseh ustavnih določb. S tem je povezano tudi načelo praktične konkordance, ki narekuje optimizacijo medsebojno nasprotujočih si ustavno varovanih vrednot. To pomeni, da morajo biti vrednote, ki jih štiti ustavno pravo, v takšnem medsebojnem razmerju, da je mogoče izvrševati vsako od njih, pri čemer se v primeru konflikta nobena vrednota ne sme udejanjati na račun druge, nasprotujoče ji vrednote. Obe zadevni vrednoti morata biti omejeni na tak način, da lahko vsaka izmed njiju doseže svoj maksimalni učinek, omejitve pa morajo

³⁰ USRS odločba Up-1005/15-21 z dne 31. 5. 2018, ECLI:SI:USRS:2018:Up.1005.15.

³¹ V pritrldilnem ločenem mnenju k odločbi št. Up-1005/15-21 *Korpič-Horvat* navaja, da je Ustavno sodišče RS uporabilo strogi test sorazmernosti le v štirih od 18 obravnavanih primerov.

³² Po Schumannovi formuli je ustavna pritožba uspešna, če izpodbijane odločitve sodišča zakonodajalec ne bi smel zapisati v pravni normi. Gl. npr. USRS odločba Up-232/00 z dne 10. 5. 2001, ECLI:SI:USRS:2001:Up.232.00.

³³ Povzeto po pritrldilnem ločenem mnenju sodnice *Korpič-Horvat* k odločbi št. Up-1005/15-21.

v vsakem posameznem primeru zadostiti načelu sorazmernosti in ne smejo biti strožje, kot je to nujno za sobivanje obeh vrednot.³⁴

Zgledujoč se po nemški teoriji je Ustavno sodišče RS podobne zaključke izpeljalo na podlagi določbe tretjega odstavka 15. člena Ustave RS, iz katerega izhaja medsebojna odvisnost človekovih pravic in temeljnih svoboščin. Posledica slednje je namreč tudi zahteva, da je nosilec dolžan izvrševati svojo pravico tako, da njegovo ravnanje ne presega meje, ki v kvalitativno enakem obsegu tudi drugemu dopušča aktivirati njemu pripadajočo pravico. Če zaradi vsebinske odprtosti upravičenja nosilec prekorači to mejo, je dolžnost pristojnega organa, da prekoračeno pravico vsebinsko omeji in odredi vzpostavitev prejšnjega stanja, če je to glede na naravo posega v pravico drugega mogoče. V koliziji dveh enakovrednih pravic (npr. pravic, ki sta obe ustavnopravno varovani) je potrebna vsebinska omejitev obeh pravic in ne samo ene izmed njiju. To pomeni, da lahko oba nosilca svojo pravico uresničujeta (le) v omejenem (»zoženem«) obsegu, tj. tako, da pri izvrševanju pravice enega ne pride do prekomernega posega v pravico drugega.³⁵ Sodišče mora obseg izvrševanja vsake od nasproti si stoječih pravic zmanjšati na tisto mero, ki je nujna zaradi uresnitve človekove pravice drugega, kar doseže tako, da opredeli vsebino obeh pravic v koliziji in jima da pravo težo, vse v luči konkretnih okoliščin primera, nato pa na podlagi tehtanja oz. uravnoveženja obeh pravic oblikuje pravilo o sobivanju obeh pravic, ki pove, kateri od njiju je v okoliščinah konkretnega primera treba dati prednost. Z vidika ustavnosti je bistveno, da sodišče nobene od človekovih pravic ne sme izključiti iz obravnavanja, prav tako pa pri presoji oz. tehtanju ne sme prezreti ustavnopravno odločilnih okoliščin oz. meril, ki jih pri tem zahtevata Ustava RS in EKČP in na katere sta opozorili Ustavno sodišče in ESČP v svojih odločitvah.³⁶ Praktična konkordanca je torej metoda usklajevanja med (navideznimi) nasprotji

³⁴ K. Hesse, 1999, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, str. 28; D. P. Kommers, 1997, The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany, str. 45–46. Gl. tudi T. I. Harbo, 2015, The Function of Proportionality Analysis in European Law, str. 40.

³⁵ Povzeto po USRS odločba Up-422/02-18 z dne 10. 3. 2005, ECLI:SI:USRS:2005:Up.422.02.

³⁶ Povzeto po USRS odločba Up-422/02-18; Up-636/07-30 z dne 17. 1. 2008, ECLI:SI:USRS:2008:Up.636.07; USRS odločba Up-2940/07-19 z dne 5. 2. 2009, ECLI:SI:USRS:2009:Up.2940.07; USRS odločba Up-1391/07-13 z dne 10. 9. 2009, ECLI:SI:USRS:2009:Up.1391.07; USRS odločba U-I-191/09, Up-916/09 z dne 30. 9. 2010, ECLI:SI:USRS:2010:U.I.191.09; USRS odločba Up-570/09-14 z dne 2. 2. 2012, ECLI:SI:USRS:2012:Up.570.09; USRS odločba Up-444/09-17 z dne 12. 4. 2012, ECLI:SI:USRS:2012:Up.444.09; USRS odločba Up-584/12-12 z dne 22. 5. 2014, ECLI:SI:USRS:2014:Up.584.12; USRS odločba Up-1128/12-17 z dne 14. 5. 2015, ECLI:SI:USRS:2015:Up.1128.12; USRS odločba Up-381/14-23 z dne 15. 2. 2018, ECLI:SI:USRS:2018:Up.381.14; USRS odločba Up-9/16-15 z dne 15. 11. 2018, ECLI:SI:USRS:2018:Up.9.16; USRS odločba Up-349/14-39 z dne 16. 5. 2019, ECLI:SI:USRS:2019:Up.349.14; USRS odločba U-I-171/16-15, Up-793/16-25 z dne 11. 7. 2019, ECLI:SI:USRS:2019:U.I.171.16. Gl. tudi pritrdilno ločeno mnenje sodnice *Korpič-Horvat* k odločbi št. Up-1005/15-21.

med določbami Ustave RS o človekovih pravicah, kadar ne moremo govoriti o posegih v človekove pravice oz. o njihovem omejevanju, ki bi se presojalo po testu sorazmernosti.³⁷

Temu stališču v novejši sodni praksi sledi tudi Vrhovno sodišče RS, ki je v več odločbah poudarilo, da uporaba testa sorazmernosti pri reševanju kolizije med dvema ustavnima pravicama ni ustrezna, ter posledično razveljavilo odločbe sodišč nižjih stopenj, ki so pri tehtanju pravic uporabile test sorazmernosti in ne metode praktične konkordance. Svoje odločitve je utemeljilo z obrazložitvijo, da splošno načelo sorazmernosti zavezuje vse državne organe, ko gre za posege v človekove pravice in temeljne svoboščine, pri čemer je poseg ustavnopravno dopusten, če izhaja iz ustavno dopustnega cilja, in če so izbrana sredstva za doseg cilja primerna in nujna, poleg tega pa ne smejo biti zunaj razumnega razmerja do družbene in politične vrednosti cilja (sorazmernost v ožjem pomenu). Test sorazmernosti Ustavno sodišče RS (in tudi ESČP) praviloma uporabi, kadar presoja, ali je država v posameznem primeru (ne)dopustno posegla v kakšno človekovo pravico, tj. ko gre za vertikalno razmerje med državo na eni strani in posameznikom na drugi strani. Kadar pa gre za razmerje med formalno prirejenimi subjekti dveh posameznikov (horizontalno razmerje) in ko pride do kolizije dveh sobivajočih pravic, pa ne gre za poseg v pravico, katerega dopustnost bi bilo treba presojati s pomočjo načela sorazmernosti, ampak se nasprotje med pravicama uskladi z metodo razlage, ki jo teorija pozna tudi kot praktično konkordanco: gre za kompromis, ki naj zagotovi, da se obseg varovanja vsake pravice zmanjša le v obsegu, ki je nujno potreben zaradi uveljavitve druge pravice. Presoja, ali izvrševanje ene pravice že prekomerno omejuje izvrševanje druge, terja vrednostno tehtanje pomena obeh pravic in teže posega, v luči vseh okoliščin konkretnega primera.³⁸

³⁷ F. Testen, v: L. Šturm (ur.), 2002, Komentar Ustave Republike Slovenije, str. 197-198. Tudi USRS odločba U-I-191/09, USRS odločba Up-916/09; USRS odločba U-I-81/11-12 z dne 18. 9. 2013, ECLI:SI:USRS:2013:U.I.81.11; USRS odločba U-I-171/16-15, USRS odločba Up-793/16-25.

³⁸ Povzeto po VSRS sklep II Ips 340/2011 z dne 17. 7. 2014, ECLI:SI:VSRS:2014:II.IPS.340.2011; VSRS sodba II Ips 120/2017 z dne 14. 2. 2019, ECLI:SI:VSRS:2019:II.IPS.120.2017; VSRS sklep II Ips 25/2019 z dne 30. 5. 2019, ECLI:SI:VSRS:2019:II.IPS.25.2019; VSRS sodba II Ips 19/2019 z dne 5. 12. 2019, ECLI:SI:VSRS:2019:II.IPS.19.2019; VSRS sodba II Ips 23/2019 z dne 23. 1. 2020, ECLI:SI:VSRS:2020:II.IPS.23.2019; VSRS sodba II Ips 23/2020 z dne 28. 8. 2020, ECLI:SI:VSRS:2020:II.IPS.23.2020; VSRS sodba II Ips 77/2020 z dne 3. 3. 2021, ECLI:SI:VSRS:2021:II.IPS.77.2020; enako tudi VSL sklep I Cp 2349/2014 z dne 5. 11. 2014, ECLI:SI:VSLJ:2014:I.CP.2349.2014; VSM sodba I Cp 236/2016 z dne 17. 8. 2016, ECLI:SI:VSMB:2016:I.CP.236.2016 in VSM sodba I Cp 49/2018 z dne 20. 2. 2018, ECLI:SI:VSMB:2018:I.CP.49.2018.

Pri tehtanju pravic v skladu z metodo praktične konkordance je ključno predvsem, da se nobeni od pravic v koliziji ne odvzame njena bistvena, ustavno varovana vsebina. Pred samim tehtanjem je zato treba ugotoviti, katere pravice in upravičenja so v koliziji, katere okoliščine obravnavanega primera so relevantne ter kakšna je ustavnopravno varovana vsebina obeh pravic.³⁹ Tehtanje v ožjem smislu, ki mora privedi do praktične konkordance, pa, kot navaja *Zobec*, v bistvu pomeni »oblikovanje pravila, veljavnega za konkreten primer, torej pravila o sobivanju pravic v konkretnih okoliščinah, pravila o rešitvi konkretnega konflikta dveh pravic, ki pove, kateri od njiju je treba v tem konkretnem konfliktu glede na konkretne okoliščine dati prednost (in katera se mora zaradi aktiviranja nujne, ustavno varovane vsebine druge pravice tej umakniti oz. se mora umakniti del upravičenj, ki sestavljajo to pravico).«⁴⁰ Pri tehtanju morajo sodišča upoštevati merila, ki so se izoblikovala v praksi Ustavnega sodišča RS, ESČP in Sodišča EU, ter jih ustrezno ovrednotiti glede na pomen in cilj človekovih pravic, na tej podlagi pa vsaki od pravic v koliziji dati ustrezno težo.

Glede na to, da več razrešenih primerov tehtanja nasprotujočih si pravic hkrati pomeni več izoblikovanih stališč, je jasno, da so se najbolj natančna in dodelana merila razvila v povezavi s pravicami, ki se v sodni praksi najpogosteje znajdejo v koliziji. V slovenski sodni praksi v tem smislu izstopa predvsem kolizija med pravico do časti in dobrega imena (34. člen Ustave RS) in pravico do zasebnosti in osebnošnih pravic (35. člen Ustave RS) na eni strani ter svobodo izražanja (39. člen Ustave RS) na drugi strani,⁴¹ pri reševanju katere sodišča dosledno upoštevajo zelo natančno opredeljena merila za tehtanje pravic, ki jih je izoblikovalo ESČP.⁴² Po drugi strani pa se vprašanje dopustnosti protipravno pridobljenih pravic v slovenski sodni praksi še vedno rešuje s pomočjo testa sorazmernosti in ne na podlagi metode praktične konkordance, zaradi česar se v tej zvezi podobna merila še niso razvila.

³⁹ VSRS sklep II Ips 25/2019; J. Zobec, Praktična konkordanca v ustavnosodni presoji, 2011, str. 37-38.

⁴⁰ J. Zobec, Praktična konkordanca v ustavnosodni presoji, 2011, str. 38-39.

⁴¹ Med novjšimi gl. npr. USRS odločba Up-584/12-12; Up-1019/12-22 z dne 26. 3. 2015, ECLI:SI:USRS:2015:Up.1019.12; USRS odločba Up-1128/12-17; USRS odločba Up-381/14-23; USRS odločba Up-614/15-21 z dne 21. 5. 2018, ECLI:SI:USRS:2018:Up.614.15; USRS odločba Up-349/14-39; USRS odločba Up-417/16-23 z dne 18. 3. 2021, ECLI:SI:USRS:2021:Up.417.16 ter VSRS sodba II Ips 120/2017; VSRS sodba II Ips 23/2019; VSRS sodba II Ips 23/2020; VSRS sodba II Ips 77/2020.

⁴² Gl. odločbi ESČP v zadevah Von Hannover proti Nemčiji št. 2, št. pritožbe 40660/08, 7. 2. 2012, in Axel Springer AG proti Nemčiji št. 2, št. pritožbe 48311/10, 10. 7. 2014.

3.3 Praktična konkordanca kot metoda presoje dopustnosti dokazov

Podlago za tehtanje pravic v primeru predložitve domnevno protipravno pridobljenega dokaza v pravnem postopku je Ustavno sodišče RS vzpostavilo v 14. točki obrazložitve odločbe št. Up-472/02-12, v kateri je zapisalo: »To pa ne pomeni, da ne bi bil tak poseg v pravico do zasebnosti pod določenimi pogoji dopusten, vendar bi morale v pravnem postopku za izvedbo dokaza, pridobljenega s kršitvijo pravice do zasebnosti, obstajati posebej utemeljene okoliščine. Izvedba takšnega dokaza bi morala imeti poseben pomen za izvrševanje neke pravice, ki jo varuje Ustava. V takšnem primeru mora sodišče upoštevati načelo sorazmernosti in skrbno presoditi, kateri pravici je treba dati prednost.«⁴³

Zgornja formulacija in uporabljene (poudarjene) besedne zveze dajejo jasen vtis, da je Ustavno sodišče RS k reševanju obravnavane kolizije ustavno varovanih pravic pristopilo dokaj neuravnoteženo ter da je že na abstraktni ravni dalo očitno prednost pravici, ki je bila prekršena s protipravnim ravnanjem ob pridobivanju dokazov; v konkretnem primeru pravici do zasebnosti. Tudi v preostalem delu obrazložitve je vsebini in obsegu pravice do zasebnosti posvečene precej pozornosti – omenjene so celo nekatere merodajne okoliščine, ki naj jih sodišča v tej zvezi upoštevajo. Na pravico do dokaza pa se Ustavno sodišče RS zgolj bežno navezuje z omembo ustavnih procesnih jamstev iz 22. člena Ustave RS. Same pravice do dokaza pri tem niti izrecno ne omeni niti ne poskuša opredeliti njene abstraktne vsebine ali obsega ustavnopravnega varstva v konkretnem primeru. Ustavno sodišče RS dokaze, pridobljene s kršitvijo ustavno varovanih pravic, evidentno obravnava kot praviloma nedopustne, njihovo izvedbo pa dopušča zgolj izjemoma (tj. če so podane posebne okoliščine). Tudi od rednih sodišč se pričakuje, da bodo sledila temeljnemu razlaganemu pravilu, ki zahteva restriktivno razlago izjem (*exceptiones non sunt extendendae*), kar se posledično odraža v sodni praksi, kjer pravica stranke do dokaza večinoma nima enake teže kot pravica, ki je bila s pridobitvijo dokaza prekršena (denimo pravica do zasebnosti).⁴⁴ Pri analizi besedila odločbe Up-472/02-12 se ni mogoče izogniti vtisu, da Ustavno sodišče RS osebo, ki pridobiva dokaze, pri vrednotenju njenega ravnanja postavlja v podoben položaj, kot ga imajo pri

⁴³ Poudarek je dodala avtorica.

⁴⁴ Tako npr. VSRS sklep VIII Ips 156/2016 z dne 10. 11. 2016, ECLI:SI:VSRS:2016:VIII.IPS.156.2016 in VDSS sklep Pdp 911/2017 z dne 24. 5. 2018, ECLI:SI:VDSS:2018:PDP.911.2017, v katerih je zavzeto stališče, da je izvedba dokazov, pridobljenih s kršitvijo pravic, dopustna le izjemoma, kar bi se moralo odražati tudi v restriktivnosti presoje dopustitve izvedbe tovrstnih dokazov.

pridobivanju dokazov državni organi, zaradi česar si prizadeva nuditi večjo zaščito stranki, pravice katere so pri tem ogrožene. Glede na navedeno ni presenetljivo, da se v sodni praksi tehtanje pravic v tovrstnih sporih povezuje prav s strogim testom sorazmernosti, ki se osredotoča na presojo utemeljenosti posega v pravico ene stranke, tej pa posledično daje višji hierarhični položaj in večjo abstraktno težo kot pravici nasprotne stranke do izvedbe dokaza. Takšna rešitev pa ob upoštevanju enakovrednega položaja strank v civilnopravnih razmerjih ni ustrezna.

Čeprav je pravica do dokaza nekoliko prikrito zajeta z ustavnimi procesnimi jamstvi, ki jih zagotavlja 22. člen Ustave RS, sama pa v njej ni izrecno omenjena, gre vendarle za eno izmed ustavno varovanih človekovih pravic in temeljnih svoboščin, ki imajo na abstraktni ravni enakopraven hierarhični položaj. Tehtanje pravic pri odločanju o dopustitvi nekega spornega dokaza seveda neizogibno predpostavlja, da bo sodišče v rezultatu presoje dalo prednost pravici ene ali druge stranke, saj ima na voljo zgolj dve možnosti; dokaznemu predlogu lahko ugodí (kadar dá prednost pravici predlagatelja do dokaza) ali ga zavrne (kadar dá prednost zaščiti pravic nasprotne stranke). Bistveno pa je, da takšno tehtanje poteka na konkretni ravni. Ustavno varovanim človekovim pravicam je namreč mogoče pripisati različno težo zgolj ob upoštevanju okoliščin konkretnega primera (*in concreto*), na abstraktni ravni (*in abstracto*) pa imajo, kot že rečeno, najpogosteje enako težo, zaradi česar praviloma nobena od pravic nima že vnaprej zagotovljene prednosti.⁴⁵ Kot navaja Ustavno sodišče RS, ni *a priori* dopusten vsak poseg, ki je sicer nujen, če bi se hotela varovana pravica zavarovati v celoti, kadar tudi prva pravica zasluži enako močno varstvo. Le v primeru, kadar gre varovani pravici zaradi njenega pomena absolutna prednost, je lahko dopusten tudi zelo močan poseg v prvo pravico. Drugače pa mora biti globina oz. teža posega v njo v sorazmerju s pomenom varovane druge pravice (pravici bosta torej vzajemno omejeni druga z drugo).⁴⁶ Ustava RS in mednarodni pravni akti sicer določajo redke izjeme med pravicami, katerim zagotavljajo takšno absolutno varstvo (denimo prepoved mučenja), vendar se osebne pravice med te izjeme ne uvrščajo.

⁴⁵ Gl. tudi J. Zobec, *Praktična konkordanca v ustavnosodni presoji*, 2011, str. 34 in 37.

⁴⁶ Gl. tudi USRS odločba U-I-137/93-24 z dne 2. 6. 1994, ECLI:SI:USRS:1994:U.I.137.93, in USRS odločba U-I-344/06-11 z dne 20. 11. 2008, ECLI:SI:USRS:2006:Up.344.06; pritrdilno ločeno mnenje sodnika *Krivica* k odločbi U-I-123/92-21 z dne 18. 11. 1993, ECLI:SI:USRS:1993:U.I.123.92.

Uporaba strogega testa sorazmernosti je ustrezna zgolj v primerih, kadar obstaja jasna hierarhija med pravicami ali kadar se presoja utemeljenost posega državnih organov v človekove pravice pravnih subjektov. Primarni namen takšnega ustavnopravnega varstva je namreč prav omejevanje nesorazmernih posegov države in njenih organov v pravice posameznikov, medtem ko državni organi takšnega varstva ne morejo biti deležni (npr. policija pri pridobivanju dokazov). Kljub temu, da je realni akt (protipravnega) pridobivanja nekega dokaza s strani posameznika lahko v svoji izvršitveni obliki celo enak ravnanju državnih organov pri tovrstnem delovanju, ne gre spregledati prav te bistvene razlike; tudi osebi, ki pridobiva dokaz za namene civilnega postopka, je zagotovljeno ustavno varstvo njenih pravic. V primeru kolizije dveh enakovrednih pravic, ki se medsebojno omejujeta, je torej ustrežnejša vsebinska omejitev obeh pravic v skladu z metodo praktične konkordance, pri čemer se obseg varovanja vsake izmed pravic zmanjša le toliko, kolikor je to nujno za uveljavitev druge pravice.

4 Protipravno pridobljeni dokazi v slovenski sodni praksi

4.1 Uvodne opazke

Na podlagi analize razpoložljive sodne prakse⁴⁷ je mogoče ugotoviti, da so zadeve, v katerih so se sodišča v pravnem postopku srečala z vprašanjem dopustnosti protipravno pridobljenih dokazov, vsaj pred sodišči višjih instanc sorazmerno redke. Med že tako maloštevilnimi relevantnimi primeri tudi sicer prevladujejo odločbe, v katerih so sodišča presodila, da je pridobivanje spornih dokazov temeljilo na veljavni zakonski podlagi (npr. Zakon o detektivski dejavnosti⁴⁸ (ZDD-1) ali Zakon o varstvu osebnih podatkov⁴⁹ (ZVOP-1)), zaradi česar v konkretnem postopku ni bilo mogoče govoriti o protipravnosti ravnanja ali o nedopustnih posegih v človekove pravice.⁵⁰ Ker sodiščem v takšnih odločbah ni bilo treba tehtati pravic, njihove

⁴⁷ Čeprav se prispevek sicer omejuje na vprašanje dopustnosti protipravno pridobljenih dokazov v pravnem postopku, je za celovit pregled nad razvojem sodne prakse treba vključiti tudi sodno prakso delovnih sodišč. V delovnopravnih sporih se (subsidiarno) uporabljajo določbe ZPP, zaradi česar je v odsotnosti drugačne specialne ureditve prav odločba Ustavnega sodišče RS št. Up-472/02-12 podlaga za presojo dopustnosti tovrstnih dokazov tudi v teh postopkih. Stališča, ki se razvijajo v sodni praksi delovnih sodišč, so zato relevantna tudi za razvoj sodne prakse na pravnem področju.

⁴⁸ Uradni list RS, št. 17/11.

⁴⁹ Uradni list RS, št. 94/07 – uradno prečiščeno besedilo in 177/20.

⁵⁰ Tako velja npr. za zadeve VSRS sodba in sklep II Ips 274/2010 z dne 5. 5. 2011, ECLI:SI:VSRS:2011:II.IPS.274.2010; VSL sodba I Cpg 1849/2014 z dne 11. 2. 2015, ECLI:SI:VSLJ:2015:I.CPG.1849.2014; VSM sodba I Cp 948/2015 z dne 29. 9. 2015, ECLI:SI:VSMB:2015:I.CP.948.2015; VSRS sodba VIII Ips 227/2012 z dne 18. 3. 2013, ECLI:SI:VSRS:2013:VIII.IPS.227.2012; VSRS sodba VIII Ips 120/2014 z dne 18. 11. 2014,

obrazložitve večinoma tudi ne vsebujejo stališč oz. argumentov, ki bi lahko bistveno prispevali k razvoju rešitev, relevantnih za presojo dopustnosti protipravno pridobljenih dokazov. Kadar so sodišča pri odločanju o dokaznem predlogu vendarle naletela na kolizijo med pravico do dokaza in pravico, ki je bila pri pridobivanju dokaza prekršena, so se v utemeljitvah svojih odločitev dokaj konsistentno sklicevala na odločbo Ustavnega sodišča RS št. Up-472/02-12 ter povzemala v njej zavzeta stališča. Kljub temu je v njihovi argumentaciji mogoče prepoznati nekatere ponavljajoče se težave, ki bodo obravnavane v nadaljevanju.

4.2 Načelo sorazmernosti kot orodje tehtanja pravic

Ustavno sodišče RS je v odločbi št. Up-472/02-12 odločilo, da je lahko dopustna tudi izvedba dokaza, pridobljenega s kršitvijo ustavno varovanih pravic, vendar le v okoliščinah, kadar bi to imelo poseben pomen za izvrševanje neke druge ustavno varovane pravice. Pri odločanju, kateri izmed pravic je v konkretnem primeru treba dati prednost, je nato sodišča napotilo na uporabo načela sorazmernosti. Takšna okvirna metodološka usmeritev pa se je v praksi izkazala kot nezadostna. Pomanjkljivosti je mogoče zaznati na dveh nivojih. Primarno je problematična že sama ustreznost uporabe načela sorazmernosti pri tehtanju pravic v horizontalnih pravnih razmerjih, sekundarno pa sodišča tudi v okoliščinah konkretnega primera ali pri argumentaciji rezultata presoje niso najbolj spretna in enotna pri uporabi tega načela.

V večini obravnavanih zadev se sodišča presoje dopustnosti uporabe spornih dokazov lotevajo s pomočjo tristopenjskega testa sorazmernosti, kar je glede na formulacijo iz odločbe št. Up-472/02-12, ki vendarle predstavlja edino pravno podlago za odločanje v tovrstnih zadevah, tudi pričakovano. Kot je bilo že pojasnjeno, je takšna rešitev glede na sodobne trende na področju reševanja kolizije ustavno varovanih pravic manj ustrezna. Test sorazmernosti namreč izhaja iz presoje utemeljenosti posega v pravico ene stranke, tej pa posledično daje višji hierarhični položaj in večjo abstraktno težo kot pravici nasprotno stranke do izvedbe dokaza.

ECLI:SI:VSRS:2014:VIII.IPS.120.2014; VDSS sodba Pdp 811/2018 z dne 28. 2. 2019, ECLI:SI:VDSS:2019:PDP.811.2018; VDSS sodba Pdp 812/2018 z dne 28. 2. 2019, ECLI:SI:VDSS:2019:PDP.812.2018; VDSS sodba Pdp 778/2018 z dne 8. 11. 2018, ECLI:SI:VDSS:2018:PDP.778.2018; VDSS sodba Pdp 467/2017 z dne 14. 9. 2017, ECLI:SI:VDSS:2017:PDP.467.2017; VSRS sodba VIII Ips 327/2017 z dne 19. 12. 2018, ECLI:SI:VSRS:2018:VIII.IPS.327.2017; VDSS sodba Pdp 299/2017 z dne 14. 9. 2017, ECLI:SI:VDSS:2017:PDP.299.2017; VSRS sodba VIII Ips 346/2017 z dne 19. 12. 2018, ECLI:SI:VSRS:2018:VIII.IPS.346.2017.

Pri tehtanju hierarhično prirejenih pravic v horizontalnih postopkih, kjer sodelujejo enakovredne stranke, je zato bolj primerna metoda praktične konkordance, ki se vedno bolj uveljavlja tudi v slovenski sodni praksi. Čeprav se v povezavi s problematiko protipravno pridobljenih dokazov še ni uveljavila, obrazložitev novjših primerov vendarle nakazujejo dobrodošel premik v pravo smer.⁵¹

Tudi, kadar sodišča pri tehtanju pravic uporabijo strogi test sorazmernosti, so njihove obrazložitve treh elementov testa le redko dovolj natančne, da bi mogle prispevati k nadaljnjemu razvoju in poenotenju sodne prakse v zvezi s tem vprašanjem, navsezadnje pa tudi kontroli s strani pritožbenih sodišč. Najpogosteje se v obrazložitvah pojavi zgolj kratka omemba načela sorazmernosti, brez vsakršnega pojasnila glede nujnosti, primernosti in sorazmernosti posega,⁵² ali pa kvečjemu zelo skopa in pavšalna utemeljitev vsakega izmed teh treh elementov, brez natančnejšega pojasnila glede kriterijev, ki so bili uporabljani pri presoji.⁵³ Takšne obrazložitve pogosto dajejo vtis, da so se sodišča na načelo sorazmernosti sklicevala zgolj zato, da zadostijo formalnostim, navedejo neko pravno podlago in se s tem izognejo očitkom o arbitrarnosti presoje, čeprav v resnici niso izvedla miselnega procesa, ki bi v konkretnem primeru ustrezal presoji sorazmernosti. Takšne obrazložitve, iz katerih ni mogoče razbrati, zakaj naj bi bilo treba dati prednost pravici ene stranke pred pravico druge, ne morejo bistveno prispevati k razvoju sodne prakse. Le natančna obrazložitev tehtanja pravic (tako pri uporabi testa sorazmernosti kot tudi pri iskanju praktične konkordance) lahko privede do izoblikovanja razumljivih in argumentiranih smernic, na katere se bodo lahko oprla tudi sodišča v bodočih podobnih primerih. Tega se zavedajo tudi instančna sodišča, ki v primerih, kjer rezultati tehtanja pravic niso zadostno utemeljeni, zadeve vztrajno vračajo v ponovno sojenje z napotki glede metode tehtanja pravic in pogosto tudi z usmeritvami glede okoliščin primera, do katerih naj se nižja sodišča opredelijo.⁵⁴ Po drugi strani je v sodni praksi mogoče najti tudi primere kakovostnejših obrazložitev,

⁵¹ Gl. npr. VSC sodba Cp 499/2019 z dne 16. 4. 2020, ECLI:SI:VSCE:2020:CP.499.2019, v katerih je sodišče uporabilo način tehtanja pravic, ki okvirno ustreza metodi praktične konkordance, in VDSS sodba Pdp 493/2019 z dne 21. 11. 2019, ECLI:SI:VDSS:2019:PDP.493.2019, v kateri je sodišče navedlo, da bi pri tehtanju pravic uporabilo test praktične konkordance.

⁵² Npr. v zadevah VSL sklep II Cp 1620/2019 z dne 9. 10. 2019, ECLI:SI:VSLJ:2019:II.CP.1620.2019, VDSS sodba Pdp 905/2015 z dne 24. 3. 2016, ECLI:SI:VDSS:2016:PDP.905.2015, ali VDSS sodba Pdp 589/2016 z dne 17. 11. 2016, ECLI:SI:VDSS:2016:PDP.589.2016.

⁵³ Npr. VSL sodba I Cp 3295/2015 z dne 10. 2. 2016, ECLI:SI:VSLJ:2016:I.CP.3295.2015, ali VDSS sodba Pdp 691/2018 z dne 31. 1. 2019, ECLI:SI:VDSS:2019:PDP.691.2018.

⁵⁴ Tako npr. v zadevah VDSS sodba Pdp 905/2015, VDSS sklep Pdp 1077/2016 z dne 11. 5. 2017, ECLI:SI:VDSS:2017:PDP.1077.2016, VDSS sklep Pdp 94/2018 z dne 5. 4. 2018, ECLI:SI:VDSS:2018:PDP.94.2018, VSL sklep II Cp 1620/2019; VDSS, sklep Pdp 911/2017.

v katerih sodišča niso natančno pojasnila le, katere okoliščine dokazujejo nujnost, primernost in sorazmernost posega, pač pa so se oprla tudi na kriterije in stališča, ki so se v tej zvezi razvili v sodni praksi ESČP.⁵⁵

4.3 Pomen pravice do dokaza pri razreševanju kolizije pravic

Nekatere nejasnosti v sodni praksi so povezane tudi z vprašanjem, katere pravice so upoštevne pri odločanju o dopustnosti spornega dokaza, pri čemer je predvsem pravica do dokaza tista, ki je sodišča pogosto ne obravnavajo kot enakovredno pravico ali sploh kot pravico, ki ji je treba nuditi sodno varstvo.⁵⁶ Takšno stanje je nedvomno posledica neuravnoteženega pristopa k reševanju kolizije relevantnih pravic, ki ga je zavzelo Ustavno sodišče RS v odločbi št. Up-472/02-12, v kateri je v okviru utemeljitve uporabe testa sorazmernosti že na abstraktni ravni pripisalo večjo težo pravici, ki je bila pri pridobivanju dokazov prekršena, pomen pravice do dokaza pa je pri tem kar nekako spregledalo. Sodišča pri presoji dopustnosti spornega dokaza pogosto zavzamejo restriktivni pristop, v nekaterih primerih pa so iz formulacije v ustavni odločbi celo izpeljala predpostavko, da pravica do dokaza pri tehtanju pravic ni upoštevna, pač pa bi morala za dopustnost izvedbe dokaza obstajati še neka druga ustavno varovana pravica.⁵⁷ Takšna razlaga ni ustrezna. Ustavno sodišče RS je sicer v odločbi št. Up-472/02-12 res zahtevalo, da mora imeti izvedba dokaza, pridobljenega s kršitvijo človekovih pravic, poseben pomen za izvrševanje neke ustavno varovane pravice, vendar je tudi pravica do dokaza kot del pravice do poštenega sojenja (in procesnih jamstev iz 22. člena Ustave RS) na abstraktni ravni hierarhično enakovredna ostalim pravicam in mora biti zato tudi sama deležna ustavnega varstva. Glede na naravo odločitve (sodišče lahko dokaznemu predlogu ugotovi ali ga zavrne) bo sodišče v konkretnem primeru sicer moralo dati prednost pravici ene ali druge stranke, vendar lahko takšno odločitev sprejme šele po opravljenem tehtanju vseh pravic, ki so se znašle v koliziji, vključno s pravico do dokaza.⁵⁸ Ob upoštevanju okoliščin konkretnega primera je tudi slednji dopustno pripisati nižjo težo ter posledično zavrniti izvedbo dokaza, pridobljenega

⁵⁵ Gl. predvsem VDSS sodba Pdp 415/2017 z dne 5. 10. 2017, ECLI:SI:VDSS:2017:PDP.415.2017 in VSRS sodba VIII Ips 2/2018 z dne 30. 5. 2018, ECLI:SI:VSRS:2018:VIII.IPS.2.2018, pa tudi VDSS sodba Pdp 347/2018 z dne 8. 10. 2018, ECLI:SI:VDSS:2018:PDP.347.2018.

⁵⁶ Tako npr. v zadevah VSL sklep I Ip 152/2013 z dne 23. 1. 2013, ECLI:SI:VSLJ:2013:I.IP.152.2013; VDSS sodba Pdp 589/2016; VDSS, sklep Pdp 94/2018; VDSS sodba Pdp 691/2018.

⁵⁷ Gl. obrazložitve v zadevah VSRS sklep VIII Ips 156/2016 in VDSS sklep Pdp 911/2017. VSL sklep I Ip 152/2013; VSL sklep IV Cp 2082/2016 z dne 24. 8. 2016, ECLI:SI:VSLJ:2016:IV.CP.2082.2016.

⁵⁸ Gl. tudi J. Zobec, Praktična konkordanca v ustavnosodni presoji, 2011, str. 34 in 37.

s kršitvijo (v danem primeru) pomembnejše pravice, ni je pa dopustno povsem spregledati.

4.4 Kriteriji presoje dopustnosti protipravno pridobljenih dokazov

Pri odločanju o dopustnosti dokazov, pridobljenih s kršitvijo človekovih pravic, mora sodišče upoštevati merila, ki so se izoblikovala v praksi Ustavnega sodišča RS, ESČP in Sodišča EU, v skladu z načelom enakega varstva pravic pa tudi stališča, ki so se razvila v sodni praksi rednih sodišč. Ustavno sodišče RS je v obrazložitvi odločbe št. Up-472/02-12 že izpeljalo nekatera merila, ki naj bi bila merodajna pri razreševanju kolizije med pravico do dokaza in pravico do zasebnosti (npr. privolitvev v snemanje ali upravičeno pričakovanje zasebnosti), vendar se je pri tem omejilo na okoliščine konkretnega primera in ni podalo sistematičnih smernic glede vsebine pravice do dokaza, obsega njenega varstva ali splošnejših kriterijev, ki bi usmerjali sodišča pri presoji utemeljenosti posegov v to pravico. Ker je že po naravi stvari nemogoče predvideti vse možne okoliščine, v katerih bi pri pridobivanju dokazov utegnilo priti do kolizije pravic, bi bilo tudi nesmiselno pričakovati izčrpno opredelitev ali konkreten seznam relevantnih kriterijev. Kazuistični pristop, ki razvoj kriterijev presoje dopustnosti dokazov prepušča sodni praksi, s tem pa dopušča dovolj fleksibilnosti za upoštevanje najširšega obsega možnih življenjskih situacij (sedanjih in prihodnjih, ob upoštevanju možnosti tehnološkega in drugega razvoja), je zato ustrezen. Hkrati pa drži, da je učinkovitost takšnega pristopa odvisna predvsem od hitrosti razvoja sodne prakse na nekem področju, tj. od množičnosti objavljenih odločb, v katerih sodišča zavzamejo dovolj splošna, medsebojno skladna in dobro argumentirana stališča, na katera se je mogoče sklicevati tudi v bodočih podobnih primerih oz., po nasprotnem, v bodočih bistveno drugačnih primerih. Zgolj posamični, izolirani, nepovezani ali slabo obrazloženi kriteriji ne zadoščajo za poenotenje stališč, posledično pa zaradi nepredvidljivosti tudi ne morejo zagotoviti zadostne pravne varnosti in enake obravnave strank v sodnih postopkih. Analiza sodne prakse prikazuje, da se slovenska sodišča soočajo prav s tem problemom. Čeprav se z večanjem števila primerov, v katerih se sodišča srečujejo s presojo dopustnosti izvedbe protipravno pridobljenih dokazov, večja tudi nabor kriterijev, ki so se že uporabili pri tehtanju pravic, je sodna praksa še precej oddaljena od jasnih, koherentnih in splošno uporabnih smernic.

Med kriteriji, ki so jih sodišča do sedaj upoštevala kot merodajne pri tehtanju ustavno varovanih pravic,⁵⁹ je mogoče izpeljati predvsem sledeče:

- morebitno soglasje glede snemanja ali drugih posegov v zasebnost (npr. omogočanje dostopa do Facebook računa ali do elektronske pošte) oz. morebiten pristanek na zbiranje dokaznega gradiva;⁶⁰
- morebitna seznanjenost s snemanjem oz. pridobivanjem dokaznega gradiva (npr. z vidno objavo obvestila o snemanju);⁶¹
- narava vsebine pogovora (ali je pogovor intimne ali poslovne narave);⁶²
- upravičenost pričakovanja zasebnosti (v tradicionalnem smislu, npr. na javnem mestu ali delovnem mestu v primerjavi s prostori iz bolj zasebne sfere; pa tudi z vidika zasebnosti uporabljenih načinov komunikacije, npr. skupinski pogovor na Facebooku v primerjavi z zasebnim elektronskim sporočilom ali telefonskim pogovorom);⁶³
- obstoj drugih dokaznih sredstev, s katerimi je mogoče dokazati zatrjevano dejstvo (nepotrebnost izvedbe dokaza v primeru že dokazanega dejstva);⁶⁴
- zaščita drugih pomembnih pravic in interesov (npr. varstvo zasebne lastnine, svobodna gospodarska pobuda, pravica do dela in socialne varnosti, zaščita koristi otrok);⁶⁵
- vzajemnost posegov v pravice (stranka poseže v pravice druge stranke, ker tudi slednja posega v njene pravice);⁶⁶
- stopnjevanje intenzivnosti posegov (stranka se posluži hujših posegov šele, ko z milejšimi ne more zaščititi svojih pravic);⁶⁷

⁵⁹ Kriteriji iz navedenega seznama so se v pretežni meri razvili kot merila presoje pri uporabi testa sorazmernosti, vendar so smiselno enako uporabljivi pri tehtanju pravic v okviru ustrežnejše metode praktične konkordance.

⁶⁰ VSL sklep I Ip 152/2013; VSRS sodba VIII Ips 227/2012; VSRS sodba VIII Ips 120/2014; VSL sklep II Cp 1620/2019; VSC sodba Cp 499/2019.

⁶¹ VSL sklep I Ip 152/2013; VSRS sodba VIII Ips 120/2014; VSL sodba I Cp 3295/2015; VSL sklep IV Cp 2082/2016; VDSS sodba Pdp 905/2015, VSRS sklep VIII Ips 156/2016, VDSS sodba Pdp 415/2017 in VSRS sodba VIII Ips 2/2018; VSC sodba Cp 499/2019.

⁶² VDSS sklep Pdp 94/2018. Primerjaj s stališčem, ki ga je zavzelo Ustavno sodišče RS v odločbi št. Up-472/02-12.

⁶³ VDSS sodba Pdp 299/2017 in VSRS sodba VIII Ips 346/2017; VDSS sodba Pdp 905/2015, VSRS sklep VIII Ips 156/2016, VDSS sodba Pdp 415/2017 in VSRS sodba VIII Ips 2/2018; VDSS sodba Pdp 347/2018; VDSS sodba Pdp 691/2018.

⁶⁴ VSRS sodba in sklep II Ips 274/2010; VDSS sodba Pdp 493/2019; VSC sodba Cp 499/2019.

⁶⁵ VDSS sodba Pdp 811/2018 in VDSS sodba Pdp 812/2018; VDSS sodba Pdp 905/2015, VSRS sklep VIII Ips 156/2016, VDSS sodba Pdp 415/2017 in VSRS sodba VIII Ips 2/2018; VDSS sodba Pdp 589/2016; VSL sklep IV Cp 2082/2016; VDSS sodba Pdp 347/2018; VDSS Sodba Pdp 691/2018.

⁶⁶ VSL sodba I Cp 3295/2015; VDSS sodba Pdp 905/2015, VSRS sklep VIII Ips 156/2016, VDSS sodba Pdp 415/2017 in VSRS sodba VIII Ips 2/2018.

⁶⁷ VSL sodba I Cp 3295/2015.

- narava pravnega subjekta (obseg pravnega varstva se razlikuje, kadar se nudi fizični ali pravni osebi).⁶⁸

Sodišča se na nekatere od naštetih kriterijev opirajo dovolj pogosto, da bi že lahko govorili o ustaljenih stališčih. Prva skupina takšnih meril se nanaša na vprašanje, ali je prizadeta stranka podala soglasje k pridobivanju dokazov (izrecno ali konkludentno), ali je bila z zbiranjem dokazov seznanjena (in je torej lahko vplivala na vsebino oz. obseg informacij, ki so se na ta način zbrale), oz. ali bi glede na okoliščine primera morala ali mogla pričakovati, da se določene informacije lahko zbirajo in nato tudi uporabijo za namene morebitnih sodnih postopkov (okoliščine, ki utemeljujejo stopnjo pričakovanja zasebnosti, vsebina pogovora). Ti dejavniki predpostavljajo, da seznanjenost s pridobivanjem dokaznega gradiva ali celo soglasje glede takšnega ravnanja zmanjšujeta intenzivnost posega v pravice oz. izključujeta njegovo protipravnost. Druga skupina kriterijev se nanaša na stranko, ki je predlagala izvedbo spornega dokaza in na njene možnosti, da skozi dokazni postopek uspešno zasleduje svoje interese v sodnem postopku. V tem smislu so sodišča prepoznala kot relevantne predvsem okoliščine, ali si je stranka s posegom v pravice nasprotne stranke prizadevala preprečiti ali odpraviti kršitve lastnih pravic oz. omogočiti izvrševanje lastnih ustavno varovanih pravic, ki jih sicer ne bi mogla udejanjiti (vključno s primeri dokazne stiske); ter ali se je pri tem trudila čim bolj omejiti svoje posege v pravico nasprotne stranke. Sodišča so si dokaj enotna tudi v stališču, da izvedba protipravno pridobljenega dokaza ni potrebna, kadar njegova uporaba ne bi mogla pripeljati do drugačne odločitve o zadevi oz. kadar bi sodišče prišlo do enakega dejanskega in pravnega zaključka ne glede na uporabo spornega dokaza.⁶⁹ Na eni strani torej govorimo o kriterijih, ki se nanašajo na prizadeto stranko in na njeno soglasje, pričakovanje ali zavedanje glede zbiranja dokaznega gradiva, ki se bo lahko uporabilo tudi kot dokaz v morebitnem sodnem postopku, na drugi strani pa o kriterijih, ki se nanašajo na možnosti stranke, ki pridobiva dokaze, da učinkovito uveljavlja procesna jamstva, ki jih tudi njej zagotavlja Ustava RS.

Kljub temu, da je iz sodne prakse torej mogoče izluščiti nekatere standardizirane kriterije, je hkrati treba ugotoviti, da njihova uporaba pogosto ostaja dokaj arbitrarna in neusklajena, argumentacije mnogih odločitev pa se omejujejo na okoliščine konkretnega primera in jih kot takšnih ni mogoče povzdigniti na raven ustaljenih

⁶⁸ VSL sodba I Cpg 1849/2014.

⁶⁹ VSRS sodba in sklep II Ips 274/2010; VDSS sodba Pdp 493/2019; VSC sodba Cp 499/2019.

stališč. V nekaterih primerih si stališča različnih sodišč celo nasprotujejo, npr. glede vprašanja, ali za dopustnost izvedbe dokaza zadošča, da je bila nasprotna stranka seznanjena s pridobivanjem gradiva (npr. snemanjem pogovora), ali bi morala biti seznanjena tudi z dejstvom, da se bo pridobljeno dokazno gradivo uporabilo v sodnem postopku,⁷⁰ pa tudi glede vprašanja upoštevnosti narave intimnega ali poslovnega pogovora⁷¹ in drugih.

5 Zaključki

Sodišča, ki se v pravnem postopku srečajo z vprašanjem dopustnosti izvedbe protipravno pridobljenega dokaza, se hkrati soočijo s kolizijo pravice do dokaza in njej nasprotne pravice, ki je bila prizadeta ob pridobivanju spornega dokaza. Najustreznejša metoda za razreševanje tovrstne kolizije je metoda praktične konkordance, ki od sodišča zahteva, da opredeli vsebino obeh pravic v koliziji in jima da pravo težo, vse v luči konkretnih okoliščin primera, nato pa na podlagi tehtanja oz. uravnoteženja obeh pravic oblikuje pravilo o sobivanju obeh pravic, ki pove, kateri od njiju je v okoliščinah konkretnega primera treba dati prednost. Pri tem je ključno, da sodišče ne izključi ali spregleda nobene izmed človekovih pravic, kar vključuje tudi pravico do dokaza kot del ustavnih procesnih jamstev, ki jih zagotavlja 22. člen Ustave RS, ter da upošteva merila, ki so se izoblikovala v praksi Ustavnega sodišča RS, ESČP in Sodišča EU.

Zgoraj opisane težave, ki se pojavljajo v sodni praksi, so v veliki meri posledica relativno majhnega števila primerov, v katerih bi sodišča vzpostavila takšna merila in zavzela dobro argumentirana stališča, s čimer bi aktivneje pripomogla k nadaljnjemu razvoju in poenotenje sodne prakse, s tem pa tudi k boljši pravni varnosti in enaki obravnavi strank v sodnih postopkih. Vzpostavitev učinkovitega pravnega varstva skozi poenotenje sodne prakse v tem smislu zahteva sistematičen, usklajen in koherenten pristop sodišč, ki bi morala glede na sodobne trende razvoja kriterijev v slovenski sodni praksi na eni strani upoštevati tiste kriterije, ki se nanašajo na možnosti stranke, da s predložitvijo dokaza učinkovito uveljavlja svoja upravičenja v okviru pravice do učinkovitega sodnega varstva, na drugi strani pa tiste

⁷⁰ Višje sodišče v Celju je v sodbi Cp 499/2019 npr. navedlo, da četudi je bil zapustnik s snemanjem seznanjen in je vanj privolil, ni bil seznanjen s tem (oz. ni privolil), da bo posnetek uporabljen tudi v sodnem postopku, zaradi česar tudi ni mogel prosto odločati o morebitnih posledicah svojih izjav v sodnem postopku. Po drugi strani je Višje sodišče v Ljubljani v sklepu II Cp 1620/2019 odločilo, da že samo omogočanje dostopa do sporočil nasprotni stranki (npr. z zaupanjem gesla) izključuje protipravnost pridobitve dokaza oz. posega v pravico do zasebnosti.

⁷¹ Primerjaj VDSS sklep Pdp 94/2018 s stališčem, ki ga je zavzelo Ustavno sodišče RS v odločbi Up-472/02-12.

kriterije, ki se nanašajo na možnosti nasprotne stranke, da prosto odloča o razširjanju in načinu uporabe informacij iz sfere njene zasebnosti, ki so zajete z dokaznim gradivom.

Na problematičnost nejasne in neenotne sodne prakse, posledično pa tudi na potrebo po nadaljnjih premikih in napredku na tem področju, so opozarjali tudi deležniki v okviru javne razprave, ki je spremljala sprejemanje novele ZPP-E.⁷² Da bi naslovil omenjene težave, je predlagatelj v predlog novele ZPP-E⁷³ vključil nov 219.c člen, ki bi tudi normativno uredil vprašanje dopustnosti protipravno pridobljenih dokazov (oz. »dokazov, pridobljenih na nedovoljen način«). Predlagani člen bi v osnovi zgolj uzakonil stališče, ki ga je Ustavno sodišče RS zavzelo v odločbi št. Up-472/02-12,⁷⁴ s tem pa bi v zakonsko materijo prenesel tudi vse zgoraj obravnavane pomanjkljivosti (neustrezen metodološki pristop, neuravnotežena obravnava pravice do dokaza, pomanjkljivo dodelani kriteriji tehtanja pravic). Zaradi pomislekov, ki so jih v tej zvezi izrazili predstavniki pravne stroke, je bila končna verzija novele ZPP-E sprejeta brez 219.c člena, vsebinske rešitve pa so ostale v domeni nadaljnjega razvoja sodne prakse (tako slovenskih sodišč kot tudi ESČP in Sodišča EU).

Literatura

- Avbelj Matej, Bardutzky Samo, Dežman Aljoša et al., Komentar Ustave Republike Slovenije, Nova univerza, Evropska pravna fakulteta, Nova Gorica 2019.
- Besedilo Predloga zakona o spremembah in dopolnitvah Zakona o pravnem postopku po prvi obravnavi z dne 2. 12. 2016, dostopno na: [---

⁷² Uradni list RS, št. 10/17. Ta je bila v končni obliki sprejeta 17. 2. 2017, veljati je pričela 14. 3. 2017, uporablja pa se od 14. 9. 2017.](https://www.dz-rs.si/wps/portal/Home/zakonodaja/izbran/!ut/p/z1/04_Sj9CPykyssy0xPLMnMz0vMAfIjo8zivSy9Hb283Q0N3E3dLQwCQ7z9g7w8nAwsnMz1w9EUGAWZGgS6GDn5BhsYGwQHGH-pHEaPFAAdwNCBOPx4FUfiNL8gNDQ11VFQEAAAXcoa4!/dz/d5/L2dBISEvZ0FBIS9nQSEh/?uid=C1257A70003EE6A1C1258080004A8008&db=kon_zak&mandat=VII&tip=d oc (15. 9. 2021).</p><p>Ekart Andrej, Rijavec Vesna, Ude Lojze et al., Zakon o pravnem postopku (ZPP) z novelo ZPP-E, Uvodna pojasnila, IUS Software, GV Založba, Ljubljana 2017.</p></div><div data-bbox=)

⁷³ Predlog Zakona o spremembah in dopolnitvah Zakona o pravnem postopku EVA: 2013-2030-0093 z dne 7. 9. 2016, dostopen na povezavi: <https://e-uprava.gov.si/drzava-in-druzba/e-demokracija/predlogi-predpisov/predlog-predpisa.html?id=4241> (15. 9. 2021) in besedilo predloga po prvi obravnavi z dne 2. 12. 2016, dostopno na povezavi: <https://imss.dz-rs.si/IMIS/ImisAdmin.nsf/ImisnetAgent?OpenAgent&2&DZ-MSS-01/ca20e0057f3f86b12db73fe9f116d08b83f09fa5db98b44c6873253146e60b58> (15. 9. 2021).

⁷⁴ Gl. tudi A. Ekart, V. Rijavec, L. Ude et al., 2017, Zakon o pravnem postopku (ZPP) z novelo ZPP-E, Uvodna pojasnila, str. 84–85.

- Galič Aleš, Pravdni postopek: Kršitev človekovih pravic - nova absolutno bistvena kršitev pravnega postopka?, *Pravna praksa*, Let. 21 (2002), št. 9, str. 5–7.
- Galič, Aleš, Ustavno civilno procesno pravo; ustavna procesna jamstva, ustavna pritožba – meje preizkusa in postopek, *GV Založba*, Ljubljana 2004.
- Harbo, Tor-Inge, *The Function of Proportionality Analysis in European Law*, Koninklijke Brill NV, Leiden 2015.
- Hesse, Konrad, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland* (20. izdaja), C.F. Müller, Heidelberg 1999.
- Kommers, Donald P., *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany* (2. izdaja), Duke University Press, Durham, NC 1997.
- Pavčnik Marijan, Načelo sorazmernosti, *Pravna praksa*, Let. 23 (2004), št. 38-39, str. 44–45.
- Predlog Zakona o spremembah in dopolnitvah Zakona o pravdnem postopku, EVA: 2013-2030-0093 z dne 7. 9. 2016, dostopno na: <https://e-uprava.gov.si/drzava-in-druzba/e-demokracija/predlogi-predpisov/predlog-predpisa.html?id=4241> (15. 9. 2021).
- Šturm Lovro, Načelo sorazmernosti, *Pravna praksa*, Let. 14 (1995), št. 12, str. 16–17.
- Šturm Lovro (ur.), *Komentar Ustave Republike Slovenije*, Fakulteta za podiplomske državne in evropske študije, Ljubljana 2002.
- Ude Lojze in Galič Aleš (ur.), *Pravdni postopek, zakon s komentarjem* (2. knjiga), Uradni list, GV Založba, Ljubljana 2006.
- Ude Lojze in Galič Aleš (ur.), *Pravdni postopek, zakon s komentarjem* (4. knjiga), Uradni list, GV Založba, Ljubljana 2010.
- Wedam Lukić Dragica, Načelo sorazmernosti v ustavnosodni presoji, *Podjetje in delo*, (2008), št. 6-7, str. 1350–1356.
- Zobec Jan, *Praktična konkordanca v ustavnosodni presoji*, *Dignitas*, (2011), št. 49-50, str. 32–54.

SUMMARY

In the Slovenian legal system, the admissibility of illegally obtained evidence is not regulated by normative legal acts. Instead, when the courts unavoidably encountered this issue in practice, especially considering the rapid development of technology and the accessibility of new means to obtain evidence, solutions had to be established through case law. In its landmark decision no. Up-472/02-12 of 7 October 2004, the Constitutional Court of the Republic of Slovenia established the basic rule for assessing evidence obtained in violation of constitutionally protected human rights, which continues to represent the only legal basis for courts deciding such cases. In the reasoning of its decision, the Constitutional Court stated that the protection granted by the Slovenian Constitution to human rights is not absolute and that not every infringement of constitutional rights caused in the process of obtaining evidence has to result in the inadmissibility of said evidence. Instead, even evidence obtained illegally might be taken in civil litigation, but only if that would be deemed necessary in the pursuit of another constitutionally protected human right. The admissibility of evidence at issue should be decided through the prism of constitutional rights in conflict by balancing the rights of both parties and carefully determining which right should be given priority under the circumstances of a particular case. The Constitutional Court instructed judges to apply the principle of proportionality, the latter being an already well-established method for resolving human rights conflicts in Slovenian case law, and expressed some opinions regarding specific criteria that should (or should not) be used when assessing the admissibility of evidence. Further solutions were supposed to develop through the case law of regular courts, which were also expected to clarify other remaining or subsequent issues. However, even after more than 15 years, the case law regarding the admissibility of illegally obtained evidence remains underdeveloped and frequently characterised by arbitrary, inconsistent or vague opinions, which are often only applicable to a particular situation and, consequently, have only a limited or no value for the unification of jurisprudence. Some other shortcomings of the current state of affairs also came to light, which have not been adequately addressed by the theory or practice. The article addresses some of these issues by examining the theoretical aspects of determining the admissibility of illegally obtained evidence in the context of procedural constitutional guarantees and by analysing the relevant

case law where these issues can be observed at a practical level. The most critical issues considered are the following: (1) the significance and the scope of the right to evidence as part of procedural constitutional guarantees granted under Article 22 of the Slovenian Constitution, which is frequently overlooked by judges or not ascribed a proper weight when balancing the rights in conflict; (2) the methodological approach that should be used for the balancing of rights, with a critique of the proportionality test and a proposal to replace this method with the so-called practical concordance; and (3) the criteria and arguments applied by Slovenian courts when assessing the admissibility of evidence obtained in violation of human rights to justify their decisions.

UMESTITEV ELEKTRONSKIH DOKAZOV MED DOKAZNA SREDSTVA PRAVDNEGA POSTOPKA

KRISTJAN ZAHRASTNIK

Univerza v Mariboru, Pravna fakulteta, Maribor, Slovenija
kristjan.zahrastnik@um.si

Svojevrstna narava elektronskih dokazov botruje k temu, da jih ne moremo jasno in enostavno umestiti med eno izmed vrst tradicionalnih dokaznih sredstev, ki jih predvideva Zakon o pravdnem postopku (ZPP). Elektronski dokazi so po svoji naravi zapisani na elektronskem nosilcu in so tako v izvorni obliki neberljivi, zaradi česar se za izvedbo dokaza elektronske narave zahteva ustrezno znanje in uporaba tehnoloških pripomočkov. Ker trenutna normativna ureditev dokaznih pravil v ZPP posebej ne ureja posebnosti elektronskih dokazov, se elektronske dokaze po analogiji umešča med tradicionalna dokazna sredstva pravnega postopka. Med katera dokazna sredstva se umeščajo, ZPP ne daje izrecnega odgovora. Vsled temu je namen prispevka proučitev, med katera dokazna sredstva umeščamo najpogostejše vrste elektronskih dokazov in ali je trenutna ureditev glede na svojevrstnost elektronskih dokazov ustrezna.

DOI
[https://doi.org/
10.18690/um.pf.1.2024.4](https://doi.org/10.18690/um.pf.1.2024.4)

ISBN
978-961-286-817-8

Ključne besede:
elektronski dokazi,
dokazna sredstva,
pravdni
postopek,
umestitev
elektronskih dokazov,
listina, ogled



Univerzitetna založba
Univerze v Mariboru

DOI
[https://doi.org/
10.18690/um.pf.1.2024.4](https://doi.org/10.18690/um.pf.1.2024.4)

ISBN
978-961-286-817-8

Keywords:

illegally obtained evidence,
the right to evidence,
rights in conflict,
the principle of
proportionality,
practical concordance,
civil litigation

CLASSIFICATION OF ELECTRONIC EVIDENCE BETWEEN MEANS OF PROOF OF CONTENTIOUS CIVIL PROCEDURE

KRISTJAN ZAHRASTNIK

University of Maribor, Faculty of Law, Maribor, Slovenia
kristjan.zahrastnik@um.si

The peculiar nature of electronic evidence contributes to the fact that electronic evidence cannot be clearly categorised among the traditional means of proof provided by the Slovenian Contentious Civil Procedure Act (CCPA). Electronic evidence is stored on an electronic medium and, therefore, is not directly readable. For this reason, the presentation of electronic documents requires technical knowledge and technical devices. The current normative regulation of evidentiary rules in the CCPA lacks a special regulation for electronic evidence; as a result, they are, by analogy, applied among the traditional means of proof of contentious civil proceedings. The CCPA does not state explicitly how they are classified as means of proof. Consequently, the purpose of the contribution is to examine which means of proof are applicable to the most common types of electronic evidence and whether the current regulation, considering the peculiarity of the electronic evidence, is appropriate.



1 Uvod

Vseprisotnost elektronskih naprav v življenjskem vsakdanu botruje k enournemu oblikovanju elektronskih podatkov, ki prinašajo nove možnosti dokazovanja v pravnih postopkih. V primerjavi s tradicionalnimi dokazi sta obseg in podvajanje elektronskih dokazov, zlasti zaradi enostavnega načina zapisa podatkov na elektronske naprave, neprimerno večja. Tako se pojavljajo številni dokazi, ki jim je skupna elektronska narava. Predvsem zaradi svojevrstnosti njihove elektronske narave jih ni mogoče enostavno umestiti med tradicionalna dokazna sredstva. Prav umestitev elektronskih dokazov med dokazna sredstva pravnega postopka velja za osrednji namen in cilj tega prispevka.

Razumevanje elektronskih dokazov v luči tradicionalnih dokaznih sredstev pravnega postopka terja predvsem proučitev ureditve dokaznih sredstev, ki pridejo v poštev v primeru elektronskih dokazov. S podrobnejšim pregledom zakonske ureditve dokaznega sredstva listine in ogleda nameravamo predstaviti pomembnejše lastnosti, po katerih se omenjeni dokazni sredstvi razlikujeta, in s tem omogočiti celovito razumevanje elektronskih dokazov v pravnem postopku. S tem razlogom so v prvem poglavju obravnavani temelji veljavnosti elektronskih dokazov v pravnem postopku. Temu sledi drugo poglavje, ki ponuja oris dokaznih sredstev pravnega postopka s poudarkom na razlikovanju med dokaznim sredstvom listine in dokaznim sredstvom ogleda. V nadaljevanju tega poglavja je obravnavana še (ne)zaprtost seznama dokaznih sredstev pravnega postopka. Prispevek v četrtem poglavju obravnava vpliv svojevrstnosti elektronskih dokazov, ki se kažejo v njihovi krhkosti in neposredni berljivosti zgolj s tehničnimi pripomočki, na njihovo umestitev med dokazna sredstva pravnega postopka. Od umestitve elektronskih dokazov med dokazna sredstva je odvisna njihova usoda v pravnem postopku. Pri tem izhajamo iz štirih možnosti umestitve: (1) obravnava elektronskih dokazov znotraj dokaznega sredstva listine; (2) obravnava elektronskih dokazov znotraj dokaznega sredstva ogleda; (3) obravnava elektronskih dokazov v samostojni in posebni vrsti dokaznega sredstva; (4) dvojna obravnava elektronskih dokazov glede na okoliščine dokazovanja. Pri umestitvi se bomo zaradi neomejenih vrst elektronskih dokazov praviloma osredotočili zgolj na najpogostejše oblike, kot so elektronska listina, zvočni in slikovni posnetek ter elektronska pošta.

Umestitvi elektronskih dokazov med dokazna sredstva pravnega postopka sledi še oris umestitve elektronskih dokazov med dokazna sredstva kazenskega postopka. Kazensko-pravna teorija se je že opredelila do umestitve elektronskih dokazov med dokazna sredstva kazenskega postopka, medtem ko poizkusov umestitve v pravnem postopku še ni bilo. To poglavje se zaključuje s primerjavo umestitve elektronskih dokazov v pravnem in kazenskem postopku. V zadnjem poglavju se avtor opredeli do zastavljenega namena in cilja prispevka.

2 Veljavnost elektronskih dokazov v pravnem postopku

Od sprejetja novele ZPP-C¹ je v Zakonu o pravnem postopku² (ZPP) izrecno določeno, da se podatkom v elektronski obliki v pravnem postopku ne sme odreči dokazna vrednost zgolj zaradi tega, ker se nahajajo v elektronski obliki. Določena je tudi enakovrednost pisne in elektronske oblike, če so podatki v elektronski obliki primerni za obdelavo na sodišču, dosegljivi in primerni za poznejšo uporabo.³ Vendar je že pred tem Zakon o elektronskem poslovanju in elektronskem podpisu⁴ (ZEPEP) v 4. členu normativno uredil dokazno vrednost podatkov v elektronski obliki. Prav tako Uredba št. 910/2014 Evropskega parlamenta in Sveta z dne 23. julija 2014 o elektronski identifikaciji in storitvah zaupanja za elektronske transakcije na notranjem trgu in o razveljavitvi Direktive 1999/93/ES⁵ (Uredba 910/2014) v 46. členu določa, da se elektronskim listinam zgolj zaradi pojavnosti v elektronski obliki ne smeta odvzeti pravni učinek in dopustnost kot dokaza v pravnih postopkih.

Poleg dokazne vrednosti in načelne enakovrednosti pisne in elektronske oblike ZPP predvideva še delitev listine na fizično in elektronsko.⁶ S tem se normativna ureditev podatkov v elektronski obliki v pravnem postopku kot dokaza konča. Velja sicer poudariti, da četudi dokazna vrednost podatkov v elektronski obliki ne bi bila urejena na normativni ravni, to ne bi smelo vplivati na njihovo dopustnost in raven dokazne vrednosti, saj sodišče presoja dokaze v skladu z načelom proste presoje dokazov. Jasno je, da elektronski dokazi lahko nastopajo kot dokaz, ni pa (povsem)

¹ Uradni list RS, št. 52/07.

² Uradni list RS, št. 73/07 – uradno prečiščeno besedilo, 45/08 – ZArbit, 45/08, 111/08 – odl. US, 57/09 – odl. US, 12/10 – odl. US, 50/10 – odl. US, 107/10 – odl. US, 75/12 – odl. US, 40/13 – odl. US, 92/13 – odl. US, 10/14 – odl. US, 48/15 – odl. US, 6/17 – odl. US, 10/17, 16/19 – ZNP-1 in 70/19 – odl. US.

³ Tako 16.a člen ZPP.

⁴ Uradni list RS, št. 98/04 – uradno prečiščeno besedilo, 61/06 – ZEPT, 46/14 in 121/21 – ZEISZ.

⁵ UL L 257, 28. 8. 2014.

⁶ Prim. 107. in 224. člen ZPP.

razvidno v kakšni vlogi se jih obravnava v luči dokaznih sredstev pravnega postopka.

Elektronski dokazi se pojavljajo v različnih pojavnih oblikah. Za najpogostejše veljajo zvočni posnetki, slikovni posnetki, fotografije, elektronska pošta, vsebina spletnih strani in družbenih omrežij, instantna sporočila in podatki shranjeni na digitalnih napravah. Splošno gledano kaže elektronske dokaze deliti na digitalne in analogne. Za analogne elektronske dokaze veljajo vinilne plošče, zvočne kasete, fotografski filmi ipd. Dokaze, pridobljene iz analognih naprav, je moč prikazati v trajno obstojni obliki.⁷ Na drugi strani med digitalnimi dokazi obravnavamo pomnilnike digitalnih naprav, katerih podatkovni obstoj je povezan z uporabo digitalne naprave.⁸ Mednje velja razvrstiti elektronsko pošto, vsebino spletnih strani in družbenih omrežij, instantna sporočila in podatke, shranjene na digitalnih napravah. Zvočni posnetki, slikovni posnetki in fotografije so lahko tako analogne kot digitalne narave, odvisno od vrste nosilca, na katerega je vezan podatkovni obstoj.

Podrobnejši pregled nosilcev analognih in digitalnih naprav razkrije, da so proizvodi analogne narave varnejši, saj so težko priredljivi, predvsem zaradi narave shrambe analognih naprav, ki se kaže v obliki papirja ali fotografskega filma. Morebitna prireditve analognega zapisa namreč terja veliko truda in znanja, hkrati pa jo je težko zaznati. Na drugi strani je v digitalne dokaze enostavno poseči, poseg pa težko zaznati.⁹

3 Dokazna sredstva

3.1 Splošno o dokaznih sredstvih v pravnem postopku

Umestitev elektronskih dokazov med dokazna sredstva ni samoumevna. Še več, ni niti nujno, da se jih umešča v katero izmed tradicionalnih vrst dokaznih sredstev. Rezultat umestitve (elektronskega) dokaza med določeno dokazno sredstvo se kaže v naboru pravil, ki se bodo uporabila pri dokazovanju z elektronskimi dokazi v okviru določenega dokaznega sredstva. Dokazna sredstva ZPP deli na pet vrst, in sicer na ogled, listino, zaslišanje priče, izvedbo dokaza z izvedencem in zaslišanje

⁷ S. Mason, Introduction, v: International electronic evidence, 2008, str. XXXV.

⁸ S. Mason, D. Seng, 2017, Electronic evidence, str. 1.

⁹ S. Mason, Introduction, v: International electronic evidence, 2008, str. XXXV.

strank. Navkljub temu, da je ogled dokazovanje in je dokazno sredstvo ogledni predmet,¹⁰ bomo za potrebe prispevka, skladno s poimenovanjem dokaznih sredstev ZPP, uporabljali izraz dokazno sredstvo ogleda.

Ker sta ogled in listina edini dokazni sredstvi, ki veljata za stvarni dokazili,¹¹ je umestitev elektronskih dokazov v tradicionalne vrste dokaznih sredstev omejena zgolj na ti dokazni sredstvi. Navkljub omejitvi na stvarna dokazila se lahko do elektronskega dokaza opredeli stranka, priča ali izvedenec, kadar se zahteva njegova pomoč za razjasnitev ali ugotovitev dejstev.

Ker ZPP ne vsebuje posebnih določb ali načel glede dokazovanja z elektronskimi dokazi, se ponuja tudi možnost njihove razlage znotraj pravil tradicionalnih dokaznih sredstev. Skladno s tem se ponujajo naslednje možnosti umestitve elektronskih dokazov:

- elektronske dokaze se obravnava v okviru dokaznega sredstva listine;
- elektronske dokaze se obravnava v okviru dokaznega sredstva ogleda;
- elektronske dokaze se obravnava v posebni vrsti dokaznih sredstev, ki ni normativno urejena;
- elektronske dokaze se obravnava glede na naravo dokazovanja, in sicer jih umesti med tisto dokazno sredstvo, ki ustreza okoliščinam.¹²

ZPP kot krovni zakon pravnega postopka določa temeljna pravila o dokazovanju. Tako v osemnajstem poglavju Dokazi in izvajanje dokazov, ki obsega 212. do 268.a člen, določa najnujnejša pravila dokazovanja. Dokazna pravila so zaradi pravne varnosti in pravne predvidljivosti urejena na zakonodajni ravni. Vsled temu ZPP celovito ureja dokazni postopek, v katerem stranka predlaga dokaze. Načelo proste presoje dokazov omejuje vnaprejšnjo določitev »vrednostne stopnje« posameznega dokaznega sredstva, s čimer veljajo vsa dokazna sredstva za enakovredna.¹³

¹⁰ J. Zobec, v: L. Ude, A. Galič, 2006, Pravdni postopek, zakon s komentarjem, str. 409.

¹¹ J. Juhart, 1961, Civilno procesno pravo FLR Jugoslavije, str. 358.

¹² V okviru tega pravila je mogoče določen elektronski dokaz umestiti izključno v dokazno sredstvo ogleda ali listine, kakor tudi v obe vrsti hkrati, kadar tako narekujejo okoliščine.

¹³ J. Juhart, 1961, Civilno procesno pravo FLR Jugoslavije str. 347 in 358.

3.2 Dokazno sredstvo listine

Dokazno sredstvo listine obravnavamo v luči značilnosti, ki so pomembne za umestitev elektronskih dokazov med to vrsto tradicionalnih dokaznih sredstev. Pri tem je ključnega pomena ujemanje dokaznega predmeta v elektronski obliki s pojmovanjem listine. Vsled temu je poudarek na razumevanje listine v pravnem postopku. Ker ZPP ne ponuja definicije listine, je to nalogo prevzela teorija. Teorija poimenuje listino kot predmet, ki izraža človeško misel, oz. kot predmet, ki človeško misel izraža s pisavo.¹⁴ Pojavljajo se tudi drugi opredelilni elementi listine, kot je npr. prisotnost človeške pisave ali pogojenost listine s kakršno koli mislijo in ne zgolj človeško.¹⁵ Neenotnost opredelilnih elementov listine posledično povzroča razpotja pri oblikovanju definicije listine kot dokaznega sredstva. Glede na delitev listine po ZPP na fizično in elektronsko¹⁶ velja pri pojmovanju listine upoštevati tudi tehnološki napredek, ki je posegel na razvoj pojma listine.¹⁷ Tako je nadvse pomembno, da definicija listine kot dokaznega sredstva ustreza vsaj elementom elektronske listine. Nasprotno v nemškem ZPO, ki ureja nemški civilni postopek, elektronska listina spada pod dokazno sredstvo ogleda prav zaradi odstopanja od tradicionalnega pojmovanja listine, saj elektronska listina ne poseduje elementa utelešenosti in ni neposredno berljiva brez tehnološke pomoči.¹⁸

Ker se pojmovanja listine medsebojno razlikujejo, je pri iskanju skupnega imenovalca mogoče identificirati naslednjo opredelitev: listina predstavlja nosilec, na katerem je s pisavo zapisana misel. Pojavlja se pomembnost pravilnega interpretiranja pomena pisave, jezika pisave, materialnega substrata oz. nosilca ter podpisa listine v luči opredelilnih elementov listine. Pisava je sredstvo, ki omogoča, da se človeška misel pretvori na nosilec. Pisava mora biti razumljiva. Pogoju pisave zato zadošča tisk, ročna pisava, različne vrste pisal ipd. Lahko pa se utelešenje človeške misli udejanji tudi na drug način kot s pisavo, pod to velja umestiti npr. spomenike, mejnike, magnetofonske trakove, televizijske posnetke ipd. Tovrstno pretvorbo misli velja umestiti med dokazno sredstvo ogleda.¹⁹ Materialni substrat

¹⁴ Prav tam, str. 369.

¹⁵ Prim. J. Zobec, v: L. Ude, A. Galič, 2006, Pravni postopek, zakon s komentarjem, str. 415, in L. Ude, 2002, Civilno procesno pravo, str. 265.

¹⁶ Prim. 224. člen ZPP.

¹⁷ Prim. R. Munday, 2018, Cross and Tapper on Evidence, str. 676, kjer avtor poudarja, da je tehnološki napredek, ki je vplival na dokazovanje z listinami, razlog za liberalizacijo starih dokaznih pravil na območju Združenega kraljestva.

¹⁸ A. Roßnagel, D. Wilke, Die rechtliche Bedeutung gescannter Dokumente, 2006, str. 2148.

¹⁹ J. Juhart, 1961, Civilno procesno pravo FLR Jugoslavije, str. 369.

oz. nosilec, ki vsebuje zapisano misel, je lahko papir, kovina, zgradba ipd. Vsled temu si je mogoče predstavljati situacijo, kjer listine zaradi narave nosilca ni mogoče predložiti sodišču. Izjemoma se lahko takrat listinski dokaz izvede izven sodišča.²⁰ Listina je sestavljena iz dveh delov: vsebine oz. besedila in podpisa. Podpis nima učinka na pojmovanje listine, ima pa pomen za njeno dokazno vrednost,²¹ čeprav ni posebnih določb ZPP, ki bi naslavljale vlogo in pomen podpisa v povezavi z dokazno močjo zasebne listine. Tudi jezik pisave velja za nerelevanten element listine, kakor tudi namen, za katerega je bila ustvarjena.²² Zaradi svojih značilnosti velja listina za eno izmed zanesljivejših dokaznih sredstev. Značilnosti listine so:

- trajnost misli, ki je zapisana na listini (*verba volant, scripta manent*);
- misli, ki so zapisane na listini, so praviloma plod tehtnega premisleka;
- preprostost, učinkovitost in hitrost dokazovanja z listinami.²³

S predložitvijo listine dokazovatelj predlaga sodišču, da jo prebere v dokazne namene. Kadar se listina predloži kot dokaz, mora njen dokazovatelj navesti spremljevalne elemente listine, kot je njeno poimenovanje, kraj nastanka oz. izdaje, izdajatelja, nosilec listine in vse druge okoliščine, ki identificirajo listino. Prav tako mora navesti, kje se listina nahaja, saj če listina ni pri predlagatelju dokaza, lahko slednji predlaga sodišču, da naj priskrbi listino.²⁴ Stranka lahko postopa v okviru instituta edicijske dolžnosti, s katero se vzpostavlja dolžnost nasprotne stranke ali druge osebe predložiti listino, ki jo poseduje. Prav tako lahko sodišče po uradni dolžnosti priskrbi listino, ki se nahaja pri organu ali osebi, ki ji je poverjeno izvrševanje javnega pooblastila, če stranka ne more doseči izročitve listine.²⁵

Pomembno vlogo za dokazni postopek ima delitev listin na javne in zasebne, kar učinkuje na dokazno vrednost listinskega dokaza. ZPP v 224. členu določa: »Listina v fizični in elektronski obliki, ki jo v predpisani obliki izda državni organ v mejah svoje pristojnosti, in listina, ki jo izda v taki obliki samoupravna lokalna skupnost, družba ter druga organizacija ali posameznik pri izvrševanju javnega pooblastila, ki

²⁰ Predložitvena dolžnost listine ne velja takrat, kadar listine fizično ni mogoče predložiti, kot to velja za primere, v katerih listine ni mogoče prnesti na sodišče ali ko bi to povzročilo nesorazmerne težave. Tako J. Zobec, v: L. Ude, A. Galič, 2006, Pravdni postopek, zakon s komentarjem, str. 427.

²¹ J. Juhart, 1961, Civilno procesno pravo FLR Jugoslavije, str. 369 in 370.

²² S. Triva, 1965, Građansko procesno pravo I, str. 425.

²³ L. Ude, 2002, Civilno procesno pravo, str. 265; J. Zobec, v: L. Ude, A. Galič, 2006, Pravdni postopek, zakon s komentarjem, str. 416.

²⁴ J. Juhart, 1961, Civilno procesno pravo FLR Jugoslavije, str. 372.

²⁵ Tretji odstavek 226. člena ZPP.

ji je poverjeno z zakonom (javna listina), dokazujeta resničnost tistega, kar se v njiju potrjuje ali določa.« Javne listine tako pogojujemo z naslednjimi predpostavkami:

- izdajatelj listine je lahko državni organ, samoupravna lokalna skupnost, družba ter druga organizacija ali posameznik, ki deluje v okviru izvrševanja javnega pooblastila;
- izdajatelj deluje v mejah svoje pristojnosti oz. javnega pooblastila;
- listina je v predpisani obliki.²⁶

Opredelitev listine kot javne se kaže v vzpostavljeni domnevi o njeni dokazni moči, kjer se resničnost nanaša na njeno vsebino. Vendar navkljub temu ne velja v absolutnem smislu dojemati resničnosti izražene vsebine, saj je domneva izpodbojne narave.²⁷

3.3 Dokazno sredstvo ogleda

Drugo dokazno sredstvo, ki ponuja možnost umestitve elektronskih dokazov med tradicionalna dokazna sredstva, je ogled. Dokazovanje z ogledom sodišče opravi, kadar je za ugotovitev dejstev ali pojasnitev okoliščin potrebno, da si sodišče stvar neposredno ogleda.²⁸ Tako sodišče z neposrednim čutnim zaznavanjem ugotavlja lastnosti oglednih predmetov.²⁹ Ogledne predmete je zaradi njihove specifične in tehnične narave v določenih primerih mogoče v celoti proučiti zgolj z uporabo posebnih naprav, kot so mikroskop, programska oprema ipd. Uporaba posebnih naprav se pri izvedbi dokazovanja z ogledom mnogokrat pojavlja v kombinaciji z zahtevo posebnega znanja, zaradi česar lahko sodišče izvede dokaz z izvedencem. Sodišče se predvsem odloči za pomoč izvedenca, kadar nima niti ustreznega znanja niti tehničnih zmožnosti za izvedbo dokaza z ogledom.³⁰

Pri dokazovanju z ogledom je sodniku omogočeno, da lastno in neposredno čutno zaznava lastnosti oglednih predmetov. Pri tem med opazujočim sodnikom in oglednim predmetom ni posrednika, s čimer se odpravi možnost nastopa napak, ki

²⁶ L. Ude, 2002, *Civilno procesno pravo*, str. 266 v povezavi z 224. členom ZPP.

²⁷ ZPP v 224. členu določa, da je dovoljeno dokazovati, da so v javni listini dejstva neresnično ugotovljena ali da je sama listina nepravilno sestavljena.

²⁸ Tako 220. člen ZPP.

²⁹ L. Ude, 2002, *Civilno procesno pravo*, str. 265.

³⁰ J. Zobec, v: L. Ude, A. Galič, 2006, *Pravdni postopek, zakon s komentarjem*, str. 411.

bi lahko nastopile pri posrednem načinu dokazovanja.³¹ Ne glede na poimenovanje ogleda se lahko v določenih primerih ogled opravi tudi z drugim neposrednim čutnim zaznavanjem kot vidom, in sicer lahko sodnik zaznava s sluhom, vonjem, okusom ali tipom.³² Ker ogledni predmet obsega tako premičnine kot nepremičnine, lahko nastopi scenarij, po katerem oglednega predmeta ne bo mogoče predložiti sodišču. V tovrstnih primerih se ogled izvede na kraju oglednega predmeta. Nasprotno, kadar je mogoče predložiti ogledni predmet sodišču, velja dolžnost njegove predložitve.³³

Skladno s prvim odstavkom 122. člena ZPP se o dejanjih, opravljenih na naroku, sestavni zapisnik. Ker se ogled opravi na naroku, bo zapisnik vseboval postopek dokazovanja z ogledom. V primerih, kjer lahko ogledni predmet postane priloga zapisnika, zadošča že zgolj navedba, da je sodišče izvedlo dokaz z ogledom. Kadar ogledni predmet zaradi svojih lastnosti (npr. prevozno sredstvo, nepremičnina) ne more biti priloga zapisnika, je obvezen vsebinski opis bistvenih lastnosti, ki so se neposredno čutno zaznavale.³⁴ Predsednik senata lahko, če senat meni, da izvedba neposrednega ogleda z vsemi člani senata ni nujna, sam opravi ogled, kadar je predmet ogleda stvar, ki se je ne more prinesiti na sodišče oz. bi to povzročilo nesorazmerne stroške.³⁵

3.4 Razlikovanje med dokaznim sredstvom listine in dokaznim sredstvom ogleda

ZPP ne vsebuje posebne ureditve elektronskih dokazov, zato je treba za postopek njihove umestitve med dokazna sredstva pravnega postopka nujno proučiti razlikovanje med dokaznim sredstvom listine in ogleda, saj kljub dokazni enakovrednosti dokaznih sredstev med njima še vedno veljajo določene vsebinske razlike, ki so lahko ključnega pomena za razplet pravnega postopka.

Že iz narave posameznega dokaznega sredstva izhajajo instituti, ki niso skupni oglednim predmetom in listinam. Pri opredelitvi dokaza kot listine bo nastopila pravna ali dejanska domneva o ujemanju vsebine listine z izjavo tiste osebe, ki velja

³¹ J. Juhart, 1961, *Civilno procesno pravo FLR Jugoslavije*, str. 367.

³² J. Zobec, v: L. Ude, A. Galič, 2006, *Pravdni postopek, zakon s komentarjem*, str. 411.

³³ J. Juhart, 1961, *Civilno procesno pravo FLR Jugoslavije*, str. 368.

³⁴ J. Zobec, v: L. Ude, A. Galič, 2006, *Pravdni postopek, zakon s komentarjem*, str. 411 in 412.

³⁵ Tako 221. člen ZPP.

za njenega izdajatelja, in sestavlja dokazno moč listine. Ko gre za javno listino, domneva obsega še resničnost vsebine.³⁶ Delitev listin na javne in zasebne se ne more aplicirati na dokazno sredstvo ogleda. Na drugi strani je za dokazovanje z ogledom značilno pravilo, da se lahko izvede izven prostorov sodišča (oglednega predmeta ni mogoče prinesiti na sodišče oz. bi to povzročilo nesorazmerne stroške),³⁷ saj temelji na neposrednem čutnem zaznavanju, s čimer se povezuje subjektivno subsumpcijo dejstev.³⁸ Za listino, ki je sestavljena v tujem jeziku, velja, da se mora sodišču priložiti njen overjen prevod.³⁹ Od umestitve elektronskih dokazov med dokazna sredstva je torej odvisen obstoj zahteve po overjenem prevodu (elektronskega) dokaza. Kadar stranka, njeni zastopniki in pooblaščenici kot tudi sodišče postopajo napak in posamezen elektronski dokaz obravnavajo kot ogled, namesto da bi ga obravnavali kot listino, kjer se mora zagotoviti overjen prevod, to pomeni bistveno kršitev postopka po 14. točki drugega odstavka 339. člena ZPP.

Navkljub temu, da je edicijska dolžnost predvidena v okviru dokaznega sredstva listine, velja tudi za ogledne predmete, saj ZPP pri dokaznem sredstvu ogleda (222. člen ZPP) napotuje na smiselno uporabo 226., 227. in 228. člena ZPP, ki urejajo edicijsko dolžnost listine. Na tem mestu velja sicer poudariti, da ureditev edicijske dolžnosti ni povsem primerna za dokazovanje z ogledom, predvsem ko je predmet dokazovanja ogledni predmet, ki ga ni mogoče predložiti sodišču, kakor tudi ne osebam, ki nastopajo v vlogi oglednega predmeta.

V sodbi I Cpg 708/2013 je Višje sodišče v Ljubljani na koncizen način poudarilo pomembnost razlikovanja med dokaznimi sredstvi. Razlikovanje med dokaznimi sredstvi izhaja iz drugačnega pojmovanja in razumevanja listine oz. oglednega predmeta. Listino je mogoče zlahka predložiti, medtem ko ogledni predmet pogostokrat terja ogled izven prostorov sodišča. Pri listini kot nosilcu dejstev se ta odkrijejo šele z branjem. Ogledni predmet ne gre obravnavati kot nosilec dejstev, se pa pri ogledu dejstva odkrijejo s samim dejanjem ogleda. Če bi se izvedlo dejanje

³⁶ J. Zobec, v: L. Ude, A. Galič, 2006, Pravdni postopek, zakon s komentarjem, str. 417.

³⁷ J. Zobec, v: L. Ude, A. Galič, 2006, Pravdni postopek, zakon s komentarjem, str. 427, pravi, da se tudi listine lahko v primeru nezmožnosti predložitve ali če bi to povzročilo nesorazmerne stroške izvedejo izven prostorov sodišča. Sodišče na to stališče ni vezano, medtem ko je pri oglednem predmetu možnost izvedbe ogleda izven prostorov sodišča zakonsko določena (glede zahteve po ogledu listinskih dokazov gl. VSL sodba I Cpg 708/2013 z dne 21. 11. 2013, ECLI:SI:VSLJ:2013:ICPG.708.2013.1, ali VSL sodba V Cpg 58/2015 z dne 20. 3. 2015, ECLI:SI:VSLJ:2015:V.CPG.58.2015).

³⁸ Tako 221. člen ZPP.

³⁹ Drugi odstavek 226. člena ZPP.

ogleda listine, ne bi razkrili njene vsebine, zato ogled ni primerno dejanje za izvedbo listinskega dokaza. V tej sodbi je sodišče navkljub velikemu obsegu listinskih dokazov (več kot pet milijonov listin) zahtevalo predložitev listin sodišču.⁴⁰

Še pomembneje je bilo razlikovati med dokaznim sredstvom listine in ogleda pred veljavnostjo in uporabo novele ZPP-D,⁴¹ saj je takratni ZPP v 2. točki 358. člena med razlogi, kdaj mora sodišče druge stopnje s sodbo spremeniti sodbo sodišča prve stopnje, predvidel situacijo, ko »je sodišče prve stopnje zmotno presodilo listine ali posredno izvedene dokaze, njegova odločba pa se opira samo na te dokaze.« Zakonodajalec je z novelo ZPP-D odpravil omejitve, ki se je nanašala zgolj na dokazno sredstvo listine, in je razširil razloge še na druga dokazna sredstva. Trenutno veljavni 358. člen ZPP v 2. in 3. točki določa, da sodišče druge stopnje ne razveljavi sodbe prvostopenjskega sodišča in zadeve ne vrne v novo sojenje, če je sodišče prve stopnje zmotno presodilo ali če ni presodilo listine, pisne izjave prič, oglednih predmetov, ki so v spisu, ali posredno izvedenih dokazov ob pogoju, če se odločba opira samo na te dokaze (to velja v primeru zmotne presoje) oz. če so imele stranke možnost v postopku pred prvostopenjskim sodiščem obravnavati te dokaze (to velja v primeru ne presoje). Z razširitvijo razlogov se je enakovrednost dokaznih sredstev v ZPP izravnala – ostaja zgolj vsebinsko razlikovanje med dokaznimi sredstvi.

3.5 Morebitna zaprtost seznama dokaznih sredstev

Poraja se tudi možnost, da se elektronski dokazi obravnavajo v posebni vrsti dokaznih sredstev, ki ni normativno urejena v ZPP. Zato je treba preveriti, ali je dopustno predložiti dokazna sredstva, ki jih ZPP normativno ne ureja. V teoriji je sprejeto stališče,⁴² da se smejo predlagati tudi tista dokazna sredstva, ki jih ZPP ne predvideva. Iz seznama dokaznih sredstev ne izhaja nedopustnost drugih, nenormativno urejenih dokaznih sredstev. Še več, *Juhart* je že v delu iz leta 1961 omenjal možnost oblikovanja nove veje dokaznih sredstev, h kateri bi botroval tehnološki razvoj (npr. fotografija, televizijski prenos, magnetofonski posnetek). Novo vrsta dokaznega sredstva bi bila dopustna in bi se kot ostala dokazna sredstva, določena v zakonu, presojala v skladu s prosto presojo dokazov.⁴³

⁴⁰ VSL sodba I Cpg 708/2013 z dne 21. 11. 2013, ECLI:SI:VSLJ:2013:ICPG.708.2013.1.

⁴¹ Uradni list RS, št. 45/2008.

⁴² J. Zobec, v: L. Ude, A. Galič, 2006, Pravdni postopek, zakon s komentarjem, str. 419.

⁴³ J. Juhart, 1961, Civilno procesno pravo FLR Jugoslavije, str. 358.

Višje sodišče v Ljubljani je v sodbi I Cpg 708/2013 obravnavalo dokazni predlog, v okviru katerega naj bi sodišče ali izvedenec opravil ogled računovodskih listin. Ker bi predložitev računovodskih listin, ki jih je več kot pet milijonov, vodila do povečanega obsega sodnega spisa, je stranka predlagala njihov ogled. Sodišče poudarja, da dejanja ogled (računovodskih) listin predstavlja izjemo pravila prvega odstavka 226. člena ZPP, iz katerega izhaja, da mora stranka v dokaz svojih navedb predložiti listino, na katero se sklicuje. Ob tem še dodaja, da je civilno procesno pravo javno pravo, ki pri razlagi ne dopušča odprtosti. Vsled temu je dokaznih sredstev skladno z ZPP zgolj pet in oblikovanje novih dokaznih sredstev ni dopustno. Odločitev o izvedbi dokaznih sredstev je namreč po določbi 213. člena ZPP na sodišču.⁴⁴

Podobno izhaja iz sodbe V Cpg 58/2015 Višjega sodišča v Ljubljani, ki je v luči zavrnitve dejanja ogleda listin zavzelo stališče, da slovenski pravdni postopek ne dopušča novih vrst dokaznih sredstev, saj zaradi prisilnosti civilnega procesnega prava, na katerega so vezane tako stranke kot sodišče, velja zaključen seznam dokaznih sredstev.⁴⁵

Stališče sodišča o zaključenosti seznama dokaznih sredstev se v obeh obravnavanih zadevah opredeljuje do predloga stranke o ogledu listin. Z izvedbo ogleda listine naj bi sodišče domnevno kršilo pravila tradicionalnih dokaznih sredstev ZPP, kakor tudi ne bi ugotovilo dejstev, ki se kažejo v vsebini listine. Sodišče je s tem poudarilo, da je treba dokaze izvajati v skladu z zavezujočimi pravili. Zaprtost seznama dokaznih sredstev gre torej tolmačiti v luči prostega kombiniranja trenutnih dokaznih sredstev, kar pa pravila pravnega postopka ne dopuščajo, zaradi česar izpostavljena stališča izbrane sodne prakse ne kaže jemati prestrogo v smeri, ki bi zavirala oblikovanje posebnega dokaznega sredstva v primeru svojevrstnih značilnostih dokazov, ki jih ni mogoče interpretirati v luči tradicionalnih dokaznih sredstev. Takšen zaključek kaže opreti tudi na stališče Vrhovnega sodišča RS (sodba II Ips 27/2000 in sodba II Ips 682/2007), ki je izrecno izpostavilo, da zavrača stališče po *numerus clausus* dokaznih sredstev oz. o taksativnem seznamu dokaznih sredstev.⁴⁶ S tem tako sodna praksa kot tudi teorija označuje morebitno obravnavo (elektronskih) dokazov v samostojni in posebni vrsti dokaznega sredstva pravnega postopka kot dopustno.

⁴⁴ VSL sodba I Cpg 708/2013 z dne 21. 11. 2013, ECLI:SI:VSLJ:2013:I.CPG.708.2013.

⁴⁵ VSL sodba V Cpg 58/2015 z dne 20. 3. 2015, ECLI:SI:VSLJ:2015:V.CPG.58.2015.

⁴⁶ VSRS sodba II Ips 27/2000 z dne 28. 6. 2000, ECLI:SI:VSRS:2000:II.IPS.27.2000, in VSRS sodba II Ips 682/2007 z dne 8. 11. 2007, ECLI:SI:VSRS:2007:II.IPS.682.2007.

Več o tem, ali elektronski dokazi terjajo samostojno in posebno dokazno sredstvo navajamo v razdelku 4.4 »Elektronski dokazi kot posebna veja dokaznih sredstev«.

4 Umestitev elektronskih dokazov med dokazna sredstva

4.1 Umestitev elektronskih dokazov med dokazno sredstvo listine

4.1.1 Obravnava elektronske listine v luči zakonskih določb ZPP

Nemalokrat so bolj pravne kot dejanske ovire tiste, ki povečujejo prepad med elektronskimi in tradicionalnimi listinami, zaradi česar se zahteva aktivnost zakonodajalca, da elektronske listine postanejo tudi pravne listine.⁴⁷ Tako ZPP od novele ZPP-C⁴⁸ pri opredelitvi javne listine izrecno izpostavlja enakovrednost med listino v fizični in elektronski obliki. Pred tem je ZPP uporabljal zgolj izraz listina. S tem je zakonodajalec elektronsko listino umestil med dokazno sredstvo listine. Najočitnejša razlika med listino v fizični in elektronski obliki je v nosilcu oz. materialnem substratu listine. Ta je pri fizičnih listinah otipljiv predmet, medtem ko nosilec elektronske listine omogoča berljivost zgolj s tehničnimi pripomočki.⁴⁹ Elektronska listina ne zgolj, da odstopa od tradicionalnih elementov listine, temveč ima še posebne lastnosti, saj vsebuje podatke, kot so metapodatki, sistemski, izbrisani in zapuščeni podatki.⁵⁰

Elektronski dokazi so v obliki, ki ne omogoča njihove neposredne berljivosti. Berljivi so namreč zgolj z uporabo ustrezne tehnične opreme in nemalokrat tudi z ustreznim strokovnim znanjem ali celo s pomočjo digitalnega forenzika.⁵¹ Prav zaradi tega se v teoriji poraja dvom o pravilnosti zakonske umestitve elektronskih listin med listinske dokaze in da bi kazalo razmisliti o njihovi umestitvi med dokazno sredstvo ogleda.⁵² Navkljub temu pomisleku velja izpostaviti, da zgolj večja potreba po dokazovanju z izvedencem oz. digitalni forenzikom, kadar se dokazuje z elektronskimi listinami, ne sme zanemariti skupnih značilnosti fizične in elektronske listine in posledično smiselnost analognega sklicevanja pri dokazovanju. Tudi fizične listine je mogoče v posameznih primerih zaznati zgolj z uporabo tehničnih pripomočkov, npr. kadar je

⁴⁷ S. Mason, D. Seng, 2017, *Electronic evidence*, str. 21.

⁴⁸ Gl. 20. člen ZPP-C.

⁴⁹ J. Zobec, v: L. Ude, A. Galič, 2006, *Pravdni postopek, zakon s komentarjem*, str. 419.

⁵⁰ S.M. Curreri, *Defining Document in the Digital Landscape of Electronic Discovery*, 2005, str. 1543.

⁵¹ L. Selinšek, *Elektronski dokazi - pasti in priložnosti*, 2008, str. 12.

⁵² I. Demšar-Potočnik, 2017, *Razkritje dokazov v pravdnem postopku*, str. 33.

drugače nevidna pisava berljiva zgolj z ultravijolično svetlobo.⁵³ Prav tako listinskim dokazom ni tuja izvedba s pomočjo izvedenca (npr. presoja prisotnosti podpisa, pristnost besedila, starost listine ipd.). Tako kot fizična listina je lahko tudi elektronska opremljena s podpisom. Elektronski podpis je podrobneje urejen v Zakonu o elektronski identifikaciji in storitvah zaupanja⁵⁴ (ZEISZ) in Uredbi 910/2014 .

Pojma fizične in elektronske listine se prepletata, predvsem kadar se listino pretvori iz ene oblike v drugo in obratno. S pretvorbo listine v fizični obliki v elektronsko slednja pridobi lastnosti, ki so značilne za elektronske listine.⁵⁵ Velja tudi obratno, kadar se elektronska listina pretvori v fizično, kjer je opremljena celo z izvirnim lastnoročnim podpisom, poseduje lastnosti značilne za listine v fizični obliki.⁵⁶ ZPP v tretjem odstavku 224. člena pri javnih listinah določa, da je: »dokazovanje z mikrofilmsko ali elektronsko kopijo listine oziroma z reprodukcijo te kopije je izenačeno z listino v fizični obliki iz prvega odstavka tega člena⁵⁷, če je tako mikrofilmsko ali elektronsko kopijo oziroma reprodukcijo te kopije izdal za to pristojen državni organ, organ samoupravne lokalne skupnosti ali nosilec javnih pooblastil.« Glede prepisa listine, ki se priloži vlogi, določa 107. člen ZPP: »listine, ki se priložijo vlogi, so lahko v izvorniku ali prepisu. Kot prepis listine v fizični obliki se šteje zajeta in hranjena mikrofilmska ali elektronska (digitalizirana) kopija, reprodukcija te kopije ali overjen prepis, lahko pa tudi navaden prepis ali mikrofilmska, elektronska (digitalizirana) kopija, fotokopija ali reprodukcija te kopije. Kot prepis listine v elektronski obliki se šteje elektronska kopija, ki je pretvorjena v obliko, primerno za branje in izpis na papir.« Izhajajoč iz tega lahko vzpostavimo, da je listina, ki se pretvori iz ene oblike v drugo, še vedno obravnavana v okviru dokaznega sredstva listine.

4.1.2 Razlaga elektronske listine v luči tradicionalnega pojmovanja listine

Od razumevanja in opredelitve elektronske listine v pravnem postopku je odvisno, katere elektronske dokaze velja obravnavati v luči dokaznega sredstva listine, kamor umeščamo elektronsko listino. Razvidno je, da svojevrstna narava elektronske listine

⁵³ J. Zobec, v: L. Ude, A. Galič, 2006, Pravdni postopek, zakon s komentarjem, str. 419.

⁵⁴ Uradni list RS, št. 121/21.

⁵⁵ M. A. Biasiotti, A Proposed Electronic Evidence Exchange Across the European Union, 2017, str. 4.

⁵⁶ J. Toplišek, Pravna zmogljivost elektronske pošte, 1997, str. VIII.

⁵⁷ Prvi odstavek 224. člena ureja javno listino.

ustvarja nekatera odstopanja od tradicionalnih lastnosti, ki so značilne za listinske dokaze. Za opredelitev dometa elektronske listine nameravamo identificirati, kateri elementi elektronske listine v luči tradicionalnega pojmovanja listine veljajo za izhodiščno točko, ki tvori podlago za označbo listine kot elektronske. Listino obravnavamo kot nosilec, na katerem je s pisavo izražena misel. Ta opredelitev se lahko dopolnjuje še z dodatnim pogojem človeške pisave in človeške misli. Pogojenost obravnave listine z elementom človeške pisave bi že *a priori* izključevala možnost tolmačenja elektronske listine kot dokaznega sredstva listine, medtem ko je samemu pogoju pisave zadoščeno, če je pisava na voljo v berljivi elektronski obliki. Zaradi delitve listin v okviru ZPP na fizične in elektronske bi tovrstna razlaga, ki utemeljuje pogojenost s človeško pisavo, presegala jezikovno razlago 107. in 224. člena ZPP.

Pogojenost listine s človeško mislijo zreducira možnosti umestitve listin, katerih izvor je računalniške narave (listina je plod dela umetne inteligence, programske opreme, računalniškega obdelovanja ipd.). Ker je pri definiciji listine treba upoštevati tehnološki napredek, predlagamo, da se misel razlaga ekstenzivno, in sicer tako, da vsebuje tudi računalniške procese. Platforme za prenos zvoka in slike, kot sta npr. Microsoft Teams ali Zoom Video Communications lahko samodejno ustvarijo seznam udeležencev določenega sestanka, opremljen s časovnim žigom njihove udeležbe. Tovrstni seznam je neposredno berljiv s tehničnimi pripomočki in poseduje vse lastnosti elektronske listine, vendar ni plod pretvorbe človeške misli na nosilec. Podoben primer predstavlja programska oprema Google Forms, ki se uporablja za upravljanje anket, prijav na dogodke ipd. Uporaba te programske opreme omogoča vpogled v statistično analizo odgovorov ustvarjenega obrazca, ki jo samodejno pripravi programska oprema. Tudi v tem primeru ne moremo opredeliti izražene pisave človeške misli, čeprav lahko govorimo o predmetu, ki ima značilnosti listine. Vsled temu se zdi najustreznejša definicija, ki ne pogojuje opredelitve listine s človeško mislijo ali človeško pisavo.

Če gledamo elektronsko listino skozi prizmo tradicionalnih značilnosti listine, ugotovimo, da marsikatero izmed teh v določeni meri zbledijo. Trajnost misli, izražene na listini, se kot značilnost listine delno izgubi pri elektronskih listinah, kjer je spremenljivost vsebine relativno enostavna. Programska oprema, ki omogoča berljivost elektronske listine, različno omogoča njeno spremenljivost. Listine zapisane v datotečnem zapisu »docx« je mogoče prosto spreminjati, medtem ko

datotečni zapis »pdf« načeloma omejuje posege v vsebino.⁵⁸ Prav tako so elektronske listine lažje uničljive napram fizičnim. Trditev, da so misli praviloma plod tehtnega premisleka, z elektronskimi listinami izgublja veljavo, predvsem če med elektronske listine prištevamo elektronsko pošto,⁵⁹ vsebino spletnih strani in družbenih omrežjih,⁶⁰ kjer so zaradi lahkotnosti uporabe nemalokrat izražene misli hipne in nepremišljene. Dokazovanje z listinami naj bi bilo preprosto, hitro in učinkovito. Uporaba tehničnih pripomočkov in tehničnega znanja pri izvedbi elektronske listine lahko zaradi nepredvidljivosti delno omeji tovrstno značilnost listine. Velja še poudariti, da enostavnost načina zapisa elektronske listine pripomore k njihovemu povečanemu obsegu napram listinam v fizični obliki, kar lahko še dodatno oteži dokazovanje z elektronskimi listinami.

4.1.3 Sklepno o umestitvi elektronskih dokazov med dokazno sredstvo listine

Tolmačenje elektronskih podatkov, zapisanih na nosilcu, kot elektronske listine v okviru dokaznega sredstva listine terja njihovo razlago skozi elemente listine. Glede na nepomembnost oblike, v kateri se nahaja nosilec oz. materialni substrat listine, je slednji lahko elektronskega porekla. Materialni substrat oz. nosilec je pri fizičnih listinah otipljive narave, medtem ko je nosilec elektronske listine berljiv zgolj s tehničnimi sredstvi.⁶¹ Nadalje, nepomembno je tudi sredstvo, ki sestavlja listino (rokopis, tisk, računalniška pisava ipd.). Vsled temu je skupni imenovalec listine v fizični in elektronski obliki prisotnost misli (lahko tudi računalniške), zapisane na nosilcu in izraženo s pisavo. Vrste elektronskih dokazov se med seboj razlikujejo po lastnostih, zato ni mogoče vseh podrediti predhodno omenjeni definiciji listine in posledično tudi ne zgolj pravilom enega izmed dokaznih sredstev. Ne glede na

⁵⁸ Poseg v vsebino je izjemoma mogoč z ustrežno programsko opremo (npr. plačljiva različica programa Adobe Acrobat Reader DC).

⁵⁹ Ena najpogostejših oblik komunikacije v sodobnem času je elektronska pošta, ki zaradi besedila v elektronski obliki kaže podobnosti z elektronsko listino. Elektronsko pošto sestavlja besedilo, podatki o pošiljatelju in prejemniku ter datum prejete. Lahko je opremljena tudi z elektronskim podpisom. Pomen podpisa pride do izraza zlasti pri presojanju dokazne vrednosti elektronske pošte. Več o tem T. Ivanc, *Theoretical Background of Using Information Technology in Evidence Taking*, v: *Dimensions of Evidence in European Civil Procedure*, 2016, str. 294.

⁶⁰ Zaradi vseprisotnosti spletnih strani in družbenih omrežij v življenjskem vsakdanu so tovrstni elektronski dokazi vse pogostejši. Podobnost vsebin, objavljenih na spletnih straneh in družbenih omrežij, z listino (berljivost oz. prisotnost pisave, izražena misel, zapis na nosilcu) napotuje na njihovo obravnavo v okviru dokaznega sredstva listine.

⁶¹ J. Zobec, v: L. Ude, A. Galič, 2006, *Pravdni postopek, zakon s komentarjem*, str. 419.

umestitev dokaza bo sodišče vselej določilo dokazno vrednost elektronskih dokazov skladno z načelom proste presoje dokazov.⁶²

4.2 Umestitev elektronskih dokazov med dokazno sredstvo ogleda

Poleg umestitve elektronskih dokazov med dokazno sredstvo listine se ponuja še možnost njihove obravnave v okviru dokaznega sredstva ogleda. Kategorizacija elektronskih dokazov v dokazno sredstvo ogleda poteka po metodi negativne definicije, ki pride v poštev, ko elektronskega dokaza ni mogoče podvreči definiciji listine. V primeru dokazovanja z ogledom je elektronski dokaz objekt neposrednega čutnega zaznavanja.

Pri kategorizaciji zvočnih in slikovnih posnetkov uporaba tehnične narave napotuje, da gre pri izvedbi zvočnega posnetka za dokaz, ki se bo izvedel z dejanjem ogleda, kjer bo sodnik s sluhom ali oz. in vidom neposredno čutno zaznaval vsebino posnetka. Ključna pri tem je zmožnost ponovljivosti posnetka, ki je zapisan na elektronskem nosilcu. Z gledanjem in poslušanjem sodnik neposredno čutno zaznava vsebino posnetka. V primeru slikovnih posnetkov velja izpostaviti podobnosti z dokazovanjem s fotografijo, ki je v pravnem postopku podvržena pravilom dokaznega sredstva ogleda. Prav tako zvočni in slikovni posnetki ne vsebujejo elementa pisave, ki je značilen za listine, in tako niso berljivi.

4.3 Dvojna umestitev elektronskih dokazov

Izhajajoč iz ugotovitev razdelka 4.1 »Umestitev elektronskih dokazov med dokazno sredstvo listine« in 4.2 »Elektronski dokazi kot dokazovanje z ogledom« lahko elektronske dokaze podvržemo tako pravilom dokaznega sredstva listine ali ogleda kot tudi v obe dokazni sredstvi hkrati, kakor to velja za primer elektronske fotografije s pripisom,⁶³ kadar tako narekujejo okoliščine dokazovanja. Že posebne lastnosti elektronskih dokazov (prisotnost sistemskih podatkov, metapodatkov ipd.) pripomorejo k temu, da ni mogoče istovrstne elektronske dokaze zaobjeti izključno z eno kategorijo dokaznega sredstva. Tako se ponuja rešitev, po kateri elektronske dokaze umestimo med tisto dokazno sredstvo, ki najbolj ustreza namenu

⁶² T. Ivanc, 2015, Evidence in Civil Law – Slovenia, str. 42.

⁶³ J. Zobec, v: L. Ude, A. Galič, 2006, Pravnih postopek, zakon s komentarjem, str. 416.

dokazovanja. Ob tem naj velja vodilo, da če je dokaz na voljo sodišču v berljivi obliki, ga kaže umestiti med dokazno sredstvo listine.

4.4 Elektronski dokazi kot posebna vrsta dokaznih sredstev

Elektronski dokazi zaradi narave zapisa na nosilec niso neposredno berljivi v izvorni obliki. Zato jih mora sodišče izvesti z uporabo tehničnih pripomočkov in tehničnega znanja. Temu dodamo še njihovo svojevrstnost in krhkost, zaradi česar načeloma terjajo večjo pozornost pri dokazovanju kot dokaz v fizični obliki. Vsled temu se pojavlja možnost oblikovanja posebne veje dokaznih sredstev, ki bi ponujala posebno ureditev, prilagojeno elektronskim dokazom. Kot izhaja iz razdelka 3.5 »Morebitna zaprtost seznama dokaznih sredstev«, je dokazovanje z dokaznimi sredstvi, ki niso normativno urejena v ZPP, dopustno. ZPP je določene elemente elektronskih dokazov, kot sta elektronska kopija oz. prepis listine in elektronska listina, uspel normativno urediti znotraj tradicionalnih vrst dokaznih sredstev. Sodeč po tem pravdni postopek ne narekuje teženj po njunem dokazovanju v okviru samostojne in posebne vrste dokaznih sredstev, navkljub pogojenosti njihove izvedbe s tehničnimi pripomočki. Še več, trenutna regulacija elektronske listine narekuje, da naj se elektronski dokazi tolmačijo v okviru tradicionalnih dokaznih sredstev. Če bi se zakonodajalec odločil za oblikovanje posebne vrste dokaznega sredstva v pravnem postopku, namenjenega elektronskim dokazom, bi to rezultiralo v korenito sistemsko spremembo do sedaj uveljavljenih dokaznih pravil in temeljnih načel pravnega postopka.

5 Umestitev elektronskih dokazov med dokazna sredstva kazenskega postopka

5.1 Splošno o pridobivanju elektronskih dokazov v kazenskem postopku

Z namenom ohranjanja celovitosti in verodostojnosti elektronskih dokazov kazenski postopek predvideva podrobnejša navodila pri zasegu, hrambi in črpanju elektronskih podatkov iz nosilcev. K podrobnejši ureditvi je botrovalo pridobivanje dokazov v okviru preiskovalnega načela, kar je lastnost, ki je tuja pravnemu postopku, kjer vlada razpravno načelo. Zaradi mešanega (akuzatorno-inkvizitornega) tipa kazenskega postopka so namreč stranke v kazenskem položaju v neenakem položaju in morajo pravila kazenskega prava zlasti zagotoviti, da državni organi tekom pridobivanja dokazov spoštujejo zakonsko določene pravice

obdolženca oz. osebe, zoper katero teče kazenski postopek. Elektronski dokazi v kazenskem postopku nastanejo tako zunaj kot tudi med samim postopkom, kjer je njihov nastanek povezan s protokoliranjem procesnih dejanj. Tako v kazenskem postopku poteka pridobivanje dokazov s preiskovalnimi dejanji in prikritimi preiskovalnimi ukrepi, kjer pridobivajo dokaze pristojni organi. V nadaljevanju je prikazana obravnava elektronskih dokazov v kazenskem postopku in njihov odnos do tradicionalnih dokaznih sredstev kazenskega postopka (zaslišanje obdolženca oz. osebe, zoper katero teče kazenski postopek, zaslišanje prič, dokazovanje z izvedencem, listina in ogled). Navkljub temu, da se kazenski in pravdni postopek po naravi razlikujeta, velja vseeno predstaviti težnje zakonodajalca, ki jih je izrazil pri normativnem urejanju elektronskih dokazov v kazenskem postopku.

5.2 Slikovni in zvočni posnetki ter analogni elektronski dokazi

Teorija pri obravnavi umestitve elektronskih dokazov med tradicionalna dokazna sredstva kazenskega postopka razmejuje med digitalnimi in analognimi dokazi, ki vključujejo zvočne in slikovne posnetke, ne glede na njihovo poreklo. Razlog za enakovrstno obravnavo zvočnih in slikovnih ter analognih dokazov v teoriji se najverjetneje nahaja v medsebojni podobnosti in v možnosti obravnave zvočnih in slikovnih posnetkov ter analognih elektronskih dokazov v okviru dokaznega sredstva listine. Prvi odstavek 339. člena Zakona o kazenskem postopku⁶⁴ (ZKP) namreč določa, da: »zapisnike o ogledu zunaj glavne obravnave, o hišni ali osebni preiskavi, prepoznavi oseb, predmetov ali kraja storitve in o zasegu stvari ter listine, knjige, spise in druga pisanja, ki se uporabijo kot dokaz, na glavni obravnavi zaradi ugotovitve vsebine preberejo stranke oziroma upravičeni predlagatelji izvedbe posameznega dokaza ali predsednik senata, če gre za izvedbo dokaza po uradni dolžnosti. Predsednik senata lahko odredi, da se reproducira zvočni ali slikovni posnetek opravljanja preiskovalnega dejanja. Pisanja, ki pomenijo dokaz, se po možnosti predložijo v izvirniku.« S tem zakonodajalec interpretira zvočni ali slikovni posnetek preiskovalnega dejanja kot listino.⁶⁵

⁶⁴ Uradni list RS, št. 32/12 – uradno prečiščeno besedilo, 47/13, 87/14, 8/16 – odl. US, 64/16 – odl. US, 65/16 – odl. US, 66/17 – ORZKP153,154, 22/19, 55/20 – odl. US, 89/20 – odl. US, 191/20 – odl. US, 200/20 in 105/21 – odl. US.

⁶⁵ P. Gorkič, K. Šugman Stubbs, 2011, Dokazovanje v kazenskem postopku, str. 228.

Iz ozkega pojmovanja listine, ki odraža element berljivosti vsebine na nosilcu, izhaja, da zvočnih in slikovnih posnetkov zaradi pomanjkanja te lastnosti ne moremo tolmačiti kot listine. Na drugi strani lahko vsebino zvočnega ali slikovnega posnetka neposredno čutno zaznavamo, s čimer se odpira podlaga njihove umestitve med dokazno sredstvo ogleda.⁶⁶ Ustavno sodišče RS je v odločbi Up-472/02⁶⁷ poleg pojmovanja posnetka kot »avtentično ohranjene besede ali glasu, ki se je s posnetkom ločila od osebe, ki ga je izgovorila« poudarilo še, da »daje tonski zapis oblast nad tujo osebo oz. njeno osebno dobrino, ker omogoča ponovitev (ponovno predvajanje).« Ker posnetek ohranjanja avtentični zapis slike ali zvoka in s tem omogoča ponovno poslušanje ali gledanje oz. neposredno čutno zaznavanje posnete vsebine, se vzpostavlja podobnost tega dejanja z izvedbo dokaznega sredstva ogleda. Vendar kaže izpostaviti, da se dejanje ogleda fotografije, ki vsebuje npr. oškodovančeve poškodbe, bistveno razlikuje od ogleda zvočnega posnetka, kjer je vsaj praviloma ključnega pomena za dokazovanje vsebina posnete izjave, ki je preko ubeseditve predmet spoznanja. Vsled temu se kot najprimernejša rešitev ponuja dvojna obravnava zvočnih in slikovnih posnetkov, skladno s katero sodišče obravnava posnetek kot dokazno sredstvo listine, kadar se bo osredotočilo na vsebino izražene izjavo v posnetku.⁶⁸

Dvojno obravnavanje posnetkov v okviru ustaljenih dokaznih sredstev nudi podlago, da se posnetek obravnava kot dejanje ogleda, predvsem kadar se bodo presojala vprašanja, ki zadevajo npr. lokacijo ali kakovost posnetka, oz. kadar bo sodišče zaznavalo okoliščine, ki se ne štejejo za izjavo (npr. opazovanje oblačil storilca kaznivega dejanja, lastnosti predmetov, barva glasu ipd.). Na drugi strani, kadar bo sodišče osredotočeno na pomen izjave, ki jo posnetek vsebuje, bo sodišče obravnavalo isti zvočni ali slikovni posnetek kot dokazno sredstvo listine. Tako se bo kot dokazno sredstvo listine obravnavalo npr. pridobljen posnetek telefonskega pogovora na podlagi prikritih preiskovalnih dejanj, kjer bo sodišče osredotočeno na vsebino izjav deležnikov pogovora, in zvočne ali slikovne posnetke preiskovalnih dejanj (posnetek zaslišanja priče), kadar bo poudarek na ugotavljanju vsebine izjave.⁶⁹

⁶⁶ Prav tam, str. 228.

⁶⁷ USRS odločba Up-472/02 z dne 7. 10. 2004, ECLI:SI:USRS:2004:Up.472.02.

⁶⁸ P. Gorkič, K. Šugman Stubbs, 2011, Dokazovanje v kazenskem postopku, str. 228 in 229.

⁶⁹ Prav tam, str. 229.

5.3 Digitalni elektronski dokazi

Pri umestitvi digitalnih dokazov med tradicionalna dokazna sredstva je treba upoštevati razliko med digitalnimi dokazi in analognimi dokazi ter zvočnimi in slikovnimi posnetki. Digitalni dokazi namreč v svoji izvorni obliki niso berljivi in zaradi tega niso neposredno dostopni človeškemu čutnemu zaznavanju, čeprav se jih da zaznati z ustreznimi tehničnimi sredstvi in tehničnem znanju. Hkrati pa se zapis v digitalni obliki odraža v ranljivosti in enostavni spremenljivosti. Upoštevajoč posebne lastnosti digitalnih dokazov analogija z dvojno obravnavo po vzoru umestitve zvočnih in slikovnih posnetkov ter analognih elektronskih dokazov ni najbolj smiselna, zlasti ker je z gledanjem oz. poslušanjem zvočnih in slikovnih posnetkov mogoče slednje neposredno čutno zaznati, kar je digitalnim dokazom tuja lastnost. Omenjeni razlogi in okoliščine narekujejo, da se digitalni dokazi obravnavajo samostojno kot posebno dokazno sredstvo. S posebno ureditvijo digitalnih dokazov se zagotovi ponovljivost dokazovanja in ohranitev ter varovanja njihove integritete. Tako ZKP v 219.a in 223.a členu ureja poseben pristop k zasegu, hrambi, zavarovanju in pridobivanju podatkov z elektronskih naprav.⁷⁰

5.4 Primerjava med umestitvijo elektronskih dokazov v pravnem in kazenskem postopku

V kazenskem pravu so se glede digitalnih elektronskih dokazov oblikovala posebna pravila za njihov zaseg, hrambo, zavarovanje in pridobivanje podatkov z elektronske naprave. Tako se digitalni dokazi obravnavajo kot posebno in samostojno dokazno sredstvo. V pravnem postopku zaradi veljave razpravnega načela ni bilo takšne potrebe po prilagoditvi dokaznih pravil. Navkljub temu so nove pojavne oblike dokazov, čeprav v minimalen obsegu, pronicale med pravila ZPP. Pravila pravnega postopka namreč določajo dokazno vrednost pretvorbe listine iz fizične v digitalno obliko in iz digitalne v fizično, kot tudi urejajo enakovrednost javne listine v elektronski obliki s fizično. ZPP hkrati še dodaja najosnovnejši napotek glede elektronskih dokazov, in sicer, da se podatkom v elektronski obliki ne sme odreči dokazna vrednost zgolj zaradi njihove elektronske oblike. Skupni imenovalec normativnega urejanja elektronskih dokazov v ZKP in ZPP je ureditev institutov, ki so zaradi razvoja informacijsko-komunikacijske tehnologije bili potrebni prenovitve, saj je predhodna ureditev postala obsoletna. Posebne namenske regulacije

⁷⁰ Prav tam, str. 229 in 230.

elektronskih dokazov navkljub vpeljavi določenih novih ali posodobljenih institutov ni mogoče zaznati. ZKP in ZPP sta vpeljala spremembe, na katere je botrovala vse večja prisotnost elektronskih dokazov. Vendar zaradi posebnosti kazenskega in pravnega postopka pri regulaciji določenih institutov sprememb med seboj ni mogoče neposredno primerjati. Pravdni postopek preiskave in zasega (elektronske) naprave ne ureja, kakor kazenski postopek ne predvideva ureditve javne listine (v elektronski obliki).

V pravnem postopku ni mogoče zaznati teženj, skladno s katerimi bi se analogni elektronski dokazi ali slikovni in zvočni posnetki obravnavali drugače kot drugi elektronski dokazi. Slikovni in zvočni posnetki so zaradi podobnosti z analognimi dokazi v kazenskopravni teoriji podvrženi enakovrstni obravnavi. Kazenski postopek obravnava zvočne in slikovne posnetke v dvojni vlogi, in sicer jih umešča tako med dokazno sredstvo ogleda kot listine, odvisno od okoliščin dokazovanja. Kadar se sodišče pri dokazovanju posnetka osredotoči na spoznavanje vsebine izjave, takrat bo posnetek umestilo med dokazno sredstvo listine. Nasprotno, ko sodišče presoja posnetek z namenom ugotovitev dejstev, ki niso izjava, se dokaz izvede v okviru pravil dokaznega sredstva ogleda.⁷¹

V pravnem postopku ni podlage za dvojno obravnavo zvočnih in slikovnih posnetkov, kjer je merilo za dvojno obravnavo osredotočanje na spoznavanje vsebine izjave. Zvočni in slikovni posnetki zaradi pomanjkanja elementa berljivosti ne zadostujejo pojmovanju listine, hkrati pa imajo lastnosti, ki sodniku omogočajo neposredno čutno zaznavanje objekta dokazovanja, zato so obravnavani kot dokazno sredstvo ogleda. Če bi posnetke obravnavali kot listinske dokaze, bi se pravilo, da je v pravnem postopku treba listini v tujem jeziku predložiti njen overjen prevod, raztezalo na posnetke. Overjanje prevodov določa 63. člen Zakona o notariatu,⁷² ki se omejuje zgolj na prevod listine. Overitev prevoda zvočnega ali slikovnega posnetka ta institut ne omogoča. Je pa mogoča overitev transkripta zvočnega ali slikovnega posnetka, vendar pretvorba posnetka v transkript rezultira v izgubo marsikaterega elementa posnetka (tonaliteta glasu, gestikulacija ipd.), ki ga sodišče v transkriptu ne bo moglo zaznati.

⁷¹ Prav tam, str. 229.

⁷² Uradni list RS, št. 2/07 – uradno prečiščeno besedilo, 33/07 – ZSReg-B, 45/08, 91/13 in 189/20 – ZFRO.

6 Zaključek

Elektronski dokazi so raznoliki in vsestranski, tako da ni mogoče vseh podrediti pravilom istega dokaznega sredstva. Namen in cilj poglavja sta umestitev elektronskih dokazov med dokazna sredstva pravnega postopka, kjer se kot edini možnosti ponujata dokazno sredstvo listine in dokazno sredstvo ogleda. V luči razlaganja 107. in 224. člena ZPP se deli listino na fizično in elektronsko. Pri razumevanju listinskega dokaza se opiramo na pojem listine, ki je nosilec, na katerem je s pisavo izražena misel. Ob tem smo upoštevali smiselnost pogojenosti listine z elementom človeške pisave ali človeške misli. Razumevanja listine s prisotnostjo človeške pisave *a priori* izključuje obravnavo elektronskih listin kot dokaznega sredstva listine, kar nasprotuje veljavnemu zakonskemu besedilu. Pogojenost listine s človeško mislijo izključi iz listinskega dokaza elektronske listine, ki jih je ustvarila računalniška naprava. Zaradi tehnološkega napredka nemalokrat računalniška naprava sama ustvari zapis podatkov, ki nosi vse značilnosti elektronske listine. Vsled temu predlagamo, da se misel kot sestavni del definicije listine razlaga široko, in sicer tako, da vključuje tudi berljive računalniške »misli«.

Med dokazno sredstvo listine umeščamo tiste elektronske dokaze, ki izpolnjujejo elemente pojmovanja listinskega dokaza. Nasprotno, elektronski dokazi, ki jih ne moremo obravnavati v luči listinskega dokaza, spadajo med dokazno sredstvo ogleda. Sodišče v tem primeru elektronske dokaze praviloma z vidom in sluhom neposredno čutno zaznava. Pomembnost razlikovanja med dokaznimi sredstvi se odraža v raznolikosti pravil med dokaznimi sredstvi. Če se dokaz obravnava kot listina, se mora, ko je besedilo v tujem jeziku, sodišču priložiti overjen prevod listine. Naslednji pomemben razlikovalni element je, da je praviloma treba listine predložiti sodišču, medtem ko je dokazno sredstvo ogleda naravnano, da se dokazi izvedejo tudi zunaj prostorov sodišča. Velja še omeniti, da listine delimo na izvirne in kopije ter javne in zasebne, kar nosi posebne pravne učinke v pravnem postopku. Nepravilna umestitev elektronskega dokaza med dokazno sredstvo je lahko usodna za uspeh stranke v postopku.

Tekom prispevka je obravnavana tudi ureditev elektronskih dokazov v kazenskem postopku, ki se predvsem zaradi načina pridobivanja dokazov razlikuje napram pravnemu. Zvočni in slikovni posnetki ter analogni elektronski dokazi so v kazenskem postopku podvrženi dvojni obravnavi. Kadar se presoja vsebina izjave, gre za dokaz z listino, kadar pa se bodo zaznavale okoliščine, ki se ne štejejo za

izjavo, bo dokaz podvržen pravilom dokaznega sredstva ogleda. Vpeljavo posebne ureditve zasega, hrambe, zavarovanja in pridobivanja podatkov z elektronskih naprav v ZKP velja razlagati kot oblikovanje posebnega in samostojnega dokaznega sredstva, ki velja za digitalne elektronske dokaze, katere kazenski postopek obravnava drugače kot zvočne in slikovne posnetke ter analogne elektronske dokaze.

V pravnem postopku ni zaznati posebnih določb, ki bi posebej obravnavale elektronske dokaze. Vpeljana je sicer veljavnost elektronske listine, ki pa je vendarle enakovredna listini v fizični obliki. Nadalje 16.a člena ZPP določa, da je elektronska oblika enakovredna pisni, če so elektronski podatki primerni za obdelavo na sodišču, dosegljivi in primerni za poznejšo uporabo, in da se podatkom v elektronski obliki samo zaradi njihove elektronske narave ne sme odvreci dokazne vrednosti. Našteto napotuje, da se elektronski dokazi obravnavajo v luči tradicionalnih dokaznih sredstev. Pri dokazovanju z elektronskimi dokazi se zahteva torej analogna uporaba določb ZPP, ki se nanašajo na dokazovanje s tradicionalnimi dokaznimi sredstvi, pri čemer naj bo merilo umestitve zmožnost razlage elektronskega dokaza skozi elemente listinskega dokaza.

Literatura

- Biasiotti Maria Angela, A Proposed Electronic Evidence Exchange Across the European Union, *Digital Evidence and Electronic Signature Law Review*, Let. 14 (2017), str. 1–12.
- Curreri Shannon M., Defining Document in the Digital Landscape of Electronic Discovery, *Loyola of Los Angeles Law Review Law Reviews*, Let. 38 (2005), št. 4, str. 1541-1590.
- Demšar-Potočnik Ivanka, *Razkritje dokazov v pravnem postopku*, IUS Software, GV založba, Ljubljana 2017.
- Gorkič Primož, Šugman Stubbs Katja, *Dokazovanje v kazenskem postopku*, GV Založba, Ljubljana 2011.
- Ivanc, Tjaša, *Evidence in Civil Law – Slovenia*, Institute for Local Self-Government and Public Procurement, Maribor 2015.
- Ivanc Tjaša, *Theoretical Background of Using Information Technology in Evidence Taking*, v: *Dimensions of Evidence in European Civil Procedure*, V. Rijavec, T. Keresteš, T. Ivanc (ur.), Wolters Kluwer, Alphen aan den Rijn 2016.
- Juhart, Jože, *Civilno procesno pravo FLR Jugoslavije*, Univerzitetna založba, Ljubljana 1961.
- Mason Stephen, *Introduction*, v: *International Electronic Evidence*, S. Mason (ur.). British Institute of International and Comparative Law, London 2008.
- Mason Stephen, Seng Daniel, *Electronic Evidence*, Institute of Advanced Legal Studies (IALS): School of Advanced Study, London 2017.
- Munday, Roderick, *Cross and Tapper on Evidence* (13. izdaja), Oxford University Press, Oxford 2018.
- Roßnagel Alexander, Wilke Daniel, *Die rechtliche Bedeutung gescannter Dokumente*, NJW, Let. 30 (2006), str. 2145-2150.
- Selinšek Liljana, *Elektronski dokazi – pasti in priložnosti*, *Pravna praksa*, Let. 27 (2008), št. 27, str. 12–15.

Toplišek Janez, Pravna zmogljivost elektronske pošte, Pravna praksa, Let. 16 (1997), št. 11, str. I–XII.
Triva, Siniša, Građansko procesno pravo I, Narodne novine, Zagreb 1965.

Ude, Lojze, Civilno procesno pravo, Uradni list Republike Slovenije, Ljubljana 2002.

Ude Lojze, Galič Aleš (ur.), Pravdni postopek, zakon s komentarjem, 2. knjiga, Uradni list, GV
Založba, Ljubljana 2006.

SUMMARY

The peculiarity of the nature of electronic evidence contributes to the fact that electronic evidence cannot be clearly categorised among the traditional means of proof provided by the Slovenian Contentious Civil Procedure Act (CCPA). Electronic evidence is stored on an electronic medium and, therefore, is not directly readable. For this reason, the presentation of electronic documents requires technical knowledge and technical devices. CCPA does not provide any special provision on how to categorise electronic evidence between the traditional means of proof. However, CCPA does provide equivalence of electronic and physical documents when electronic data are suitable for processing in courts, accessible and suitable for later use. Furthermore, it states that electronic data may not be declared invalid or lacking in evidential value solely due to their electronic form.

The current normative regulation of evidentiary rules in the CCPA does not have a special regulation for electronic evidence; for this reason, they are, by analogy, applied among the traditional means of proof of contentious civil proceedings. Therefore, we will assess the role of a peculiarity of electronic evidence, reflected in their fragility and readability with technical devices, on their classification between the traditional means of proof of contentious civil procedure. The possible options for the classification of electronic evidence are: (1) classification of electronic evidence as documentary evidence; (2) classification of electronic evidence as inspection object; (3) classification of electronic evidence results in the formation of a special and autonomous means of proof; (4) double consideration of electronic evidence according to the circumstances of presentation of evidence. Consequently, the purpose of this chapter is to research among which means of proof are electronic evidence categorised. Due to the unlimited forms of electronic evidence, we will focus solely on the most common forms, such as electronic documents, audio and video recordings and e-mails.

Understanding electronic evidence in the light of traditional means of proof in contentious civil proceedings requires an examination of the rules of applicable means of proof. Since the documentary evidence and the inspection are the only means of proof viable for the classification of the electronic evidence, a detailed review of their legal regulation will be presented. The means of proof of a document include electronic evidence that meets the elements of the notion of documentary evidence. We will have to consider the reasonableness of the human handwriting and human thought within the meaning of the document. However, electronic evidence, which cannot be considered documentary evidence, will be categorised as an inspection object. In this case, the court will perceive electronic evidence with direct sensory perception. The importance of distinguishing between means of proof is reflected in the diversity of rules between means of proof. Irregular classification of electronic evidence between the means of proof can, therefore, be destructive to the success of a party in contentious civil proceedings.

We will also research the regulation of electronic evidence in criminal proceedings. The introduction of a special regulation of seizure, storage, preservation and obtaining of data from electronic devices in the Criminal Procedure Act should be interpreted as the formation of a special and autonomous means of proof intended for digital electronic evidence. However, audio and video recordings and analogue electronic evidence are treated differently from digital evidence in criminal proceedings.

ODPRAVNINA TRGOVSKEGA ZASTOPNIKA

SEBASTJAN KERČMAR

Odvetniška družba dr. Kerčmar in partnerji o.p., d.o.o., Nova Gorica, Slovenija
sebastjan@odvetnik-kerčmar.si

Prispevek prikaže ureditev odpravnine trgovskega zastopnika v slovenskem pravnem redu in opozori na nekatere dileme, ki se pojavljajo v zvezi z njo. Ena izmed ključnih dilem je med drugim tudi vprašanje skladnosti določil OZ, ki urejajo odpravnino trgovskega zastopnika, z Agentsko direktivo. Slovenski zakonodajalec je v OZ poleg odpravnine, ki jo ureja Agentska direktiva, hote ali nehote vpeljal še dve dodatni pravici do odpravnine, ki odpirata številna dodatna vprašanja. Zaradi na videz malenkostnih, vendar vsekakor pomembnih razlik, pa se pojavljajo tudi vprašanja v zvezi z odpravnino, kot jo določa Agentska direktiva. Ta sicer že sama po sebi odpira mnogo vprašanj in je predmet številnih odprtih primerov pred Sodiščem EU.

DOI
[https://doi.org/
10.18690/um.pf.1.2024.5](https://doi.org/10.18690/um.pf.1.2024.5)

ISBN
978-961-286-817-8

Ključne besede:
trgovski zastopnik,
naročitelj,
pogodba o trgovskem
zastopanju,
plačilo,
provizija,
odpravnina,
odškodnina,
pravičnost

DOI
[https://doi.org/
10.18690/um.pf.1.2024.5](https://doi.org/10.18690/um.pf.1.2024.5)

ISBN
978-961-286-817-8

Keywords:
commercial agent,
principal,
agency contract,
remuneration,
commission,
indemnity,
compensation,
equity

INDEMNITY FOR A COMMERCIAL AGENT

SEBASTJAN KERČMAR

Dr. Kerčmar & Partners Law Firm, Ltd., Nova Gorica, Slovenia
sebastjan@odvetnik-kerckmar.si

The article addresses the regulation of indemnity for a commercial agent in Slovenian legislation and highlights some issues associated with it. One of the key issues is the question of the compatibility of the provisions of the Obligations Code (OZ), which regulate the indemnity for a commercial agent, with the Agency Directive. In addition to the right to indemnity afforded to commercial agents by the provisions of the Obligations Code which implement the provisions of the Agency Directive regarding the indemnity, the Slovenian legislator has, whether intentionally or unintentionally, introduced two additional rights to indemnity, that give rise to numerous additional questions. Due to seemingly minor but certainly significant deviations, questions also arise regarding the right to indemnity according to the provisions of the Obligations Code implementing the provisions of the Agency Directive. The indemnity as regulated in the Agency Directive itself raises many questions and is the subject of numerous open cases before the Court of Justice of the European Union.



1 Uvod

Na prvi pogled jasna ureditev iz 833. člena Obligacijskega zakonika¹ (OZ) odstopa od primerljivih tujih ureditev in tudi od ureditve v Direktivi Sveta z dne 18. decembra 1986 o usklajevanju zakonodaje držav članic o samozaposlenih trgovskih zastopnikih² (Agentska direktiva). Temeljna vprašanja, ki so obravnavana v predmetnem prispevku, so, kakšne pravice specifična ureditev pravice do odpravnine v slovenskem pravnem redu sploh daje, kakšne so predpostavke za pridobitev pravice do odpravnine, kakšen je postopek določitve višine odpravnine ter nenazadnje in najbolj ključno, ali je takšna ureditev sploh skladna z Agentsko direktivo. Čeprav so v Agentski direktivi določene »zgolj« minimalne pravice, ki jih mora trgovskemu zastopniku zagotoviti zakonodaja vsake države članice, slovenska ureditev pa v osnovi trgovskemu zastopniku daje dve dodatni pravici do odpravnine, in se zdi odgovor na to vprašanje enostaven, temu še zdaleč ni tako, sploh upošteva specifičnost slovenske ureditve in prakso Sodišča EU. V dostopni slovenski sodni praksi ni najti primera, v katerem bi bila trgovskemu zastopniku prisojena odpravnina. Glede na navedeno je nujno potrebno, da se postavi jasna izhodišča in da ureditev zaživi tudi v praksi, kar bo omogočilo trgovskim zastopnikom in analogno tudi nekaterim drugim subjektom, da bodo lahko uspešno uveljavili pravice, ki jim jih že več kot 20 let omogoča slovenska ureditev.

Prispevek po zgodovinskem pregledu razvoja instituta odpravnine (drugo poglavje) in predstavitvi pravne narave tega instituta (tretje poglavje), kar je ključno za razumevanje nadaljnjih razprav o tem institutu, predstavi temeljne predpostavke za pridobitev pravice do odpravnine (četrto poglavje), nato pa sledita peto in šesto poglavje, ki predstavljata jedro predmetnega prispevka. V petem in šestem poglavju so natančno obravnavane vse pravice do odpravnine, ki jih daje 833. člen OZ, za vsako so predstavljene predpostavke za pridobitev pravice do odpravnine, nadalje postopek določitve višine odpravnine, posebej pa so izpostavljena še vprašanja skladnosti ureditve z Agentsko direktivo ter vsa s posamezno pravico povezana problematika. Na koncu, v sklepnem sedmem poglavju, so podane še ugotovitve in zaključna razmišljanja, predvsem tudi o smiselnosti takšne ureditve in možnih zakonodajnih spremembah.

¹ Uradni list RS, št. 97/07 – uradno prečiščeno besedilo, 64/16 – odl. US in 20/18 – OROZ631.

² UL L 382 z dne 31. 12. 1986.

2 Zgodovina ureditve odpravnine

V slovenski pravni red je bila odpravnina vnesena s sprejetjem OZ leta 2001. Za razliko od Agentske direktive se slovenska ureditev, tako kot številne tuje,³ razteza tudi na trgovske zastopnike, ki delujejo na področju storitvenih dejavnosti. Čeprav iz predloga OZ izhaja, da naj bi s sprejetjem OZ v XIX. poglavju slovenski zakonodajalec v celoti implementiral določila Agentske direktive in da naj bi se pri tem zgledoval po nemški ureditvi,⁴ je mogoče opaziti pomembna odstopanja od nemške ureditve in tudi od ureditve v Agentski direktivi.

Že uvodoma gre opozoriti na različna poimenovanja tega instituta v slovenskih in evropskih pravnih aktih. Namreč, slovenski zakonodajalec v 833. členu OZ, s katerim je bil prenesen institut odpravnine trgovskega zastopnika iz Agentske direktive, za ta institut uporablja pojem »odpravnina«. Pri prevodu Agentske direktive v slovenski jezik pa je za ta isti institut uporabljen pojem »nadomestilo«. Podobno se različna poimenovanja pojavljajo tudi pri prevodu tega instituta v angleški jezik. Tako je v prevodu OZ v angleški jezik uporabljen termin *severance pay*,⁵ medtem ko se v angleški različici Agentske direktive uporablja termin *indemnity*. Res je ureditev odpravnine trgovskega zastopnika v slovenski zakonodaji širša, kot jo zahteva Agentska direktiva, vendar pa po našem mnenju vseeno ni potrebe po različnih poimenovanjih, saj to v sistem vnaša zgolj zmedo. Po vsej verjetnosti gre le za pojmovno nedoslednost pri uporabi tega pojma.

Podlaga za slovensko ureditev odpravnine je bila Agentska direktiva, ki je sistem nadomestila povzela iz nemške ureditve. Nemški trgovinski zakonik⁶ (*Handelsgesetzbuch*; HGB), ki je v veljavi že od leta 1897, tovrstnega nadomestila najprej ni poznal. Sistem nadomestila po prenehanju pogodbe o trgovskem zastopanju je bil v nemški pravni red uveden s spremembo oz. dopolnitvijo nemškega trgovinskega zakonika leta 1953.⁷ Šlo je za politični kompromis med

³ Npr. nemška, avstrijska in hrvaška ureditev.

⁴ Predlog obligacijskega zakonika – prva obravnava, EPA 1544, Poročevalec DZ, letnik 22, št. 30, str. 104, Predlog obligacijskega zakonika (OZ) – druga obravnava, EPA 1544, Poročevalec DZ, letnik 26, št. 82, str. 133, Predlog obligacijskega zakonika (OZ) – druga obravnava, EPA 1544, Poročevalec DZ, letnik 27, št. 41, str. 115, in Predlog obligacijskega zakonika (OZ) – tretja obravnava, EPA 1544, Poročevalec DZ, letnik 27, št. 64, str. 122.

⁵ Gl. prevod 833. člena OZ v angleški jezik, dostopen na spletišču Pravnega-informacijskega sistema Republike Slovenije: <http://www.pisrs.si/Pis.web/cm?idStrani=prevodi>.

⁶ *Bundesgesetzblatt Teil III, Gliederungsnummer 4100-1* z dne 10. 5. 1897.

⁷ *Bundesgesetzblatt Jahrgang 1953, del I, št. 45, z dne 7. 8. 1953.*

različnimi interesi vpletenih in novost v nemškem pravu.⁸ Zakonodajalec se je oziral po prejšnjih predlogih sprememb in primerljivem tujem pravu.⁹ Zаметki t. i. nadomestila so bili namreč že uveljavljeni v avstrijski¹⁰ in švicarski zakonodaji,¹¹ po katerih se je delno zgledoval tudi nemški zakonodajalec.¹² Namen novega paragrafa 89b HGB je bil, da se trgovskemu zastopniku ponudi pravično nadomestilo za storitve, ki jih je opravljal, vendar mu jih zaradi prenehanja pogodbenega razmerja ni več mogoče povrniti. Zakonodajalec je želel ublažiti stisko trgovskega zastopnika in podjetniku prepričati, da bi v veliki meri sebi ali tretjim zagotovil koristi dela trgovskega zastopnika, ne da bi trgovskemu zastopniku dal ustrezno plačilo.¹³

Bistvena vsebina Agentske direktive, ki ureja nadomestilo oz. odškodnino trgovskega zastopnika ob prenehanju pogodbenega razmerja, je dejansko kompromis med nemško in francosko ureditvijo. Najpomembnejše določilo Agentske direktive je zagotovo 17. člen, skladno s katerim je treba po prenehanju veljavnosti pogodbe o trgovskem zastopanju trgovskemu zastopniku zagotoviti nadomestilo (angl. indemnity) po t. i. nemškem modelu (drugi odstavek 17. člena Agentske direktive) ali odškodnino (angl. compensation) za škodo ob prenehanju pogodbe (odškodnina za klientelo) po t. i. francoskem modelu (tretji odstavek 17. člena Agentske direktive). Večina držav članic, vključno s Slovenijo, se je odločila za sistem nadomestila, ki ga je pri nas zakonodajalec v OZ, kot že predhodno pojasnjeno, sicer poimenoval odpravnina. Velik pomen tega instituta izhaja med drugim tudi iz dejstva, da je bilo že v sami Agentski direktivi določeno, da mora Komisija EU v roku osmih let po uradnem obvestilu o Agentski direktivi Svetu predložiti Poročilo o izvajanju 17. člena Agentske direktive ter predlagati morebitne spremembe.¹⁴ To je Komisija EU tudi storila s Poročilom z dne 23. 7. 1996,¹⁵ iz katerega izhaja, da se za sistem »nadomestila« niso odločile zgolj Francija, Anglija in Irska. Anglija je npr. uvedla dvojnost sistema. Skladno z angleško ureditvijo lahko pogodbene stranke v pogodbi same določijo, ali bo trgovski zastopnik ob

⁸ P. Meier, v: C. Herresthal, M. Henssler, M. Paschke (ur.), 2020, BeckOGK, po stanju 15. 5. 2020, par. 89b HGB, r. št. 5.

⁹ Prav tam.

¹⁰ Zаметke odpravnine je urejal avstrijski Bundesgesetz über die Rechtsverhältnisse der selbständigen Handelsvertreter (Handelsvertretergesetz) iz leta 1921, StF, Bundesgesetzblatt, št. 348/1921, z dne 24. 6. 1921.

¹¹ Par. 418 švicarskega Arbeitsvermittlungsgesetz iz leta 1951, BBl 1951 II 533, AS 1951 1211, z dne 22. 6. 1951.

¹² G. von Hoyningen-Huene, v: K. Schmidt (ur.), 2016, MüKoHGB, par. 89b HGB, r. št. 1.

¹³ Obrazložitev sprejetega zakona na strani 35: Begr. RegE, BT-Drs. 1/3856 S. 33.

¹⁴ Določba šestega odstavka 17. člena Agentske direktive: »Komisija osem let po uradnem obvestilu o tej direktivi predloži Svetu poročilo o izvajanju tega člena in mu po potrebi pošlje tudi predloge sprememb.«

¹⁵ Report on the Application of Article 17 of Council Directive of 18 December 1986 on the Coordination of the Laws of the Member States Relating to Self-Employed Commercial Agents (86/653/EEC), 2007, dostopno na: <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/2f6e5054-a18f-4f39-9bc7-a9c67ad9636d> (20. 8. 2021).

prenehanju pogodbenega razmerja imel pravico do nadomestila ali odškodnine. V primeru, da se stranki o tem ne dogovorita, pa zakon predvideva uporabo sistema odškodnine.¹⁶

3 Pravna narava odpravnine

Pravna narava odpravnine je predmet razprav številnih tujih teoretikov in tuje sodne prakse. Soglasno mnenje je, da gre za pravico *sui generis*,¹⁷ glede natančnejših opredelitev pa se mnenja razlikujejo. Nekateri v njej vidijo elemente upravičenja do odškodnine, plačila, korekcije neupravičene obogatitve, preživnine, pravice do socialne varnosti ipd.

Kot navaja *Zabel*, slovenski OZ odpravnine kot posebne vrste odmene ne opredeli neposredno, ureja pa pravico do odpravnine. Odpravnina nima pravne narave odškodnine, kljub naročiteljevim koristim pa zahtevka za odpravnino prav tako ni mogoče šteti niti za zahtevek iz naslova neupravičene obogatitve. Deloma je odpravnino mogoče primerjati s pravico do odpravnine v delovnem pravu in pravu gospodarskih družb.¹⁸ Namen odpravnine v gospodarstvu je po stališču *Zabela* izravnava koristi in prizadetosti pogodbenih strank po prenehanju pogodbenega razmerja.¹⁹ *Knez* govori o njeni določenosti mandatorno v korist zastopnika, kar naj bi pomenilo, da je pravilo mogoče spreminjati le enostransko, pri čemer je mogoč le takšen dogovor, ki nudi večje ugodnosti zastopniku.²⁰ Upoštevajoč institute, ki jih je do sprejetja OZ poznala slovenska ureditev, bi bilo odpravnino trgovskega zastopnika v največji meri mogoče primerjati z odpravnino v delovnem pravu. V zvezi z delovnopravno odpravnino obstoji tudi bogata sodna praksa delovno-socialnega oddelka Vrhovnega sodišča RS, ki bi jo bilo v določenih delih mogoče (sicer previdno) smiselno uporabiti v primeru odpravnine trgovskega zastopnika. Tako je npr. smiselno enako stališče, kot ga je leta 2010 podalo Sodišče EU v zvezi z odpravnino trgovskega zastopnika v zadevi *Volvo Car Germany GmbH proti Autobof*

¹⁶ G. Kleinknecht, *Commercial Agency Contracts: Termination and Indemnity England and Wales*, v: *Il trattamento di fine rapporto nel contratto di agenzia*, 2016, str. 99–101.

¹⁷ B. Zabel, v: N. Plavšak, M. Juhart et al., 2004, *Obligacijski zakonik (OZ): s komentarjem*, str. 516; enako B. Zabel v: N. Plavšak (ur.), 2021, *E-paket Obligacije*, razdelek 25.20.1.1. Tako tudi M. Nocker, 2015, *HVertrG - Handelsvertretergesetz 1993*, str. 650; G. Versin, 2015, *Der Ausgleichsanspruch nach § 89b*, str. 75, in R. Emde, 2009, *Vertriebsrecht*, str. 861.

¹⁸ B. Zabel, v: N. Plavšak, M. Juhart et al., 2004, *Obligacijski zakonik (OZ): s komentarjem*, str. 516; enako B. Zabel, v: N. Plavšak (ur.), 2021, *E-paket Obligacije*, razdelek 25.20.1.1.

¹⁹ Prav tam.

²⁰ R. Knez, *Večja zaščita trgovskega zastopnika*, 2002, str. 235, tč. 3.2.2.5.

Weidensdorf GmbH,²¹ mogoče najti že v odločitvi Vrhovnega sodišča RS iz leta 2006.²² Slednje je namreč odločilo, da je delavcu mogoče podati izredno odpoved pogodbe o zaposlitvi tudi med odpovednim rokom, ki teče na podlagi predhodno podane redne odpovedi, in da v takšnem primeru delavec ni upravičen do odpravnine. V primeru, da delodajalec med odpovednim rokom izredne odpovedi ne poda, pa pravice do odpravnine delavec ne izgubi, četudi je med odpovednim rokom storil hujšo kršitev pogodbenih obveznosti, ki pa je delodajalec ni sankcioniral z izredno odpovedjo pogodbe o zaposlitvi. Takšno stališče je zavzelo tudi Sodišče EU v primeru prenehanja pogodbe o trgovskem zastopanju s pomembnim dostavkom, da je morebitne kršitve pogodbenih obveznosti, za katere naročitelj ni vedel v času trajanja pogodbenega razmerja, mogoče sankcionirati z načelom pravičnosti pri določanju višine odpravnine. V delovnem pravu sicer ne poznamo t. i. korekcijske varovalke – pravičnosti,²³ ki jo je treba v primeru pogodbe o trgovskem zastopanju skladno z namenom Agentske direktive v končni fazi upoštevati pri določanju višine odpravnine, res pa je, da naš zakonodajalec v primeru urejanja pogodbe o trgovskem zastopanju v zakonska določila ni vključil pravičnosti kot elementa, ki ga je treba upoštevati pri določanju višine odpravnine skladno z Agentsko direktivo.

Nadomestilo je namenjeno odmeni za dolgoletno in pošteno delo trgovskega zastopnika. Po eni strani gre za plačilo baze strank, ki jo je ustvaril trgovski zastopnik in ki jo naročitelj lahko koristi po zaključku pogodbenega razmerja, po drugi strani pa se je z delom trgovskega zastopnika izboljšalo tudi dobro ime²⁴ in se je s tem povečala vrednost samega naročitelja. Ob tem je treba upoštevati, da je slovensko določilo o odpravnini širše od nadomestila, ki ga ureja Agentska direktiva, saj trgovskim zastopnikom daje še dve dodatni možnosti pridobitve odpravnine na drugačnih predpostavkah, kot jih določa Agentska direktiva, in ti imata posledično tudi drugačno pravno naravo. Vsekakor torej odpravnina vsebuje elemente različnih pravnih institutov in gre v tem pogledu za institut *sui generis*, kar povzroča določene težave in nejasnosti ter posledično odpira številna vprašanja.

²¹ Zadeva C-203/09, Volvo Car Germany GmbH proti Autohof Weidensdorf GmbH, ECLI:EU:C:2010:647.

²² Vrhovno sodišče RS, sodba VIII Ips 202/2006 z dne 21. 11. 2006, ECLI:SI:VSRS:2006:VIII.IPS.202.2006.

²³ Morebiti je pravičnost vseeno mogoče upoštevati v okviru splošnih načel obligacijskega prava.

²⁴ M. Nocker, 2015, HVertrG – Handelsvertretergesetz 1993, str. 657–658, r. št. 39–42. Tako tudi M. Turnšek, Trgovska agencija po evropskem pravu, 2001, str. 33–36, pri čemer sicer avtorica pomotoma zamenja tolmačenji institutov odškodnine in nadomestila iz 17. člena Agentske direktive.

4 Temeljne predpostavke za pridobitev pravice do odpravnine

4.1 Prenehanje pogodbenega razmerja

Prva pomembna predpostavka za pridobitev pravice do odpravnine je prenehanje pogodbenega razmerja med pogodbenikoma. Vsako prenehanje pogodbenega razmerja pa ne upravičuje trgovskega zastopnika do odpravnine, ampak zakon določa, v katerih primerih prenehanja pogodbe trgovski zastopnik ni upravičen do odpravnine.

Do odpravnine trgovski zastopnik tako načeloma ni upravičen, če je sam odpovedal pogodbo o trgovskem zastopanju, pri čemer pa zakon določa tudi izjeme od tega pravila. Tako lahko zastopnik tudi v primeru, da sam odpove pogodbo o trgovskem zastopanju, zahteva odpravnino, če so vzrok za odpoved pogodbe okoliščine na strani naročitelja ali če je zastopnik odpovedal pogodbo zaradi svoje bolezni²⁵ ali starosti,²⁶ ki bi preprečevala nadaljevanje pogodbenega razmerja. Trgovski zastopnik do odpravnine ni upravičen tudi v primeru, če je naročitelj odpovedal pogodbo zaradi njegovega krivdnega ravnanja, ali pa v primerih, ko v skladu z dogovorom med naročiteljem in zastopnikom vstopi v pogodbo namesto zastopnika kdo drug, pri čemer tak dogovor ni dopusten pred prenehanjem pogodbenega razmerja (834. člen OZ).

V zvezi s tem velja opozoriti na nedosledno uporabo terminov odpovedi pogodbe in odstopa od pogodbe tudi v delu OZ, ki ureja pogodbo o trgovskem zastopanju.²⁷ Tako npr. v 834. členu OZ ureja prenehanje pogodbe iz okoliščin na strani naročitelja oz. prenehanje pogodbe zaradi zastopnikovega krivdnega ravnanja, ob

²⁵ Agenska direktiva določa tudi slabost, ki pa je ne vsebuje nemški HGB. Nemška teorija navaja, da je slabost nekje med boleznijo in starostjo ter da koncept bolezni zadostuje in zajema vse v Agenski direktivi predvidene primere. Gl. npr. P. Meier, v: C. Herresthal, M. Henssler, M. Paschke (ur.), 2020, BeckOGK, po stanju 15. 5. 2020, par. 89b HGB, r. št. 154; J. Busche, v: H. Oetker (ur.), 2019, Handelsgesetzbuch: HGB Kommentar, par. 89b HGB, r. št. 36; K. H. Thume, v: W. Küstner, K. H. Thume, 2014, Handbuch des gesamten Vertriebsrechts, II Kap. XI, r. št. 119.

²⁶ Nemška teorija in sodna praksa podpirata stališče oz. kriterij upokojitvene starosti, pri čemer ni potrebno, da jo trgovski zastopnik izkoristi že takoj ob izpolnitvi pogojev, ampak jo lahko tudi kadarkoli pozneje. Tako npr. R. Emde, 2014, Vertriebsrecht, par. 89b HGB, r. št. 312; J. Keßler, v: T. Heidel, A. Schall et al., 2019, HaKo-HGB, par. 89b HGB, r. št. 48; G. Löwisch, v: D. Joost, L. Strohn (ur.), 2020, EBJs Kommentar, par. 89b HGB, r. št. 73; J. Sonnenschein, B. Weitemeyer, v: N. Horn, P. Berger Klaus, et al., 1995, HeymannHGB, par. 89b HGB, r. št. 87; G. von Hoyningen-Huene, v: K. Schmidt (ur.), 2016, MüKoHGB, par. 89b HGB, r. št. 175, in Višje deželno sodišče v Münchnu, 7 U 4410/16 z dne 29. 3. 2017.

²⁷ Na nedoslednosti v OZ v zvezi s tem opozarja že *Možina*. Gl. D. Možina, Razdor, odpoved in odstop od pogodbe, 2011, str. 57–73.

tem pa uporablja pojem odpoved, čeprav gre dejansko za odstop. Pogodbena stranka mora ob odstopu navesti resne vzroke za odstop od pogodbe, sicer pride do zakonske transformacije odstopa od pogodbe v redno odpoved pogodbenega razmerja z odpovednim rokom (drugi odstavek 832. člena OZ). Ker je pravica trgovskega zastopnika do odpravnine odvisna tudi od tega, ali je pogodbeno razmerje prenehalo zaradi odpovedi ali odstopa, je nedosledna uporaba pojmov lahko problematična.

4.2 Obvestilo naročitelju glede uveljavljanja odpravnine v enoletnem prekluzivnem roku

Druga pomembna predpostavka je, da mora trgovski zastopnik naročitelju v enem letu po prenehanju pogodbenega razmerja sporočiti, da bo zahteval odpravnino. V nasprotnem primeru pravico do odpravnine izgubi (drugi odstavek 835. člena OZ). Tudi Agentska direktiva določa, da trgovski zastopnik izgubi pravico do nadomestila iz drugega odstavka 17. člena ali pravico o odškodnine iz tretjega odstavka 17. člena, če v enem letu od prenehanja veljavnosti pogodbe ne obvesti naročitelja, da namerava uveljavljati svoje pravice (peti odstavek 17. člena Agentske direktive).

Že iz same dikcije OZ in Agentske direktive izhaja, da gre v primeru enoletnega roka za prekluzivni rok, katerega zamuda ima za posledico izgubo pravice do odpravnine. Zakon ne določa, da bi v enoletnem roku moral trgovski zastopnik odpravnino že sodno zahtevati, ampak mora v tem roku naročitelja zgolj izvensodno obvestiti, da bo odpravnino zahteval. Takšno določilo je skladno z določili Agentske direktive in dolžnostjo zastopnika, da obvesti naročitelja, da namerava uveljavljati svoje pravice.²⁸ Trgovski zastopnik je torej dolžan sporočiti oz. napovedati svoj namen, da bo zahteval odpravnino, kar pa še ne pomeni, da je dolžan svoj bodoči zahtevek tudi vrednostno določiti in navesti podrobnejše podatke, ki utemeljujejo odpravnino.²⁹ To lahko stori pisno ali ustno, pri čemer tako nemška teorija³⁰ kakor

²⁸ Nadomestilo oz. po dikciji slovenskega zakona odpravnino.

²⁹ Tako B. Zabel, v: N. Plavšak, M. Juhart et al., 2004, *Obligacijski zakonik (OZ): s komentarjem*, str. 527; enako B. Zabel, v: N. Plavšak (ur.), 2021, *E-paket Obligacije*, razdelek 25.20.8.3. Tako v tuji teoriji tudi: P. Bleutge, 1998, *In fremdem Namen und für fremde Rechnung*; W. H. Roth, v: I. von Koller, P. Kindler, W. H. Roth, K. D. Drüen, 2019, *Handelsgesetzbuch: HGB*, par. 89b HGB, r. št. 20; J. Keffler, v: T. Heidel, A. Schall et al., 2019, *HaKo-HGB*, par. 89b HGB, r. št. 58-59; F. J. Semler, v: M. Martinek, F. J. Semler, E. Flohr (ur.), 2016, *Handbuch des Vertriebsrechts*, par. 22, r. št. 113, in drugi. Tako tudi nemška sodna praksa, npr. nemško Zvezno vrhovno sodišče, VII ZR 103/6 z dne 22. 9. 1969, in avstrijska sodna praksa, npr. Vrhovno sodišče Avstrije, 9 Ob A 91/08k z dne 30. 9. 2009.

³⁰ Npr. W. Küstner, 2003, *Das neue Recht des Handelsvertreters*, str. 88–89.

tudi *Zabel*³¹ opozarjata, da je zaradi stroge sankcije zamude prekluzivnega roka bolje uporabiti pisno obliko, ki bo trgovskemu zastopniku omogočala jasnejši dokaz, da je naročitelja o svoji nameri pravočasno obvestil. Nasprotno stališče, ki ga zastopa *Rotova*,³² da bi moral trgovski zastopnik vrednostno in po temelju opredeliti svoj zahtevek, saj naj bi v nasprotnem primeru šlo za čezmerni poseg v položaj naročitelja, ki ne bi mogel vedeti, v kakšni višini bo trgovski zastopnik postavil zahtevek in ali ga bo dejansko postavil, ne more zdržati. Če govorimo o odpravnini iz Agentske direktive, je jasno, da je prav naročitelj tisti, ki lahko prej kot trgovski zastopnik ve, ali trgovskemu zastopniku pripada odpravnina in v kolikšnem znesku, saj prav on prvenstveno razpolaga z vsemi relevantnimi podatki. Negotovost, ali bo trgovski zastopnik odpravnino dejansko zahteval in morebiti tudi sodno uveljavil, pa ne more biti argument, da bi zato moral trgovski zastopnik v enoletnem roku svojo namero opredeliti tudi po višini. Jasno pa je tudi, da naročitelja v vsakem primeru pred morebitno predolgo neaktivnostjo trgovskega zastopnika varujejo zakonska določila o zastaranju. Pri dveh dodatnih pravicah do odpravnine, ki jih ureja naš pravni red, bi sicer res lahko govorili o tem, da morebiti naročitelj ne bi imel vseh potrebnih informacij, v kolikšni višini bi trgovski zastopnik lahko postavil svoj zahtevek, vendar tudi tu ne vidimo razloga, da bi se zato v teh primerih kakorkoli drugače tolmačilo sicer jasno zakonsko določilo, ki specifikacije zahtevka na plačilo odpravnine po višini ne zahteva oz. zahteva zgolj, da trgovski zastopnik naročitelja obvesti o bodoči nameri uveljavljanja pravice.

Gre za enoletni materialni prekluzivni rok, ki sicer v našem pravnem sistemu lahko postane problematičen v primeru smrti trgovskega zastopnika, saj ni določeno njegovo zadržanje, kot je to recimo zgolj za takšne primere določeno v Nemčiji.³³ V Avstriji pa je po stališču Vrhovnega sodišča celo dopustno sporazumno podaljšanje tega prekluzivnega enoletnega roka, in sicer največ do treh let, kolikor traja zastaralni rok.³⁴

Poleg tega morajo biti za pridobitev pravice do odpravnine izpolnjene tudi druge zakonske predpostavke, ki pa z vidika Agentske direktive ne smejo delovati

³¹ B. Zabel, v: N. Plavšak, M. Juhart et al., 2004, Obligacijski zakonik (OZ): s komentarjem, str. 527; enako B. Zabel, v: N. Plavšak (ur.), 2021, E-paket Obligacije, razdelek 25.20.8.3.

³² P. Rot, 2016, Upravičenost do odpravnine ob prenehanju distribucijskega razmerja, str. 82.

³³ K. H. Thume, v: W. Küstner, K. H. Thume, 2014, Handbuch des gesamten Vertriebsrechts, str. 158, r. št. 124; W. H. Roth, v: I. von Koller, P. Kindler, W. H. Roth, K. D. Drüen, 2019, Handelsgesetzbuch: HGB, par. 89b HGB, r. št. 20.

³⁴ Vrhovno sodišče Avstrije, 4 Ob 90/82 z dne 13. 7. 1982.

omejevalno. Tako se npr. lahko postavi vprašanje, ali v primeru, da zastopnik v registru nima vpisane dejavnosti zastopanja, ni upravičen do odpravnine, saj ga v tem primeru glede na določilo drugega odstavka 807. člena OZ, ki določa, da je trgovski zastopnik fizična ali pravna oseba, ki samostojno in s pridobitnim namenom opravlja zastopanje kot registrirano dejavnost, ni mogoče šteti za zastopnika. Odgovor na to vprašanje daje sodna praksa Sodišča EU, iz katere izhaja, da nacionalne določbe, ki veljavnost pogodbe o trgovskem zastopanju pogojujejo z vpisom trgovskega zastopnika v za to določen register, lahko močno ovirajo ustanavljanje in izvajanje pogodb o trgovskem zastopanju med strankami iz različnih držav članic ter so zato s tega vidika v nasprotju s cilji Agentske direktive.³⁵ To pomeni, da določilo drugega odstavka 807. člena OZ, ki za trgovskega zastopnika zahteva opravljanje zastopanja kot registrirane dejavnosti, ne sme vplivati na veljavnost pogodbe o trgovskem zastopanju, ki jo je trgovski zastopnik sklenil s svojim naročiteljem, oz. da to, da zastopnik nima registrirane dejavnosti, ne sme imeti posledic za raven zaščite, ki jo Agentska direktiva zagotavlja trgovskim zastopnikom v odnosih z njihovimi naročitelji.³⁶

5 Odpravnina po prvem v zvezi z drugim in tretjim odstavkom 833. člena OZ

5.1 Osnovna izhodišča

Zabel navaja,³⁷ da je odpravnina utemeljena le, če sta poleg zastopnikovega prejšnjega prizadevanja podani še predpostavki iz prvega odstavka 833. člena OZ, in sicer: znatna naročiteljeva korist in posebne okoliščine.

³⁵ Zadeva C-184/12, *United Antwerp Maritime Agencies (Unamar) NV* proti *Navigation Maritime Bulgare*, ECLI:EU:C:2013:663 (*United Antwerp Maritime*), tč. 38.

³⁶ Tako Sodišče EU v zadevi C-485/01, *Francesca Caprini* proti *Conservatore Camera di Commercio, Industria, Artigianato e Agricoltura (CCIAA)*, ECLI:EU:C:2003:135, tč. 20.

³⁷ B. Zabel, v: N. Plavšak, M. Juhart et al., 2004, *Obligacijski zakonik (OZ) (posebni del)* s komentarjem, str. 518; enako B. Zabel, v: N. Plavšak (ur.), 2021, *E-paket Obligacije*, razdelek 25.20.3.2.

Na drugi strani *Rotova*³⁸ navaja, da ima trgovski zastopnik po prvem odstavku 833. člena OZ pravico do odpravnine, če so kumulativno izpolnjeni naslednji pogoji:

- da je zastopnik med trajanjem razmerja naročitelju pridobil nove stranke ali je občutno povečal posle z dosedanjimi strankami in
- ima naročitelj tudi po prenehanju pogodbe znatne koristi s temi strankami.

Poleg prej navedenega primera je po mnenju *Rotove* trgovski zastopnik upravičen do odpravnine tudi, kadar nista izpolnjena prej navedena pogoja, če bi plačilo odpravnine terjale posebne okoliščine, zlasti zaradi izgubljene provizije pri poslih s temi strankami. Takšno stališče je leta 2018 zavzelo tudi Višje sodišče v Ljubljani. Zapisalo je, da je za pridobitev pravice do odpravnine treba izkazati pridobitev novih strank ali občutno povečanje poslov z dosedanjimi strankami in da ima naročitelj tudi po prenehanju pogodbe znatne koristi s temi strankami, ali pa, da plačilo odpravnine terjajo posebne okoliščine.³⁹ Da pomenska razlaga prvega odstavka 833. člena OZ pritrjuje stališču *Rotove* in Višjega sodišča v Ljubljani, je v svojem mnenju z dne 15. 10. 2020, potrdil tudi *Stabej* s Filozofske fakultete Univerze v Ljubljani.⁴⁰

Že v okviru prvega odstavka 833. člena OZ torej obstajata dve različni poti do odpravnine. Iz gradiva zakonodajnega postopka izhaja, da naj bi zakonodajalec s prvim, drugim in tretjim odstavkom nameraval implementirati nadomestilo, ki ga določa Agentska direktiva v drugem odstavku 17. člena, vendar pa temu ni v celoti sledil. Glede na dikcijo prvega odstavka 833. člena OZ je namreč jasno, da je z besedicama »ali če«, ki sta postavljeni za ločilom (vejico), zakonodajalec hotel doseči dve poti do odpravnine, kar, kot že navedeno, izhaja tudi iz mnenj *Stabeja* in *Rotove* ter iz sodbe Višjega sodišča v Ljubljani. Takšna ureditev je po vsej verjetnosti posledica zmotnega razumevanja besedila Agentske direktive⁴¹ in nemške ureditve na način, da dajeta pravico do odpravnine po vsaki z veznikom »in« ločeni alineji oz. točki, in ne zgolj kumulativno, ob izpolnjevanju vseh pogojev iz točke a) drugega odstavka 17. člena Agentske direktive, tj. iz ločenih alinej, povezanih z veznikom »in«.

³⁸ P. Rot, 2016, Upravičenost do odpravnine ob prenehanju distribucijskega razmerja, str. 40.

³⁹ VSL sodba I Cpg 924/2016 z dne 24. 4. 2018, ECLI:SI:VSLJ:2018:I.CPG.924.2016, tč. 19, smiselno tako pa tudi že VSL sodba I Cp 1200/2012 z dne 16. 1. 2013, ECLI:SI:VSLJ:2013:ICP.1200.2012, tč. 8.

⁴⁰ M. Stabej, 2020, Pomenska interpretacija prvega odstavka 833. člena Obligacijskega zakonika, strokovno mnenje.

⁴¹ Agentska direktiva je bila uradno prevedena v slovenski jezik šele po vstopu Slovenije v EU, tj. po letu 2004.

Na to, da je ureditev iz prvega odstavka 833. člena OZ posledica zmotnega razumevanja točke a) drugega odstavka 17. člena Agentske direktive, vsaj posredno kaže tudi razlaga zakonodajalca, da je bil s tem odstavkom implementiran ravno drugi odstavek 17. člena Agentske direktive. V nasprotnem primeru bi zakonodajalec v času sprejemanja OZ ali kdo izmed teoretikov po njegovem sprejetju zagotovo omenil, da se tudi po prvem v zvezi z drugim in tretjim odstavkom 833. člena OZ odpravnina ureja drugače, kot to določa Agentska direktiva, tako kot je bilo to zapisano glede ureditve odpravnine po četrtem in petem odstavku 833. člena OZ že med zakonodajnim postopkom in kot povzemajo tudi teoretiki.⁴²

Tako je v primeru prvih treh odstavkov 833. člena OZ mogoče zaključiti, da je imel zakonodajalec namen v celoti izpolniti obveznosti, ki v zvezi s tem izhajajo iz Agentske direktive, in ustrezno implementirati ureditev iz Agentske direktive, kar mora sicer po stališču Sodišča EU nacionalno sodišče v konkretnih primerih, ki jih obravnava, domnevati.⁴³ Glede na prej navedeno pa se pri prvem odstavku 833. člena OZ postavlja vprašanje, ali je t. i. skladna oz. lojalna razlaga sploh možna, saj kljub dolžnosti skladne razlage sodišče ne more sprejeti razlage, ki je v nasprotju z določbami nacionalnega prava (*contra legem*). Poleg tega je treba upoštevati, da je zakonodajalec zavestno hotel alternativni možnosti za pridobitev pravice do odpravnine, pri čemer pa je očitno zmotno mislil, da se s tem ustrezno prenaša določilo Agentske direktive, kot je bilo predhodno pojasnjeno.

5.2 Omejitev višine odpravnine

Odpravnina po prvem odstavku 833. člena OZ je po višini omejena s povprečnim letnim zneskom provizije v zadnjih petih letih oz. v ustreznem krajšem časovnem obdobju (tretji odstavek 833. člena OZ). Pri določanju odpravnine pa je treba ustrezno upoštevati tudi provizijo, ki jo je zastopnik dobil za pogodbe, sklenjene po prenehanju razmerja z naročiteljem, in morebitno prepoved konkurenčnega delovanja po prenehanju razmerja z naročiteljem (drugi odstavek 833. člena OZ). V tem delu je treba vsaj opozoriti na nekatere dileme, ki se pojavljajo, vendar te zaradi preobsežnosti na tem mestu ne bodo podrobneje obravnavane. Agentska direktiva, kakor tudi npr. nemška in avstrijska ureditev pri izračunavanju najvišjega dopustnega zneska odpravnine ne govorijo samo o provizijah, pač pa o vseh plačilih, do katerih

⁴² Npr. B. Zabel, v: N. Plavšak, M. Juhart et al., 2004, Obligacijski zakonik (OZ): s komentarjem, str. 521; enako B. Zabel, v: N. Plavšak (ur.), 2021, E-paket Obligacije, razdelek 25.20.5.1.

⁴³ Zadeva C-334/92, Teodoro Wagner Miret proti Fondo de garantía salarial, ECLI:EU:C:1993:945.

je bil upravičen trgovski zastopnik. Če ne bi bilo mogoče doseči interpretacije, da v OZ uporabljeni pojem »provizij« zajema tudi druga plačila, kakor določa Agentska direktiva, bi to zagotovo pomenilo omejevanje pravic trgovskega zastopnika in zagotovo neskladnost z Agentsko direktivo. Problematičen pa je lahko tudi sam časovni okvir plačil. Po tretjem odstavku 833. člena OZ znesek odpravnine ne sme preseči povprečnega letnega zneska provizije v zadnjih petih letih oz. v ustreznem krajšem času od sklenitve pogodbe, Agentska direktiva v slovenskem prevodu pa določa, da znesek nadomestila ne more presegati višine, ki ustreza letnemu nadomestilu, izračunanemu na podlagi letnega povprečja plačil, ki jih je trgovski zastopnik prejemal zadnjih pet let, oz. ustrezno manj, če je bilo pogodbeno razmerje krajše (točka b) drugega odstavka 17. člena Agentske direktive). V slovenskem prevodu Agentske direktive so torej navedena plačila, ki jih je zastopnik prejemal. Besedna zveza »plačila, ki jih je prejemal« nakazuje na to, da bi zastopnik moral ta plačila tudi dobiti plačana v tem obdobju, kar pa je zagotovo sporno. Angleška različica uporablja širši pojem »plačila« in ne »prejeta plačila«. Na angleško različico Agentske direktive se pri svojem tolmačenju sklicuje del nemške teorije,⁴⁴ saj tudi nemška verzija Agentske direktive v nasprotju z nemškim zakonskim določilom vsebuje ožjo dikcijo. Tako kot slovenska različica Agentske direktive namreč uporablja pojem »prejeta plačila«.⁴⁵ Interpretacija Agentske direktive v smislu, da če naročitelj trgovskemu zastopniku ne bi plačal določenih dolžnih mu provizij med pogodbenim razmerjem, se ta ne bi štela v izračun najvišjega dopustnega zneska nadomestila, je vsekakor napačna. Poleg tega je tudi naše zakonsko določilo širše in dopušča širšo razlago, vprašanje pa je, ali bi ga lahko uspešno tolmačili tako široko kakor v nemškem sistemu, v katerem sicer širše zakonsko odločilo drugega odstavka paragrafa 89b HGB, ki določa zgornjo omejitev nadomestila, uporablja pojem »dejavnosti« trgovskega zastopnika v zadnjih petih letih oz. v ustrezno krajšem obdobju. Če ni tako, bi lahko prišlo do oškodovanja trgovskega zastopnika zlasti v primeru krajših pogodbenih razmerij.⁴⁶ Nemško Zvezno vrhovno sodišče je zavzelo tudi jasno stališče, da ni pomembno, ali so bila plačila dejansko opravljena, zato je treba v izračun vključiti tudi morebiti zastarane zahtevke.⁴⁷

⁴⁴ R. Emde, 2014, Vertriebsrecht, par. 89b HGB, r. št. 285; P. Meier, v: C. Herresthal, M. Henssler, M. Paschke (ur.), 2020, BeckOGK, po stanju 15. 5. 2020, par. 89b HGB, r. št. 136.1.

⁴⁵ Iz tega lahko sklepamo, da se je v slovenski jezik prevajala nemška različica Agentske direktive.

⁴⁶ Sodba nemškega Zveznega vrhovnega sodišča, VIII ZR 16/96 z dne 23. 10. 1996.

⁴⁷ Sodba nemškega Zveznega vrhovnega sodišča, I ZR 34/79 z dne 22. 5. 1981.

Prav tako je potrebna previdnost pri zakonski zahtevi upoštevanja morebitne prepovedi konkurenčnega delovanja po prenehanju razmerja z naročiteljem, zlasti pri morebitnem zgledovanju po nemški teoriji in sodni praksi, ki se v tem delu zaradi drugačne zakonske ureditve razlikuje. Nemška ureditev namreč ne dopušča, da bi trgovskega zastopnika po prenehanju pogodbenega razmerja zavezovala konkurenčna prepoved, če zastopnik za to ne prejme ustreznega nadomestila. Torej je to razmerje v Nemčiji urejeno posebej, in sicer izven ureditve nadomestila, ter nima vpliva na določanje in na višino nadomestila.⁴⁸ Slovenska ureditev pa v 836. členu OZ dopušča konkurenčno prepoved tudi, če trgovski zastopnik ni upravičen do kakršnegakoli nadomestila. Leta 2001 se je v zvezi s tem izreklo tudi Vrhovno sodišče RS, ki je konkurenčne klavzule brez dogovorjene odmene opredelilo kot dopustne.⁴⁹ Sodba je bila sicer izdana pred uveljavitvijo OZ, z vidika Agentske direktive pa bi bilo zdaj takšno stališče lahko sporno zlasti v delu, kjer se dopušča, da trgovski zastopnik za spoštovanje konkurenčne prepovedi ne dobi nadomestila, čeprav ni ravnal kakorkoli nedopustno. Gre recimo za primer, ko preneha pogodba za določen čas ali pa ko pogodbo redno odpove naročnik brez kakršnihkoli razlogov na strani trgovskega zastopnika.⁵⁰

Dokler torej to določilo ne bo spremenjeno, je treba to ustrezno upoštevati vsaj pri določanju višine odpravnine, kar določa že drugi odstavek 833. člena OZ.⁵¹ To pa bi bilo treba glede na našo ureditev konkurenčne prepovedi – za razliko od nemške ureditve – v vsakem primeru presoјati v okviru pravičnosti, četudi izrecnega zakonskega določila v zvezi s tem ne bi bilo.

⁴⁸ P. Meier, v: C. Herresthal, M. Henssler, M. Paschke (ur.), 2020, BeckOGK, po stanju 15. 5.2020, par. 89b HGB, r. št. 123; R. Emde, 2014, Vertriebsrecht, par. 89b HGB, r. št. 198. Drugače pa: M. Balke, S. E. de Groot, Der Handelsvertreterausgleich nach § 89 b HGB im Umbruch, 2010, str. 1553.

⁴⁹ VSRS sodba II Ips 565/2000 z dne 14. 6. 2001, ECLI:SI:VSRS:2001:II.IPS.565.2000.

⁵⁰ Redne odpovedi pogodbenega razmerja s strani naročitelja ni mogoče šteti v zakonske okvire prenehanja pogodbe zaradi razlogov na strani naročitelja. Tako B. Zabel, v: N. Plavšak, M. Juhart et al., 2004, Obligacijski zakonik (OZ): s komentarjem, str. 533; enako B. Zabel, v: N. Plavšak (ur.), 2021, E-paket Obligacije, razdelek 25.21.3.1., s čimer se ne strinjamo.

⁵¹ Drugi odstavek 833. člena OZ: »Pri določanju odpravnine je treba ustrezno upoštevati tudi provizijo, ki jo je zastopnik dobil za pogodbe, sklenjene po prenehanju razmerja z naročiteljem in morebitno prepoved konkurenčnega delovanja po prenehanju razmerja z naročiteljem.«

5.3 Odpravnina po prvem delu prvega odstavka 833. člena OZ

5.3.1 Predpostavke za pridobitev pravice do odpravnine

Trgovski zastopnik ima pravico do odpravnine, če je med trajanjem pogodbenega razmerja naročitelju pridobil nove stranke ali je občutno povečal posle z dotedanji naročiteljevimi strankami in ima naročitelj tudi po prenehanju pogodbe znatne koristi s temi strankami.

V tem delu je to določilo sicer skladno s prvo alinejo točke a) drugega odstavka 17. člena Agentske direktive, ki določa, da ima trgovski zastopnik pravico do nadomestila, če in kolikor je naročitelju priskrbel nove stranke ali razširil poslovne stike z obstoječimi strankami in naročitelj še uživa velike prednosti pri poslih s temi strankami, vendar pa manjka določilo o pravičnosti, ki ga druga alineja točke a) drugega odstavka 17. člena Agentske direktive poleg predhodno omenjenega zahteva kumulativno.⁵² Čeprav v slovenski ureditvi načelo pravičnosti ni izrecno omenjeno, pa je to načelo tudi po stališču teoretikov treba upoštevati. Po *Zabelovem* mnenju mora načelo pravičnosti veljati tudi glede odpravnine, podobno kot je to določeno za provizijo v petem odstavku 823. člena OZ, pri čemer pa mora biti ta omejena na gospodarske učinke razmerja med naročiteljem in zastopnikom.⁵³ *Rotova* ugotavlja, da se določba OZ ne sklicuje izrecno na načelo pravičnosti, ki ga je treba upoštevati pri odločanju o odpravnini,⁵⁴ *Konjarjeva* pa meni, da bi bilo načelo pravičnosti treba vnesti v 833. člen OZ, da se ne bi zgodilo, da sodišča tega načela ne bi upoštevala.⁵⁵ Ne nazadnje pa si lahko pomagamo tudi z določili splošnega dela OZ, npr. z načelom vestnosti in poštenja, za katerega *Dolenc* navaja, da je nujno potrebno dopolnilo k nepopolni zakonski ali pogodbeni ureditvi obligacijskih razmerij, v skrajnem primeru pa tudi nepogrešljiv korektiv njunih neustreznih rešitev, pri čemer sodna praksa ne izkorišča dovolj zmogljivosti, ki jo načelo omogoča. *Dolenc* tako poziva k zgledovanju po nemškem pravnem področju.⁵⁶

⁵² Da je plačilo tega nadomestila (odpravnine) ob upoštevanju vseh okoliščin ustrezno, predvsem glede provizije, za katero je trgovski zastopnik prikrajšan in ki izhaja iz poslov s temi strankami.

⁵³ B. Zabel v: N. Plavšak, M. Juhart et al., 2004, *Obligacijski zakonik (OZ): s komentarjem*, str. 520; enako B. Zabel, v: N. Plavšak (ur.), 2021, *E-paket Obligacije*, razdelek 25.20.3.5.

⁵⁴ P. Rot, 2016, *Upravičenost do odpravnine ob prenehanju distribucijskega razmerja*, str. 40.

⁵⁵ M. Konjar, *Pravica trgovskega zastopnika do odpravnine*, 2008, str. 75–94.

⁵⁶ M. Dolenc, *Načelo vestnosti in poštenja v sodni praksi*, 2013, str. 35–45.

Takšnega določila o pravičnosti v samem zakonskem besedilu člena, ki neposredno ureja pravico trgovskega zastopnika do nadomestila, prav tako nima belgijska ureditev, ki je v tem delu skoraj identična slovenski ureditvi. Sodišče EU sicer ni neposredno presojalo določila belgijskega zakona,⁵⁷ ki omenja nadomestilo, se je pa v zadevah *Quenon*⁵⁸ ter *United Antwerp Maritime Agencies* posredno ukvarjalo s temi zakonskimi določili, pri čemer Sodišče EU in generalni pravobranilec nista niti z besedico omenila kakršnekoli neskladnosti belgijske ureditve z Agentsko direktivo. Prav tako je tudi Komisija EU v poročilu o izvajanju 17. člena Agentske direktive navedla, da je Belgija v 20. členu zakona, ki je začel veljati 12. junija 1995, implementirala pravico do nadomestila trgovskemu zastopniku in s tem izpolnila svojo zavezo iz direktive.⁵⁹ Tudi v belgijski sodni praksi ni zaznati, da bi se pojavljala kakršnakoli vprašanja v zvezi s skladnostjo določil o odpravnini z evropsko ureditvijo.⁶⁰

5.3.2 Postopek določitve višine odpravnine

Pri pravici do odpravnine po prvem delu prvega odstavka 833. člena OZ si je glede na to, da gre v tem delu za implementacijo točke a) drugega odstavka 17. člena Agentske direktive, ob določanju višine odpravnine treba pomagati z bogato evropsko in primerljivo tujo teorijo in sodno prakso ter izhajati iz nje. Celo Komisija EU je v poročilu iz leta 1996 priporočila, da naj bo bogata sodna praksa, ki se je izoblikovala v Nemčiji vse od leta 1953, v pomoč drugim sodiščem v državah članicah.⁶¹

⁵⁷ Prvi, drugi, tretji in četrti odstavek 20. člena Zakona o trgovskem zastopanju z dne 13. 4. 1995 in prvi, drugi, tretji in četrti odstavek sedanjega člena X.18 Gospodarskega zakonika (Code de droit économique/Wetboek van economisch recht), Knjiga X, Poglavje 1:

»Po prenehanju pogodbe ima trgovski zastopnik pravico do odpravnine, če je naročitelju priskrbel nove stranke ali razširil poslovne stike z obstoječimi strankami in naročitelj še uživa velike prednosti v poslih s temi strankami. Če pogodba vsebuje konkurenčno klavzulo, se šteje, da naročitelj uživa velike prednosti, razen če se ne dokaže drugače.

Znesek odpravnine se določi ob upoštevanju obsega razširitve poslovnih stikov in pridobljenih strank. Odpravnina ne sme presegati zneska enoletnega plačila, izračunanega na podlagi povprečja zadnjih petih let, ali če je pogodba trajala manj kot pet let, na podlagi povprečja preteklih let.«

⁵⁸ Zadeva C-338/14, *Quenon K. SPRL* proti *Beobank SA* in *Metlife Insurance SA*, ECLI:EU:C:2015:795 (*Quenon*).

⁵⁹ Report on the Application of article 17 of Council Directive of 18 December 1986 on the Coordination of the Laws of the Member States Relating to Self-Employed Commercial Agents (86/653/EEC), 1996, Annex A, str. 11 in Annex B, str. 13.

⁶⁰ P. Lefebvre, v: M. Martinek, F. J. Semler, E. Flohr (ur.), 2016, *Handbuch des Vertriebsrechts*, par. 59. Belgien, r. št. 20, 21, 23, ter tam citirana sodna praksa.

⁶¹ Report on the Application of Article 17 of Council Directive of 18 December 1986 on the Coordination of the Laws of the Member States Relating to Self-Employed Commercial Agents (86/653/EEC), 1996, str. 1.

Tako je npr. Sodišče EU že v sodbah *Semen*⁶² in *Quenon*⁶³ zavzelo jasno stališče, da se sistem nadomestila za stranke, določen v drugem odstavku 17. člena Agentske direktive, deli na tri faze. Cilj prve izmed teh faz je v skladu z določbo prve alineje točke a) drugega odstavka 17. člena kvantificirati koristi, ki jih naročitelj ima iz poslov s strankami, ki jih je pridobil trgovski zastopnik. Cilj druge faze⁶⁴ je v skladu z drugo alinejo te določbe preveriti, ali je znesek, določen na podlagi zgoraj navedenih meril, ustrezen, in sicer ob upoštevanju vseh okoliščin tega primera, še zlasti pa provizije, za katero je prikrajšan trgovski zastopnik. To je t. i. faza presoje pravičnosti. V zadnji, tretji fazi se za znesek nadomestila uporabi zgornja meja, določena v točki b) drugega odstavka 17. člena Agentske direktive, pri čemer se ta upošteva zgolj v primeru, če jo znesek, izračunan v prejšnjih dveh fazah, presega.

Opozoriti velja, da gre za zelo poenostavljen prikaz izračuna odpravnine, saj že samo Poročilo Komisije EU prvo fazo deli na štiri podfaze, v okviru katerih je skladno z drugo alinejo točke a) drugega odstavka 17. člena Agentske direktive najprej treba ugotoviti število novih strank in povečanje obsega posla z obstoječimi strankami. Ko so stranke na ta način identificirane, je treba izračunati bruto provizijo⁶⁵ s temi strankami (tj. z novimi in obstoječimi, s katerimi se je posel občutno povečal) za zadnjih 12 mesecev trajanja pogodbe o trgovskem zastopanju. Poročilo navaja, da posebne okoliščine lahko upravičujejo odstop od tega, med drugim v primeru dolgega začetnega obdobja. Tu je treba dodati, da se od tega pravila odstopi predvsem v primerih, ko obdobje zadnjih 12 mesecev ne prikaže tipičnega poslovanja oz. ko se v tem zadnjem obdobju promet zaradi takšnih ali drugačnih posebnih okoliščin bistveno začasno poveča ali zmanjša. V takem primeru je za osnovo treba vzeti povprečje večletnega obdobja.⁶⁶

Nato je treba narediti oceno verjetnega trajanja koristi naročitelja, ki izhajajo iz poslov z novimi strankami in poslov z že obstoječimi strankami, s katerimi so se posli občutno povečali. Kot navaja Poročilo, je namen napovedati, koliko časa bodo verjetno trajali posli z novimi in z obstoječimi strankami, s katerimi so se posli občutno povečali. Zelo pomembno je časovno obdobje predvidenih koristi.

⁶² Zadeva C-348/07, *Turgay Semen* proti Deutsche Tamoil GmbH, ECLI:EU:C:2009:195 (*Turgay Semen*), tč. 19.

⁶³ Zadeva *Quenon*, tč. 28.

⁶⁴ T. i. presoja pravičnosti.

⁶⁵ Vključuje tudi davek na dodano vrednost, tako med drugim: W. H. Roth, v: I. von Koller, P. Kindler, W. H. Roth, K. D. Drüen, 2019, *Handelsgesetzbuch: HGB*, par. 89b HGB, r. št. 14b, in sodba Višjega deležnega sodišča v Karlsruheju, AZ. 9 U 9/15, z dne 14. 7. 2017.

⁶⁶ Sklepni predlogi generalnega pravobranilca M. Poiresa Madura, predstavljeni 19. novembra 2008 v zadevi C-348/07, ECLI:EU:C:2008:635, tč. 28, in R. Emde, 2014, *Vertriebsrecht*, par. 89b, r. št. 397 in 398.

Naročitelj se bo običajno zavzemal za čim krajše obdobje, trgovski zastopnik pa čim daljše. Tega obdobja ni možno določiti kar za vsa razmerja enako, ker se zvestoba kupcev močno razlikuje glede na izdelek, panogo in strukturo pogodbenega razmerja.⁶⁷ Poročilo navaja običajno trajanje obdobja od dveh do treh let, tudi do petih let,⁶⁸ pri čemer pa je to obdobje v določenih primerih lahko tudi daljše. Na primer pri prodaji viličarjev je sodišče ugotovilo in določilo 13-letno obdobje.⁶⁹ Predvideti je treba, koliko časa povprečno naj bi se nadaljevalo pogodbeno razmerje z novimi strankami in strankami, s katerimi je pomembno povečal sodelovanje trgovski zastopnik. Za izračun predvidenega obdobja je odločilno predvideno trajanje poslovnega odnosa, kot ga je mogoče pričakovati na podlagi izkušenj, ki temeljijo na posebnostih posamezne panoge, tržnih pogojih in nihanjih strank.⁷⁰

Naslednji element, ki ga v okviru prve faze omenja Poročilo, je upoštevanje stopnje migracije strank. Kot se poudarja v Poročilu, je znano, da bodo čez čas stranke izgubljene, saj po naravnem teku stvari odidejo k drugemu ponudniku. Tu je treba vsekakor dodati, da ni nujno, da odidejo k drugemu ponudniku, pač pa nekatere lahko tudi prenehajo delovati ipd. Po navedbah v poročilu se stopnja migracije izračuna kot odstotek provizije na letni ravni, pri čemer se upoštevajo okoliščine in izkušnje konkretnega situacije oz. predmeta zastopanja. Stopnja migracije se seveda razlikuje glede na vsak posamični primer. Primeroma Poročilo navaja, da je v enem izmed primerov nemško Zvezno vrhovno sodišče ocenilo, da je bila letna stopnja migracije 38-odstotna.⁷¹ Kot razberemo iz omenjene sodbe, je šlo za sesalnike za prah, torej v takratnih časih za blago z daljšo življenjsko dobo, pri katerem je bilo poleg že omenjene stopnje migracije strank določeno petletno obdobje naročiteljevih koristi. Izračunavanje tega obdobja pa je lahko tudi precej bolj natančno, kadar so na voljo vsi relevantni podatki. Pri tem lahko torej dobimo dosti boljši odraz hipotetične prihodnosti, kajti tako kot je nesporno, da se bi naročila

⁶⁷ P. Meier, v: C. Herresthal, M. Henssler, M. Paschke (ur.), 2020, BeckOGK, po stanju 15. 5. 2020, par. 89b HGB, r. št. 80; R. Emde, 2014, Vertriebsrecht, par. 89b HGB, r. št. 145; G. von Hoyningen-Huene, v: K. Schmidt (ur.), 2016, MüKoHGB, par. 89b HGB, r. št. 82.

⁶⁸ Report on the Application of Article 17 of Council Directive of 18 December 1986 on the Coordination of the Laws of the Member States Relating to Self-Employed Commercial Agents (86/653/EEC), 2007, str. 3, dostopno na: <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/2f6e5054-a18f-4f39-9be7-a9c67ad9636d> (1. 9. 2021).

⁶⁹ Sodba nemškega Zveznega vrhovnega sodišča, I ZR 142/89 z dne 31. 1. 1991.

⁷⁰ Sodba Višjega deželnega sodišča v Düsseldorfu, I-16 U 191/09 z dne 25. 6. 2010, sklicujoč se na sodbo nemškega Zveznega vrhovnega sodišča, I ZR 173/91 z dne 15. 10. 1992.

⁷¹ Sodba nemškega Zveznega vrhovnega sodišča, VIII ZR 94/93 z dne 23. 2. 1994.

posameznih strank v prihodnosti zmanjševala ali prenehala, je dejstvo tudi, da se bodo naročila nekaterih strank po drugi strani povečevala.⁷²

Kot četrti del prve faze je treba izvesti še diskontiranje. Pri tem lahko rečemo, da gre dejansko za prihodke, ki bi jih trgovski zastopnik sicer prejemal v prihodnosti, zato jih je treba temu ustrezno diskontirati ne glede na to, kdaj se plača odpravnina, in ne glede na morebiten dolg pravdni postopek.⁷³ Kot navaja nemško Zvezno vrhovno sodišče, splošne formule za izračun diskontiranja ni. Vsak izračun zneska popusta vodi le do približne vrednosti, katere ustreznost mora sodnik oceniti kot v primerih ocene škode. Nemško Zvezno vrhovno sodišče je vedno poudarjalo, da lahko sodnik svobodno izbira med metodami diskontiranja, ki se uporabljajo v praksi, in je zato tudi večkrat odobrilo način izračuna po *Gillardonu*.⁷⁴ Poleg izračuna po *Gillardonu* pa se uporablja tudi izračun po *Hoffmannu*.⁷⁵

Poročilo v drugi fazi izračuna navaja samo, da se mora v prvi fazi dobljeni znesek prilagoditi iz razlogov pravičnosti. Če pogledamo v Poročilu navedene dejavnike, ki naj bi se upoštevali pri presoji pravičnosti, ugotovimo, da bi se v prvi fazi dobljeni zneski iz razlogov pravičnosti lahko znižali ali zvišali. Kot lahko razberemo iz večine nemške teorije⁷⁶ in sodne prakse,⁷⁷ zvišanje ni dopustno, saj naj ne bi smela biti presežena v prvi fazi izračunana naročiteljeva korist. V zvezi s tem se Sodišče EU do zdaj še ni izreklo, je pa lahko to morebiti sporno. Kot že omenjeno, se naročiteljeve bodoče koristi izračunavajo s pomočjo zastopnikovih bodočih izgubljenih provizij. S tem sicer ni nič narobe, je pa dejstvo, da je Sodišče EU⁷⁸ zavzelo stališče, da se z višino izgubljenih provizij ne sme omejevat višine nadomestila, kar je ne nazadnje vodilo tudi do korekcije nemškega zakonskega določila leta 2009. Od takrat so izgubljene provizije upoštevane le še kot eden izmed kriterijev v okviru presoje pravičnosti. Število drugih okoliščin, ki jih lahko

⁷² Npr. M. Nocker, 2015, HVertrG – Handelsvertretergesetz 1993, par. 24, r. št. 883–905.

⁷³ Tako tudi sodba nemškega Zveznega vrhovnega sodišča, I ZR 269/88 z dne 8. 11. 1990.

⁷⁴ Sodba nemškega Zveznega vrhovnega sodišča, VIII ZR 194/06 z dne 12. 9. 2007, sodba nemškega Zveznega vrhovnega sodišča, VIII ZR 58/00 z dne 10. 7. 2002, sodba nemškega Zveznega vrhovnega sodišča, VIII ZR 150/96 BGH z dne 6. 8. 1997 in sodba nemškega Zveznega Vrhovega sodišča, VIII ZR 92/96 z dne 6. 8. 1997.

⁷⁵ R. Emde, 2014, Vertriebsrecht, str. 1534, r. št. 425, tako tudi sodba nemškega Zveznega vrhovnega sodišča, III ZR 308/89 z dne 10. 10. 1991.

⁷⁶ P. Meier, v: C. Herresthal, M. Henssler, M. Paschke (ur.), 2020, BeckOGK, po stanju 15.5.2020, par. 89b HGB r. št. 91 in r. št. 91.1; W. H. Roth, v: I. von Koller, P. Kindler, W. H. Roth, K. D. Drüen, 2019, Handelsgesetzbuch: HGB, par. 89b, r. št. 8.

⁷⁷ Sodba nemškega Zveznega vrhovnega sodišča, I ZR 173/91 z dne 15. 10. 1992, sodba nemškega Zveznega Vrhovnega sodišča, I ZR 39/79 z dne 27. 2. 1981, sodba nemškega Zveznega Vrhovnega sodišča, I ZR 154/74 z dne 26. 11. 1976.

⁷⁸ Zadeva *Turay Semen*.

obravnavamo v okviru presoje pravičnosti, je praktično neomejeno, zato je nemogoče naštetati ali predstaviti vse.⁷⁹ Presoja pravičnosti mora in sme zaobjeti vse relevantne okoliščine; posebej se presoja vsak konkretni, posamezni primer in njegovo dejansko stanje. Pravičnost je vsekakor razumeti široko. Ne vključuje le dejansko sklenjenih sporazumov med strankama, ampak tudi vse druge vidike, povezane s sporazumom, njegovo sklenitvijo, odpovedjo, njegovo izpolnitvijo ali katerikoli drugo okoliščino, ki se pojavi v zvezi z vsem tem.⁸⁰ Niso pomembni le pravni vidiki, ampak seveda tudi dejanski razlogi.⁸¹ V večini je prav tako sprejeto stališče, da okoliščine, ki nimajo zveze s pogodbenim razmerjem oz. jih zakon ne omenja posebej, ne morejo vplivati na presojo pravičnosti.⁸² Časovna točka, na kateri mora o tem odločati sodišče, je prenehanje pogodbenega razmerja,⁸³ torej enako kot pri presoji naročiteljevih prednosti (koristi); ne glede na to, ali se sodna odločitev sprejema kasneje ter je torej treba upoštevati tisto, kar je obstajalo v času prenehanja pogodbenega razmerja in kar je bilo mogoče tedaj predvidevati.⁸⁴

Po uporabi načela pravičnosti pa se tako dobljeni znesek odpravnine preizkusi le še v okviru maksimalno dopustnega zneska odpravnine, ki se ga ne sme preseči.

5.4 Odpravnina po drugem delu prvega odstavka 833. člena OZ

5.4.1 Predpostavke za pridobitev pravice do odpravnine

Do odpravnine je trgovski zastopnik upravičen tudi, če bi plačilo odpravnine terjale posebne okoliščine, zlasti izgubljene provizije pri poslih s temi strankami. V tem delu gre dejansko za načelo pravičnosti iz druge alineje točke a) drugega odstavka 17. člena Agentske direktive, ki, kot pojasnjeno v poglavju 5.1, po dikciji prvega odstavka 833. člena OZ predstavlja samostojno podlago za pridobitev pravice do odpravnine, v Agentski direktivi pa, kot omenjeno, načelo pravičnosti ne predstavlja

⁷⁹ G. Löwisch, v: D. Joost, L. Strohn (ur.), 2020, EBJS Kommentar, par. 89b HGB, r. št. 150.

⁸⁰ Prav tam. R. Emde, 2014, Vertriebsrecht, par. 89b HGB, r. št. 197.

⁸¹ P. Meier, v: C. Herresthal, M. Henssler, M. Paschke (ur.), 2020, BeckOGK, po stanju 15. 5. 2020, par. 89b HGB, r. št. 96.

⁸² P. Meier, v: C. Herresthal, M. Henssler, M. Paschke (ur.), 2020, BeckOGK, po stanju 15. 5. 2020, par. 89b HGB, r. št. 97; J. Busche, v: H. Oetker (ur.), 2019, Handelsgesetzbuch: HGB Kommentar, par. 89b HGB, r. št. 18; K. J. Hopt, v: A. Baumbach, K. J. Hopt, 2020, Hopt Handelsgesetzbuch, par. 89b HGB, r. št. 25, idr.

⁸³ R. Emde, 2014, Vertriebsrecht, par. 89b HGB, r. št. 197; G. Löwisch, v: D. Joost, L. Strohn (ur.), 2020, EBJS Kommentar, par. 89b HGB, r. št. 151. Drugače pa G. Schröder, v: F. Schlegelberger (ur.), 1973, Handelsgesetzbuch Kommentar, par. 89b HGB, r. št. 18.

⁸⁴ Prav tam.

samostojne podlage za pridobitev pravice do odpravnine, ampak se to presoja znotraj pogoja iz prve alineje točke a) drugega odstavka 17. člena Agentske direktive.

V zvezi s tem določilom sta ključni predvsem dve vprašanji, in sicer katere so lahko posebne okoliščine, ki bi terjale plačilo odpravnine, poleg izgubljenih provizij pri poslih s temi strankami,⁸⁵ ter kako in na kakšnih podlagah ter predpostavkah se odpravnina izračunava v teh primerih. Poleg tega pa se – glede na to, da gre v tem primeru za dodatno pravico do odpravnine, ki je Agentska direktiva ne določa – postavlja tudi vprašanje skladnosti tega določila z Agentsko direktivo.

5.4.2 Vsebina zakonskega pojma »posebne okoliščine«

Glede na zakonsko dikcijo po našem mnenju ne gre za dejansko stanje, pri katerem bi bile kumulativno predhodno izpolnjene predpostavke iz prvega dela prvega odstavka 833. člena OZ, torej da je trgovski zastopnik naročitelju pridobil nove stranke ali občutno povečal posle z dotedanjimi strankami (prvi pogoj), s katerimi ima naročitelj tudi po prenehanju pogodbe znatne koristi (drugi pogoj). V primerih, ko sta oba prehodno navedena pogoja izpolnjena kumulativno, ima trgovski zastopnik pravico do odpravnine po prvem delu prvega odstavka 833. člena OZ, ki je bila opisana v predhodnem poglavju. Če pa nobeden od prej navedenih dveh pogojev ni izpolnjen ali pa ni vsaj izpolnjen drugi pogoj, je lahko trgovski zastopnik upravičen do odpravnine po drugi, dodatni alternativni varianti, če plačilo odpravnine terjajo posebne okoliščine, zlasti izgubljene provizije pri poslih s temi strankami.

To po našem mnenju potrjuje tudi dejstvo, da se v primeru prvega dela prvega odstavka 833. člena OZ že v okviru presoje pravičnosti obravnava in upošteva tudi te iste posebne okoliščine in tudi druge relevantne okoliščine. V okviru nemškega in avstrijskega prava se dopušča, da se v okviru presoje pravičnosti lahko znesek predhodno izračunanega nadomestila le zniža in ne tudi poviša. S tem stališčem se ne strinjamo, saj se je v primeru obstoja posebnih okoliščin, na podlagi katerih je mogoče utemeljeno pričakovati, da bi se z njihovim upoštevanjem v korist trgovskega zastopnika in torej s povišanjem nadomestila, mogoče bolj približati

⁸⁵ Nove stranke, ki jih je naročitelju pridobil trgovski zastopnik, in dotedanje stranke, s katerimi je naročitelju trgovski zastopnik občutno povečal posle.

realnim prihodnjim naročiteljevim koristim, in ni videti razloga, da se to ne bi dopuščalo.

Če torej obstajajo vse predpostavke po prvem delu prvega odstavka 833. člena OZ, je po našem mnenju trgovski zastopnik upravičen do odpravnine po prvem delu prvega odstavka 833. člena OZ in se morajo vse posebne okoliščine presoјati v okviru načela pravičnosti, pri čemer se lahko v okviru presoје pravičnosti znesek odpravnine zviša ali zniža. Če pa vse predpostavke po prvem delu prvega odstavka niso izpolnjene, potem ima trgovski zastopnik možnost uveljavljati odpravnino po drugem delu drugega odstavka 833. člena OZ, če seveda obstojijo posebne okoliščine, ki same po sebi terjajo plačilo odpravnine.

5.4.3 Postopek določitve višine odpravnine

Če poleg posebnih okoliščin, ki terjajo odpravnino, obstajajo tudi nove stranke, ki jih je naročitelju pridobil trgovski zastopnik, ali dotedanje stranke, s katerimi je naročitelju trgovski zastopnik občutno povečal posle, potem se je pri izračunu temelja za odpravnino mogoče opreti tudi na Agentsko direktivo, priporočila v zvezi z njenimi izračuni in primerljivo sodno prakso. Ob predpostavki novih strank in/ali občutnega povečanja poslovanja z obstoječimi strankami je mogoče izračunati izhodišče odpravnine. Nadalje pa je smiselna uporaba odvisna od različnih dejanskih stanov. S tem zakonskim določilom so namreč zaobseženi primeri, ko naročitelj po prenehanju pogodbe nima znatnih koristi⁸⁶ s temi strankami ali pa koristi sploh nima. V primerih, ko so torej koristi naročitelja sicer podane, vendar jih ni mogoče subsumirati pod pojem »znatnih koristi«,⁸⁷ se lahko smiselno uporabi prognoza trajanja takšnih bodočih koristi. V tem pogledu je mogoče tudi smiselno izpeljati naslednjo fazo izračuna odpravnine, skladno z evropsko in primerljivo tujo sodno prakso. Kadar koristi naročitelja sploh ni, pa to seveda ne more priti v poštev in si bo treba pomagati prvenstveno s tisto posebno okoliščino in tistimi posebnostmi, ki so sploh pripeljale do pravice do odpravnine.

⁸⁶ Slovenski prevod Agentske direktive uporablja termin velike prednosti, nemško in avstrijsko zakonsko določilo pa termin znatne prednosti.

⁸⁷ Prednosti, ki skupno ne presegajo zneska 1000 evrov, ni mogoče šteti za znatne, to pa pomeni malo več kot 3 odstotke letne povprečne bruto plače v Nemčiji, tako med drugim R. Emde, 2014, Vertriebsrecht, par. 89b, r. št. 141.

V primeru obstoja zakonsko posebej izpostavljene posebne okoliščine, tj. izgubljene provizije pri poslih s temi strankami, je to posebno okoliščino mogoče ustrezno ovrednotiti in upoštevati. To velja tako v primerih, ko ne obstajajo koristi naročitelja, kakor tudi v primerih, ko koristi sicer obstajajo, ampak so takšne, da ne dosegajo zakonskega znaka znatnosti. V praksi se namreč lahko zgodi, da je trgovski zastopnik pridobil naročitelju nove stranke ali/in tudi občutno povečal posle z dotedanjsimi strankami, vendar zaradi takšnega ali drugačnega vzroka naročitelj po prenehanju pogodbe nima znatnih koristi s temi strankami. Zlasti v takih primerih bi torej lahko prišlo v poštev v prvem odstavku določeno uveljavljanje dodatne pravice do odpravnine iz razloga posebnih okoliščin.

Uporaba tega določila pa je mogoča tudi v primeru, ko trgovski zastopnik naročitelju sploh ni pridobil novih strank in mu niti ni povečal poslov z dotedanjsimi strankami. Kakšne posebne okoliščine bi morale obstajati v takem primeru in kako bi se v takih primerih določala odpravnina, je velika neznanka. Odgovor na to vprašanje je odvisen od posebnih okoliščin v vsakem posameznem primeru in od interpretacije sodišč. Zagotovo pa bo tista okoliščina, ki bo tako posebna, da bo po oceni sodišča trgovskega zastopnika upravičevala do plačila odpravnine, že sama po sebi vsaj delno nakazovala smer razmišljanja in odločitve v zvezi s tem. Tako je recimo mogoče, da trgovski zastopnik ni pridobil novih strank ali da ni povečal poslov z dotedanjsimi strankami, vendar pa je naročitelju v okviru pogodbenega razmerja omogočil ali pridobil kaj drugega, od česar ima naročitelj trajne ali trenutne koristi. V tem primeru bi lahko šlo za t. i. posebne okoliščine, ki bi trgovskega zastopnika upravičevale do odpravnine. Vsekakor pa se morajo te okoliščine nanašati na samo poslovanje med pogodbenima strankama. Med posebne okoliščine tako ni mogoče šteti osebnih okoliščin na strani trgovskega zastopnika.⁸⁸

Katere bodo v praksi tiste posebne okoliščine, ki bodo utemeljevale pravico do odpravnine, bo v končni fazi razvidno iz prakse slovenskih sodišč. Je pa mogoče z gotovostjo zaključiti, da morajo biti te posebne okoliščine takšne, da je zaradi njih pravično, da zastopnik dobi odpravnino.⁸⁹

⁸⁸ Tako tudi (sicer v okviru uporabe načela pravičnosti) B. Zabel v: N. Plavšak, M. Juhart et al., 2004, Obligacijski zakonik (OZ): s komentarjem, str. 520; enako B. Zabel, v: N. Plavšak (ur.), 2021, E-paket Obligacije, razdelek 25.20.3.5.

⁸⁹ Prav tam.

Do dodatne pravice do odpravnine je torej trgovski zastopnik upravičen v primeru obstoja posebnih okoliščin, ki upravičujejo plačilo odpravnine. Te okoliščine morajo biti tako pomembne oz. močne, da je prav zaradi njih trgovski zastopnik upravičen do te dodatne pravice do odpravnine po drugem delu prvega odstavka 833. člena OZ. Vsekakor morajo te posebne okoliščine odigrati tudi pomembno vlogo pri sami določitvi višine odpravnine. Predhodno je bilo navedeno, da bi se bilo pri določenih dejanskih stanjih mogoče opirati na modele izračunov, ki so uporabljivi pri pravici do odpravnine po prvem delu prvega odstavka 833. člena OZ, kjer temelje črpamo iz evropske in primerljive tuje sodne prakse. Navedeno sicer drži, je pa treba upoštevati, da so pri prvem delu prvega odstavka 833. člena OZ temeljne predpostavke za pridobitev pravice do odpravnine povsem drugačne ter je torej v primeru določanja odpravnine z uporabo dodatne možnosti po drugem delu prvega odstavka treba dati največji poudarek tistim posebnim okoliščinam, ki so sploh pripeljale do pravice do odpravnine, in pri izračunu višine odpravnine prvenstveno izhajati iz njih.

Glede na to, da je bil namen zakonodajalca s prvim odstavkom 833. člena OZ prenesti določila Agentske direktive, se pojavlja vprašanje, ali je tudi pri tej dodatni pravici do odpravnine treba uporabiti načelo pravičnosti. Pri dodatni pravici do odpravnine po drugem delu prvega odstavka 833. člena OZ so posebne okoliščine že same po sebi sploh pogoj za pridobitev pravice do odpravnine. So takšne posebne okoliščine, ki jih je mogoče interpretirati v korist trgovskega zastopnika tako, da je pravično, da pridobi odpravnino, čeprav niso izpolnjeni pogoji iz prvega dela prvega odstavka 833. člena OZ. Gre torej že samo po sebi za nekakšno načelo pravičnosti, ki trgovskemu zastopniku daje samostojno dodatno pravico do plačila odpravnine. Če v konkretnem primeru ne bodo obstajale takšne posebne okoliščine, ki bodo trgovskega zastopnika upravičevale do plačila odpravnine, pravica do odpravnine sploh ne bo nastopila. To pomeni, da je presoja vseh za trgovskega zastopnika posebnih pozitivnih in ugodnih okoliščin potrebna že zato, da se ugotovi, ali je trgovski zastopnik sploh upravičen do odpravnine. Sama presoja (ne)obstoja posebnih okoliščin tako zahteva uporabo načela pravičnosti. Že pri presoji samih posebnih okoliščin, ki bi terjale plačilo odpravnine, je namreč treba opraviti dejansko presojo vseh okoliščin, torej vseh za trgovskega zastopnika pozitivnih in negativnih okoliščin, in tako sploh ugotoviti, ali glede na celotno dejansko stanje obstajajo takšne posebne okoliščine, ki terjajo plačilo odpravnine, in v kakšni višini je trgovski zastopnik upravičen do odpravnine. Poleg tega pa se je v vsakem primeru treba opreti na splošna načela obligacijskega prava, kot je npr. načelo vestnosti in poštenja.

5.4.4 Vprašanje skladnosti ureditve z Agentsko direktivo

Glede same dodatne pravice do odpravnine po drugem delu prvega odstavka 833. člena OZ velja opozoriti še na naslednje. Drugačna ureditev, kot jo zahteva Agentska direktiva, je sicer dopustna, vendar mora biti *ex ante* izključeno, da bi bila za trgovskega zastopnika manj ugodna, kot jo daje ureditev v Agentski direktivi.⁹⁰

Po našem mnenju gre za dodatno alternativno možnost, ki jo zakon daje trgovskemu zastopniku. Torej trgovski zastopnik ima v tem primeru alternativno pravico do odpravnine, ki mu vsekakor pripada, če do odpravnine po prvem delu prvega odstavka 833. člena OZ ni upravičen, in sicer če bi plačilo odpravnine terjale posebne okoliščine, zlasti izgubljene provizije z za odpravnino relevantnimi strankami. Pogoji, ki jih ureja in določa za pridobitev pravice do odpravnine prvi del prvega odstavka 833. člena OZ, so skladni z Agentsko direktivo in je torej alternativna možnost po drugem delu prvega odstavka 833. člena OZ, ki bi bila uporabljena v primerih, ko trgovskemu zastopniku odpravnina po prvi alternativni predvideni možnosti ne pripada, dodatna pravica, ki jo trgovskemu zastopniku zagotavlja slovenska zakonodaja in ki presega minimalne pravice, določene v Agentski direktivi. Torej je v tem primeru tudi *ex ante* izključeno, da bi bila lahko v škodo trgovskega zastopnika.

Pri tem se postavlja tudi vprašanje, ali je takšna ureditev, ki daje dodatno alternativno pravico do odpravnine, v nasprotju s cilji Agentske direktive. Skladno s stališčem Sodišča EU v zadevi *Herios* je cilj pravice do nadomestila iz drugega odstavka 17. člena Agentske direktive z vidika zastopnika predvsem nagraditev. Namen takega nadomestila je nagraditi zastopnika za njegova prizadevanja, če ima naročitelj tudi po prenehanju pogodbe o zastopanju gospodarske koristi od teh prizadevanj.⁹¹ V tem primeru OZ kot pogoj za pridobitev pravice do odpravnine ne zahteva, da bi naročitelj tudi po prenehanju pogodbe imel znatne koristi z novo pridobljenimi strankami oz. strankami, s katerimi je zastopnik občutno povečal naročitelju posle.

Če bi OZ pravico do odpravnine urejal samo na ta način, bi bila po našem mnenju takšna ureditev neskladna z Agentsko direktivo in bi bilo treba tolmačiti, da morajo v vsakem primeru v okviru posebnih okoliščin obstajati tako nove stranke ali

⁹⁰ Zadeva C-465/04, *Honyvem Informazioni Commerciali Srl* proti *Marielli De Zotti*, ECLI:EU:C:2006:199 (*Honyvem Informazioni Commerciali*), tč. 27.

⁹¹ Zadeva C-593/21, *Herios*, ECLI:EU:C:2022:784, tč. 36.

občutno povečani posli z dotedanjimi strankami kot tudi naročiteljeve koristi s temi strankami. Vendar glede na samostojno pogojevanje teh koristi v predhodnem samostojnem določilu o pridobitvi pravice do odpravnine takšno tolmačenje glede na dikcijo tega določila ni mogoče oz. bi bilo, če bi to določilo tolmačili na ta način, to celo *contra legem*. Glede na to, da je eden od temeljnih ciljev Agentske direktive prav zaščita trgovskega zastopnika⁹² in da ta dodatna pravica daje trgovskemu zastopniku zgolj še dodatno upravičenje izven določil Agentske direktive, je takšna ureditev morebiti skladna tudi s cilji Agentske direktive.

Če pa bi zavzeli stališče, da lahko trgovski zastopnik to dodatno alternativno možnost po drugem odstavku 833. člena OZ uporabi tudi v primeru hkratnega izpolnjevanja pogojev po prvem delu prvega odstavka 833. člena OZ, kar bi bilo glede na dikcijo prvega odstavka 833. člena tudi mogoče, potem se postavijo številna vprašanja v zvezi s skladnostjo z Agentsko direktivo. V tem primeru bi se moral trgovski zastopnik odločiti, po katerem delu prvega odstavka 833. člena OZ bo prvenstveno zahteval odpravnino, pri čemer v takih primerih ne bi mogli *ex ante* izključiti, da ne bi trgovski zastopnik na koncu dobil nižje odpravnine, kot bi mu skladno z določili Agentske direktive pripadala.

6 Odpravnina po četrtem v zvezi s petim odstavkom 833. člena OZ

6.1 Osnovna izhodišča

Precej več zapletov pri sami interpretaciji in uporabi povzročata ureditev odpravnine po četrtem in petem odstavku 833. člena OZ. *Zabel* navaja, da je temeljna slabost obeh odstavkov, da skoraj v celoti derogirata bistvo in smisel odpravnine, kot sta izražena v prvem odstavku, pri čemer naj bi bil povsem odpravljen temeljni razlog za odpravnino, tj. naročiteljeva znatna korist po prenehanju pogodbe.⁹³ *Zabel* nadaljuje, da je nadaljnja slabost obeh odstavkov težavnost izračuna odpravnine in da se največja slabost četrtega odstavka kaže v gospodarski prizadetosti zastopnika, za kar naj ne bi bilo nobenega utemeljenega razloga, saj čim krajši je čas med

⁹² Npr. zadeva C-215/97, Barbara Bellone proti Yokohama SpA, ECLI:EU:C:1998:189, tč. 13 in 17, zadeva C-381/98, Ingmar GB Ltd proti Eaton Leonard Technologies Inc., ECLI:EU:C:2000:605, tč. 20 in 23, zadeva C-465/04, *Honyvem Informazioni Commerciali*, tč. 19, zadeva *Turgay Semen*, tč. 14, in zadeva *Quenon*, tč. 23.

⁹³ B. Zabel v: N. Plavšak, M. Juhart et al., 2004, Obligacijski zakonik (OZ): s komentarjem, str. 521–522; enako B. Zabel, v: N. Plavšak (ur.), 2021, E-paket Obligacije, razdelek 25.20.5.2.

predčasnim prenehanjem pogodbe in zakonsko ali pogodbeno določenim časom za prenehanje, tem težji je zastopnikov položaj.⁹⁴

Dosedanja teorija v zvezi z ureditvijo v četrtem in petem odstavku 833. člena OZ navaja, da ureditev po eni strani spominja na določila iz tretjega odstavka 17. člena Agentske direktive,⁹⁵ da pa po drugi strani ti dve določili v celoti derogirata temelj in bistvo odpravnine. Poudarja, da dokler zakonodajalec ne bo razveljavil nesmiselne določbe, bodo sodišča morala zbrati pogum in ravnati tako, kot da bi šlo za pravno praznino.⁹⁶ Opozarja, da se je s tema določiloma popolnoma izničil namen odpravnine in da je takšna ureditev odpravnine unikatna ter pomeni obid same direktive oz. njeno kršitev.⁹⁷ Kljub kritikam v dosednji teoriji in praksi pa se vse do danes v tem pogledu ni nič spremenilo, saj ureditev iz četrtega in petega odstavka 833. člena OZ ostaja nespremenjena.

Nekoliko podrobneje se je z odpravnino po četrtem v zvezi s petim odstavkom 833. člena OZ ukvarjalo Višje sodišče v Ljubljani,⁹⁸ pri čemer je v bistvenem sledilo kritikam teoretikov. Glavne slabosti te ureditve so po stališču Višjega sodišča v Ljubljani naslednje:

- Da se ne zahteva niti obstoj znatne koristi na strani naročitelja in da sta s tem občutno v različna položaja postavljena zastopnik, ki mu npr. pogodba za nedoločen čas preneha po preteku petih let, in tisti, ki mu pogodba preneha pred potekom petih let, saj naj bi prvi moral dokazati predpostavke po prvem odstavku, medtem ko naj drugemu ne bi bilo treba dokazati drugega kot opisane stroške in prihodke.
- Da je izračun nejasen in da iz besedila izhaja, kot da je treba upoštevati le že nastale stroške, na prihodkovni strani pa se upoštevajo tako že realizirani kot predvideni prihodki. Prav tako bi bilo treba upoštevati tudi bodoče stroške v zvezi z izvajanjem pogodbe, saj je jasno, da bi zastopnik tudi v bodoče s pogodbo imel določene stroške in ne le prihodkov.
- Da ima na strani naročitelja pravica do odpravnine po četrtem in petem odstavku izrazito kaznovalen značaj, saj je pridobitev pravice po strogi

⁹⁴ Prav tam.

⁹⁵ A. Friedl, Nadomestilo distributerju ob prenehanju pogodbe, 2018, str. 25.

⁹⁶ B. Zabel v: N. Plavšak, M. Juhart et al., 2004, Obligacijski zakonik (OZ): s komentarjem, str. 521–522; enako B. Zabel, v: N. Plavšak (ur.), 2021, E-paket Obligacije, razdelek 25.20.5.2.

⁹⁷ M. Konjar, Pravica trgovskega zastopnika do odpravnine – nemška sodna praksa, 2008, str. 75–94.

⁹⁸ VSL Sodba in sklep I Cpg 438/2019 z dne 15. 9. 2020, ECLI:SI:VSLJ:2020:I.CPG.438.2019.1.

jezikovni razlagi avtomatizirana, zakon pa v petem odstavku celo predvideva, da bo višja kot siceršnja odpravnina po prvem do tretjem odstavku 833. člena OZ (... kakor tudi, če bi bila ustrezna odpravnina po prvem odstavku nižja od odpravnine po prejšnjem odstavku).⁹⁹

Z amandmajem skupine poslancev je bil v drugi obravnavi sprejemanja OZ 833. člen dopoljen z novim četrtem in petim odstavkom. Zakonodajalec je namreč trgovskim zastopnikom, ki po prvem odstavku ne bi bili upravičeni do odpravnine, v določenih primerih želel zagotoviti dodatno pravico.¹⁰⁰ Kot nadalje navajajo predlagatelji amandmaja, se z novim petim odstavkom določa razmerje med odpravnino po prvem odstavku in odpravnino po četrtem odstavku na način, da zastopnik ne more kumulirati obeh odpravnin, tj. odpravnine po prvem in odpravnine po četrtem odstavku. Torej, kot določa peti odstavek omenjenega člena zakona, ima zastopnik pravico do odpravnine po četrtem odstavku tudi, če po prvem odstavku ni upravičen do odpravnine, kakor tudi, če bi bila ustrezna odpravnina po prvem odstavku nižja od ustrezne odpravnine po četrtem odstavku. Zlasti zaradi v petem odstavku uporabljenega pojma »tudi« pa se lahko v zvezi s tem pojavijo različne razlage.

Da lahko trgovski zastopnik, ki mu preneha pogodba, sklenjena za določen čas, pred potekom tega časa ali trgovski zastopnik, ki mu preneha pogodba, sklenjena za nedoločen čas, pred potekom petih let od sklenitve uveljavlja odpravnino po prvem ali po četrtem odstavku 833. člena OZ, izhaja iz zadeve, ki jo je obravnavalo Višje sodišče v Kopru.¹⁰¹ V tej zadevi je šlo za pogodbo za določen čas, ki je prenehala pred potekom enega leta. Sodišče je zahtevek za plačilo odpravnine po prvem odstavku 833. člena OZ obravnavalo vsebinsko in ga ni zavrnilo iz razloga, ker bi moral trgovski zastopnik odpravnino uveljavljati (zgolj) po četrtem odstavku 833. člena OZ.¹⁰² Nadalje je Višje sodišče v Kopru zavzelo tudi stališče, da ker je šlo za obdobje, bistveno daljše od petih let, uporaba četrtega odstavka 833. člena OZ ne

⁹⁹ S temi stališči se ne strinjamo, podrobneje o tem gl. S. Kerčmar, 2023, Odpravnina po pravilih agencijske pogodbe v primerjalnem pravu.

¹⁰⁰ Amandma k 833. členu skupine poslancev (Potrč Miran) z dne 28. 6. 2001, EPA 1544, dostopno na: https://www.dz-rs.si/wps/portal/Home/deloDZ/zakonodaja/izbranZakonAkt?uid=C12565D400354E68C1256A7A0025DD4D&db=kon_zak&mandat=III&tip=doc, (1. 9. 2021).

¹⁰¹ VSK sodba in sklep I Cpg 135/2018 z dne 11. 10. 2018, ECLI:SI:VSKP:2018:I.CPG.135.2018.

¹⁰² Ta bi v skladu s prvim odstavkom 833. člena OZ tožniku pripadala, če bi zatrjeval in izkazal, da je naročitelju pri dotedanjem izpolnjevanju pogodbe pridobil nove stranke ali da je občutno povečal posle z dotedanjimi strankami ter da ima naročitelj tudi po prenehanju pogodbe s temi strankami znatne koristi, ali pa če bi plačilo odpravnine terjale posebne okoliščine, zlasti zaradi izgubljene provizije pri poslih s temi strankami.

pride v poštev.¹⁰³ Tudi iz tega lahko razberemo, da pod pogoji iz petega odstavka 833. člena OZ zahtevke po četrtem odstavku 833. člena OZ lahko uveljavljajo samo trgovski zastopniki, katerih pogodbe so prenehale na način, določen v četrtem odstavku 833. člena OZ, in ne morebiti smiselno tudi drugi trgovski zastopniki.

6.2 Vprašanje skladnosti ureditve z Agentsko direktivo

Trgovski zastopniki, ki jim je prenehala pogodba, sklenjena za določen čas, pred potekom tega roka, in trgovski zastopniki, ki jim je pred potekom petih let prenehala pogodba o trgovskem zastopanju za nedoločen čas, imajo možnost uveljavljati odpravnino tudi po četrtem odstavku 833. člena OZ, in sicer ne glede na to, ali so upravičeni do odpravnine po prvem odstavku 833. člena ali če bi bila odpravnina po prvem odstavku 833. člena nižja, kot bi trgovskemu zastopniku pripadala po četrtem odstavku 833. člena OZ. Gre torej za dodatno pravico, ki jo zakon ponuja trgovskim zastopnikom v situacijah, ki jih opredeljuje četrty odstavek 833. člena OZ, zato je potrebno ugotoviti, ali je *ex ante* izključeno, da bi bilo ob poteku pogodbe to v škodo trgovskega zastopnika.¹⁰⁴

Kot že predhodno pojasnjeno, je Sodišče EU v zadevi *Honyvem Informazioni Commerciali* zavzelo stališče, da nadomestila za prenehanje veljavnosti pogodbe na podlagi drugega odstavka 17. člena Agentske direktive, kadar se uporabi kolektivna pogodba, ni mogoče zamenjati z nadomestilom po merilih, ki so drugačna od tistih, ki jih določa ta določba, razen če se dokaže, da uporaba take kolektivne pogodbe trgovskemu zastopniku v vsakem primeru zagotavlja nadomestilo, ki je enako ali višje od nadomestila, ki bi ga prejel na podlagi navedene določbe Agentske direktive. Po odločitvi Sodišča EU je italijansko kasacijsko sodišče sicer priznalo nadvlado zakonske norme, ki določa pravico do nadomestila,¹⁰⁵ vendar je sledilo do tedaj osamljeni kasacijski sodbi iz leta 2002, v skladu s katero je treba v vsakem posameznem primeru, v smislu 19. člena Agentske direktive, preveriti, katera odpravnina je za trgovskega zastopnika ugodnejša po stanju ob prenehanju pogodbenega razmerja, ali ureditev po kolektivni pogodbi ali zakonska ureditev. Kot poudarja sodišče, je treba zagotoviti, da se vedno uporabi predpis, ki ob upoštevanju okoliščin posameznega primera trgovskemu zastopniku daje najugodnejši rezultat,

¹⁰³ VSK sodba I Cpg 266/2018 z dne 21. 2. 2019, ECLI:SI:VSKP:2019:I.CPG.266.2018.

¹⁰⁴ Tako Sodišče EU v zadevi *Honyvem Informazioni Commerciali*, tč. 27.

¹⁰⁵ J. Menges, 2015, Der Ausgleichsanspruch des Handelsvertreters, str. 250–251, in tam citirana sodna praksa.

tj. višje nadomestilo.¹⁰⁶ Na ta način je torej zagotovljeno, da trgovski zastopnik ne bo dobil manj, kot mu skladno z Agentsko direktivo zagotavlja zakon. V Italiji ugotovljene neskladnosti tako niso reševali s spremembo materialnega predpisa, pač pa v procesnem smislu, pri čemer takšna rešitev še ni bila predmet presoje pred Sodiščem EU.

V naši ureditvi se postavlja podobna dilema, pri čemer pa je ključno vprašanje, kako brez zakonskega posega v procesnem smislu v vsakem primeru zagotoviti, da trgovski zastopnik ne bi bil prikrajšan. Glede na kompleksnost izračuna odpravnine po prvem odstavku 833. člena OZ v zvezi z drugim odstavkom 17. člena Agentske direktive ter dejansko končno presojo, tehtanje in določitev višine s strani sodišča bo namreč dostikrat težko vedeti, ali bi bila na koncu prisojena višja odpravnina po prvem ali po četrtem odstavku 833. člena OZ.

Morebitna razlaga, ki bi trgovskim zastopnikom, ki jim je pogodba prenehala v primerih iz četrtega odstavka 833. člena OZ, dopuščala uveljavljanje odpravnine zgolj po četrtem odstavku 833. člena OZ, bi bila neskladna z Agentsko direktivo, saj za to določilo ne moremo trditi, da se z njim *ex ante* izključuje, da bi bilo v vsakem primeru za trgovskega zastopnika manj ugodno od ureditve v Agentski direktivi. Prav tako bi bila v nasprotju tudi z namenom zakonodajalca, ki je želel trgovskim zastopnikom, ki jim pogodba za določen čas preneha pred potekom tega časa, oz. trgovskim zastopnikom, ki jim preneha pogodba, sklenjena za nedoločen čas, pred potekom petih let od sklenitve, zagotoviti dodatno pravico.

6.3 Postopek določitve višine odpravnine

V zvezi z izračunom odpravnine *Zabel* navaja,¹⁰⁷ da je besedilo četrtega odstavka 833. člena OZ treba razumeti kot navodilo za dve računski operaciji, kar drži tudi po našem mnenju. Pri prvi operaciji se od stroškov uvajanja in drugih stroškov odštejejo prihodki, doseženi v času izvrševanja pogodbe, pri čemer dobimo pozitivni ali negativni rezultat. Pri drugi operaciji pa se od predvidenih prihodkov v času od prenehanja pogodbe do konca pogodbeno dogovorjene ali zakonsko odločene dobe odšteje pri prvi operaciji dobljeni rezultat, kar izraža višino odpravnine.

¹⁰⁶ Prav tam.

¹⁰⁷ B. Zabel v: N. Plavšak, M. Juhart et al., 2004, Obligacijski zakonik (OZ): s komentarjem, str. 522; enako B. Zabel, v: N. Plavšak (ur.), 2021, E-paket Obligacije, razdelek 25.20.5.2.

V obravnavanem odstavku gre torej za razliko med prvimi tremi odnosnicami in četrto odnosnico. Zmota v formuli, ki jo navaja *Zabel*, je pri prvih treh odnosnicah in torej pri prvi računski operaciji. Stroške je namreč vedno treba odštevati od prihodkov, saj lahko edino to pripelje do pravega rezultata. Če so namreč stroški višji od ustvarjenih prihodkov, je rezultat negativen, če so nižji od ustvarjenih prihodkov, pa je rezultat pozitiven. Le na ta način se lahko npr. izračuna tudi poslovni izid podjetja. Če so prihodki večji od odhodkov, gre za dobiček, v nasprotnem primeru pa za izgubo. Zgolj tako lahko tudi izračunamo, ali je trgovski zastopnik v času trajanja pogodbenega razmerja ustvaril dobiček ali izgubo v zvezi z izvajanjem pogodbe o trgovskem zastopanju, ki jo obravnavamo. Da je tako, pokaže tudi druga operacija, pri kateri je dobljeni rezultat pri prvi operaciji treba odšteti od četrte odnosnice (prihodkov, ki bi jih trgovski zastopnik verjetno pridobil do poteka časa trajanja pogodbe). Torej, če je v času trajanja izvajanja pogodbe trgovski zastopnik imel višje stroške od prihodkov, se tako ugotovljena izguba prišteje verjetnim bodočim prihodkom do poteka časa trajanja pogodbe oz. do poteka petih let pri pogodbah za nedoločen čas in se torej ta izguba povrne trgovskemu zastopniku v okviru odpravnine, do katere mu daje pravico četrta odstavka 833. člena OZ. Trgovski zastopnik je ob takšnih predpostavkah v okviru odpravnine po četrtem odstavku 833. člena OZ upravičen do povračila stroškov (te je imel z uvajanjem proizvoda¹⁰⁸ na tržišče in z izvajanjem pogodbe), ki jih v času izvajanja pogodbe ni pokrili s prihodki, ustvarjenimi na podlagi te pogodbe. Če pa je v letih izvajanja pogodbe trgovski zastopnik ustvaril več dobička,¹⁰⁹ kot bi bilo še verjetnih prihodkov do izteka pogodbenega razmerja oz. do izteka petih let pri pogodbah za nedoločen čas, potem po četrtem odstavku 833. člena OZ do odpravnine ni upravičen. Seveda pa je v vseh primerih upravičen do odpravnine po prvem v zvezi z drugim in tretjim odstavkom 833. člena OZ, če izpolnjuje v teh določilih postavljene pogoje. To je bil tudi namen predlagateljev spremembe.

Da formula, ki jo omenja *Zabel*, ni ustrezna, pa kaže tudi dejstvo, da bi bili ob upoštevanju tiste formule do višje odpravnine upravičeni trgovski zastopniki, ki bi si v času izvajanja pogodbe že pokrili vse stroške, oz. bi lahko tisti, ki jim stroškov ni uspelo pokriti s prihodki, prav iz teh razlogov ostali še brez odpravnine, saj bi nepokriti stroški zmanjševali odpravnino s tem, ko bi zmanjševali (ne povečevali) njegove verjetne bodoče prihodke.

¹⁰⁸ Pojem »proizvod« je potrebno razlagati široko tako, da obsega tako blago kot tudi storitve.

¹⁰⁹ Je ustvaril več prihodkov, ki jih je pridobil na podlagi izvajanja pogodbe, kot je imel stroškov v zvezi z uvajanjem proizvoda na tržišče in vseh drugih stroškov, ki jih je imel v zvezi z izvajanjem pogodbe.

Da je zgoraj predstavljena formula izračuna najustreznejša, se izkaže tudi pri konkretnih izračunih v različnih situacijah, ki pa niso predmet tega prispevka.¹¹⁰

7 Zaključek

Specifično ureditev pravice do odpravnine v OZ je torej v večini primerov mogoče interpretirati na način, ki je skladen z Agentsko direktivo. Slovenska zakonska ureditev daje trgovskim zastopnikom več pravic. Vendar pa je na drugi strani tudi dejstvo, da sodna praksa na tem področju ni razvita, kar vnaša določeno stopnjo nejasnosti in negotovosti, ter da se, verjetno tudi zaradi zapletenosti in specifičnosti ureditve, v praksi ta določila ne izvajajo.

Četudi bi se morebiti z ustrežno interpretacijo ta ureditev lahko uporabljala v praksi, je vprašanje, ali je zakonodajalec takšno ureditev, kot sedaj dejansko izhaja iz 833. člena OZ, sploh želel. Menimo, da bi bilo morebiti smiselno zakonodajo v tem delu novelirati, saj bi se s spremembo zakona hitreje dosegla jasnost in pravna varnost na tem področju kot pa npr. skozi razvoj sodne prakse. Jasna ureditev bi dajala bistveno boljše izhodišča za uporabo teh določil v praksi, pri čemer pa ni potrebno, da bi se na račun večje jasnosti sedanje trgovskemu zastopniku namenjene pravice zmanjševalo.¹¹¹

Literatura

- Baumbach Adolf, Hopt Klaus J., *Handelsgesetzbuch: HGB mit GmbH & Co., Handelsklauseln, Bank- und Kapitalmarktrecht, Transportrecht (ohne Seerecht)* (39. izdaja), C.H. Beck, München 2020.
- Bleutge, Peter, *In fremdem Namen und für fremde Rechnung – Die wichtigsten Bestimmungen des deutschen Handelsvertreterrechts* (2. izdaja), Deutscher Industrie- und Handelstag, Berlin 1998.
- Dolenc Milre, *Načelo vestnosti in poštenja v sodni praksi*, *Pravosodni bilten*, Let. 34 (2013), št. 3, str. 35–45.
- Emde, Raimond, *Vertriebsrecht, Kommentierung zu §§ 84 bis 92c HGB, Handelsvertreterrecht, Vertragshändlerrecht, Franchiserecht* (3. izdaja), De Gruyter Recht, Berlin 2014.
- Engelmann, Jan, *International Commercial Arbitration and the Commercial Agency Directive: A Perspective From Law and Economics* (prva izdaja), Springer International Publishing, Berlin 2017.
- Evropska komisija, 2015, *Evaluation of the Council Directive on the Coordination of the Laws of the Member States Relating to Self-Employed Commercial Agents (Directive 86/653/EEC)* /

¹¹⁰ Natančneje o tej tematiki S. Kerčmar, 2023, *Odpravnina po pravilih agencijske pogodbe v primerjalnem pravu*.

¹¹¹ Podrobneje o tem gl. S. Kerčmar, 2023, *Odpravnina po pravilih agencijske pogodbe v primerjalnem pravu*.

- REFIT Evaluation, dostopno na:
<https://ec.europa.eu/docsroom/documents/11482?locale=sl> (20. 8. 2021).
- Fock, Till, Die europäische Handelsvertreter-Richtlinie Kompetenzgrundlage, Systematik, Angleichungserfolg, Nomos, Baden-Baden 2001.
- Friedl Andrej, Nadomestilo distributerju ob prenehanju pogodbe: aktualni trendi v primerjalnem pravu, Pravna praksa, Let. 37 (2018), št. 36-37, str. II–VII.
- Heidel Thomas, Schall Alexander (ur.), Handelsgesetzbuch, Handkommentar (3. izdaja), Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2020.
- Herresthal Carsten, Henssler Martin, Paschke Marian (ur.), Beck-online GROSSKOMMENTAR zum HGB: BeckOGK, C.H. Beck, München 2020.
- Horn Norbert (ur.), Heymann Handelsgesetzbuch (ohne Seerecht) Kommentar, Band 1, Erstes Buch Einleitung; §1–104 (2. izdaja), Walter de Gruyter, Berlin, New York 1995.
- Joost Detlev, Strohn Lutz (ur.), Handelsgesetzbuch: HGB, Band 1: §§ 1–342e (4. izdaja), C.H. Beck, München 2020.
- Kerčmar, Sebastjan, Odpravnina po pravilih agencijske pogodbe, doktorska disertacija, Pravna fakulteta Univerze v Mariboru, Maribor 2023.
- Kleinknecht Gregor, Commercial Agency Contracts: Termination and Indemnity England and Wales, v: Il trattamento di fine rapporto nel contratto di agenzia, A. Venezia (ur.), Ordine degli avvocati di Milano, Milano 2016, dostopno na:
https://www.ordineavvocatimilano.it/media/commissioni/CRINT/Ebook_tratt_fine_rapp_agenzia_def.pdf (25. 8. 2021).
- Knez Rajko, Večja zaščita trgovskega zastopnika v OZ in pravilih EU, Gospodarski subjekti na trgu: pravo družb, gospodarsko pogodbeno, stvarno, davčno in delovno pravo, Inštitut za gospodarsko pravo, Maribor, Portorož 2002.
- Koller von Ingo, Kindler Peter, Roth Wulf Henning, Drüen Klaus Dieter, Handelsgesetzbuch: HGB (9. izdaja), C.H. Beck, München 2019.
- Konjar Manca, Pravica trgovskega zastopnika do odpravnine - nemška sodna praksa, Podjetje in delo, Let. 34 (2008), št. 1, str. 75–94.
- Kranjc, Vesna, Gospodarske pogodbe, Tradicionalni in novejši posli gospodarskih subjektov, Lexpera, GV Založba, Ljubljana 2020.
- Küstner, Wolfram, Das neue Recht des Handelsvertreters (4. izdaja), Boorberg, Stuttgart 2003.
- Küstner Wolfram, Thume Karl Heinz (ur.), Handbuch des gesamten Vertriebsrechts, Band 2: Der Ausgleichsanspruch des Handelsvertreters, Warenvertreter, Versicherungs- und Bausparkassenvertreter (9. izdaja), Fachmedien Recht und Wirtschaft, Frankfurt 2014.
- Martinek Michael, Semler Franz Jörg, Flohr Eckhard (ur.), Handbuch des Vertriebsrechts (4. izdaja), C.H. Beck, München 2016.
- Menges Julia, Der Ausgleichsanspruch des Handelsvertreters im Spannungsverhältnis zwischen Rechtssicherheit und Billigkeit, Eine deutsch-italienische Studie zum Harmonisierungserfolg der Richtlinie Nr. 86/653/EWG (1. izdaja), Nomos, Baden-Baden 2015.
- Možina Damjan, Razdor, odpoved in odstop od pogodbe, Pravni letopis, (2011), št. 1, str. 57–73.
- Nocker Michael, HVertrG - Handelsvertretergesetz 1993, Mit ausführlichen Berechnungsbeispielen zum Ausgleichsanspruch (2. izdaja), Verlag Österreich, Dunaj 2015.
- Oetker Hartmut (ur.), Handelsgesetzbuch: HGB Kommentar (6. izdaja), C.H. Beck, München 2019.
- Plavšak Nina, Juhart Miha, Jadek Pensa Dunja, Kranjc Vesna, Grile Peter, Polajnar Pavčnik Ada et al., Obligacijski zakonik (OZ): s komentarjem, 4. knjiga, GV Založba, Ljubljana 2004.
- Plavšak Nina, Juhart Miha, Vrenčur Renato et al., E-paket Obligacije z e-komentarjem Obligacijskega zakonika, Tax-Fin-Lex, Ljubljana 2021.
- Publication Office of the European Union, 2007, Report on the Application of Article 17 of Council Directive of 18 December 1986 on the Coordination of the Laws of the Member States Relating to Self-Employed Commercial Agents (86/653/EEC), dostopno na:
<https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/2f6e5054-a18f-4f39-9bc7-a9c67ad9636d> (20. 8. 2021).
- Rot, Patricija, Upravičenost do odpravnine ob prenehanju distribucijskega razmerja, magistrska naloga, Pravna fakulteta Univerze v Ljubljani, Ljubljana 2016.

- Röhrich Volker, Graf von Westphalen Friedrich, Haas Ulrich (ur.), *Handelsgesetzbuch, Kommentar zum Handelsstand, Handelsgesellschaften, Handelsgeschäften, besonderes Handels-verträgen und internationalem Vertragsrecht* (5. izdaja), Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln 2019.
- Schlegelberger Franz (ur.), *Handelsgesetzbuch Kommentar*, 2. Band §§ 48–104 (5. izdaja), Verlag Franz Vahlen, München 1973.
- Schmidt Karsten (ur.), *Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch: HGB, Band 1: Erstes Buch. Handelsstand, §§ 1–104 a* (4. izdaja), C.H. Beck, München 2016.
- Stabej, Marko, *Pomenska interpretacija prvega odstavka 833. člena Obligacijskega zakonika, strokovno mnenje*, Univerza v Ljubljani, Filozofska fakulteta, Ljubljana 2020.
- Thume Karl Heinz, *Der Ausgleichsanspruch des Handelsvertreters gem. § 89 b HGB im Lichte der Europäischen Union. Zeitschrift Betriebs-Berater, Let. 46* (2004), str. 2473–2477.
- Thume Karl Heinz, *Der neue § 89b Abs. 1 HGB und seine Folgen. Zeitschrift Betriebs-Berater, Let. 47* (2009), str. 2490–2494.
- Turnšek Maja, *Trgovska agencija po evropskem pravu, Pravna praksa, Let. 20* (2001), št. 39–40, str. 33–36.
- Versin, Gloria, *Der Ausgleichsanspruch nach § 89b HGB unter Einfluss der EG-Handelsvertreter-Richtlinie und aktueller EuGH-Rechtsprechung*, Peter Lang GmbH, Internationaler Verlag der Wissenschaften, Berlin 2015.
- Vogenauer Stefan, Weatherill Stephen (ur.), *The Harmonisation of European Contract Law, Implications for European Private Laws, Business and Legal Practice*, Hart Publishing, London 2000.

SUMMARY

The author discusses the regulation of termination indemnity for commercial agents in Slovenian legislation, focusing on provisions that deviate from the Agency Directive. The first such deviation is the statutory definition of a commercial agent, which requires a commercial agent to carry on agency as a registered activity, despite the fact that the Court of Justice ruled as early as in 2003, in the *Francesca Caprini* case, that the Agency Directive does not preclude national law from requiring commercial agents to register as such, provided that a failure to register as a commercial agent does not affect the validity of any agency contract concluded by the commercial agent with a principal or that the consequences of such failure to register do not affect any other protection afforded by the Directive to commercial agents in their relations with their principals. In addition, there is the principle of equity, which is not expressly laid down in the Slovenian legal provision governing the right to indemnity, but this does not preclude its application. There are also deviations from the Agency Directive in the provision that includes only commissions in the calculation of the maximum amount of indemnity rather than all payments as is the case, for instance, in the Agency Directive and the comparable German and Austrian regimes, as well as in certain other statutory provisions, which, due to their length, are not discussed in detail in the paper. One of the most important differences is that, in addition to the right to indemnity afforded to commercial agents by the Obligations Code in accordance with the provisions of the Agency Directive, the Obligations Code also affords commercial agents two additional rights to indemnity. The first additional right to indemnity is established in the second part of the first paragraph of Article 833 of the Obligations Code, which is based on special circumstances requiring the payment of indemnity, and the second in its fourth paragraph, which allows commercial agents to recover the costs they incurred in bringing the product to the market and any other costs they incurred in connection with the performance of the contract in the event of the termination of a fixed-term contract before the expiry of its term or in the event of the termination of an indefinite-term contract before the expiry of a period of five years from the date on which the contract was concluded. Neither right to indemnity requires that the principal derive significant benefit from the contractual relationship's termination; in fact, neither right to indemnity requires that the agent acquire new customers for the principal or significantly increase the principal's business with existing customers. Another peculiarity of the indemnity under Article 833(4) is that it is not subject to any limitation as to its amount. These are therefore additional rights of commercial agents that go beyond the minimum requirements of the Agency Directive and to which commercial agents are entitled if certain statutory

requirements are satisfied that deviate from those of the Agency Directive. It should be noted that a commercial agent naturally cannot be entitled to two or three indemnities on different grounds. However, given the complexities of calculating the indemnity pursuant to the first part of Article 833(1) of the Obligations Code, read in conjunction with Article 17(2) of the Agency Directive, and the actual final assessment, weighing and determination of the amount by a court, it will often be difficult to know whether a higher indemnity would ultimately be awarded under the first or second part of Article 833(1) of the Obligations Code or under Article 833(4) of the Obligations Code. Despite the broad rights granted by the law, no case in available Slovenian case law has awarded has awarded indemnity to a commercial agent. If both jurisprudence and case law from European and, in particular, comparable German and Austrian legislation can be relied on for the right to indemnity arising under the Agency Directive, appropriate solutions for the application of the additional rights must, to a greater extent, be found elsewhere, and the final answer will, of course, have to be given by the courts in their case law.

NOTARSKA HRAMBA IN PREDPOSTAVKE DOPUSTNOSTI

BOJAN PODGORŠEK

Ljubljana, Slovenija

bojan.podgorsek@notar-podgorsek.si

Osnovni pravi posel je običajno prodajna pogodba, notarska hramba pa je sekundarno pravno razmerje med notarjem in vsaj eno od strank v osnovnem poslu. Prispevek z analizo obeh pravnih razmerij (notarske hrambe in osnovnega pravnega posla, npr. prodajne pogodbe) pokaže na neodvisnost notarske hrambe od osnovnega posla. S primerjavo slovenske in nemške ureditve izpostavlja splošne in posebne predpostavke dopustnosti notarske hrambe. Nadalje obravnava posledice in učinke stečaja in izvršbe na notarsko hrambo. Preučitev medsebojnih pravnih učinkov obeh razmerij in preučitev učinkov na pravni položaj tretjih oseb (npr. upnikov) vodi do zaključkov o potrebnih izboljšavah slovenskega pravnega režima na tem področju.

DOI

[https://doi.org/
10.18690/um.pf.1.2024.6](https://doi.org/10.18690/um.pf.1.2024.6)

ISBN

978-961-286-817-8

Ključne besede:

notarska hramba,
fiduciarni pravni posli,
dopustnost,
mandatna pogodba,
pogodba v korist tretjega,
latinski notariat

Opomba:

Prispevek je izvleček že
objavljenega dela:
Podgoršek, B.
(2022). *Notarske skrbniške
storitve : doktorska
dissertacija* [Doktorska
dissertacija, Univerza v
Mariboru]. Digitalna
knjižnica Univerze v
Mariboru.



Univerzitetna založba
Univerze v Mariboru

DOI

[https://doi.org/
10.18690/um.pf.1.2024.6](https://doi.org/10.18690/um.pf.1.2024.6)

ISBN

978-961-286-817-8

Keywords:

notary's escrow,
fiduciary legal relationship,
admissibility,
contract of mandate,
contract in favour of a third
party,
Latin notary

Note:

This is an abstract of an
already published
work: Podgoršek, B.
(2022). *Notarske skrbniške
storitve : doktorska
dissertacija* [Doktorska
dissertacija, Univerza v
Mariboru]. Digitalna
knjižnica Univerze v
Mariboru.

NOTAR'S ESCROW AND CONDITIONS OF ADMISSIBILITY

BOJAN PODGORŠEK

Ljubljana, Slovenia
bojan.podgorsek@notar-podgorsek.si

In most cases, the underlying legal transaction is a sales agreement and the notary's escrow agreement creates a legal relationship between at least one of the parties to the sales contract and the notary. This article demonstrates the independence of notary's escrow from the underlying transaction by analyzing both legal relationships (notary's escrow agreement and the underlying legal transaction, i.e. the sales contract). By comparing the Slovenian and German regulations, the article points out the general and special conditions that must be fulfilled for the admissibility of notary's escrow. It further discusses the consequences and effects of bankruptcy and enforcement on notary's escrow agreement. An examination of the mutual legal effects of both relationships and an examination of the effects on the legal position of third parties (e.g. creditors) leads to conclusions about the necessary improvements of the Slovenian legal regime in this area.



1 Uvod

Osnovna dejavnost notarja je sestavljanje listin o pravnih poslih. Poleg sestavljanja listin pa med notarske storitve spada tudi hramba listin, denarja, vrednostnih papirjev in pravic. Ker pravna narava in domet tega instituta v našem pravu nista niti dovolj raziskana, definirana niti urejena, lahko pride do številnih zapletov, ki ogrožajo koncept pravne varnosti, katerega zagotavlja notariat. Namen tega prispevka je zato preučitev ustreznosti ureditve notarske hrambe in oblikovanje predlogov razlag in izboljšav.

Prva splošna opredelitev celotne notarske dejavnosti v literaturi je, da notarska dejavnost po 2. členu Zakona o notariatu¹ (ZN) ne temelji na zasebnopravni pogodbi o delu, temveč je razmerje, ki nastane med stranko in notarjem javnopravne narave.² Pogodbo o notarski hrambi pa kasnejše stališče uvršča med mandatne pogodbe, konkretnije med pogodbe o skrbniških storitvah v zvezi z uresničitvijo sočasnosti izpolnitve strank dvostranskih pogodb. Poleg tega ima pogodba o notarski hrambi značilnost (pravno naravo) pogodbe v korist tretjega.³ Bližje prvi opredelitvi je stališče, da notar ni z nobeno od strank, torej niti z deponentom niti z upravičencem v upniško-dolžniškem razmerju, ampak je oseba njunega zaupanja, ki sta jo pogodbeni stranki izbrali zato, da skrbniško oz. fiduciarno izpelje temeljni pravni posel, ki sta ga sklenili.⁴ Kljub temu je treba upoštevati tudi značilnosti mandatne pogodbe in pogodbe v korist tretjega. Za ustrežno stališče je potrebna temeljita obravnava tudi z vidika težav zaznanih v primerjalnopravnih redih, zlasti nemškem.

Par. 57. nemškega *Beurkundungsgesetz*⁵ (BeurkG) med predpostavkami za sprejem denarnega dobroimetja v hrambo določa obstoj pravnega interesa strank za zavarovanje, vendar večji del nemške teorije meni, da je obstoj pravnega interesa za zavarovanje potrebno ugotavljati po objektivnih in ne po subjektivnih kriterijih. Če je z vidika objektivne tretje osebe mogoče izpolniti vse medsebojne obveznosti strank pogodbe o prodaji nepremičnine tudi brez notarske hrambe, ta predpostavka za prevzem predmeta v notarsko hrambo ni podana. Po tem restriktivnem stališču

¹ Uradni list RS, št. 2/07 – uradno prečiščeno besedilo, 33/07 – ZSReg-B, 45/08, 91/13, 189/20 – ZFRO, 130/22 in 49/23 – ZUS-1C.

² V. Rijavec, *Civilnopravna odgovornost notarjev*, 1998, str. I-IX.

³ N. Plavšak, v: N. Plavšak, M. Juhart, 2004, *Obligacijski zakonik (OZ): s komentarjem - posebni del*, str. 209.

⁴ A. Ratnik, 2006, *Notarski fiduciarni posli*, str. 66.

⁵ BGBl. I S., BGBl. 1969 I z dne 28. 8. 1969, zadnja sprememba z dne 30. 11. 2019 (BGBl. I S., BGBl. 2019 I).

ni potrebno vnašati določb o notarski hrambi kupnine v vzorce pogodb o prodaji nepremičnin. Nasprotno manjšinsko stališče pa zagovarja rešitev, po kateri je predpostavka pravnega interesa za zavarovanje podana že, če stranke (subjektivno) želijo notarsko hrambo.⁶

Pozornost je namenjena ureditvi hrambe v ZN, Zakonu o varstvu kupcev stanovanj in enostanovanjskih stavb⁷ (ZVKSES) in Obligacijskem zakoniku⁸ (OZ). Obravnavana sta obseg in vsebina predmeta hrambe. Tudi ustreznost pogojev v pogodbi o notarski hrambi je ključnega pomena za odpravo nezaupanja v notarsko poslovanje, čemur še ni bilo posvečeno dovolj pozornosti. Notar v svojem imenu in za račun strank razpolaga s tujim premoženjem, vendar pri tem nima diskrecijske pravice samostojno izbirati rešitev. Pogoji morajo biti določeni v pogodbi o notarski hrambi. V zvezi z navedenim je pomembna določba 768. člena OZ (izvršitev naročila, kot se glasi), po kateri mora mandatar izvršiti naročilo po prejetih navodilih kot dober gospodarstvenik oz. kot dober gospodar. Če je mnenja, da bi bila izvršitev naročila po dobljenih navodilih škodljiva za naročitelja, ga mora na to opozoriti in zahtevati nova navodila.

Za to področje je sporno tudi vprašanje obsega fiduciarnega razmerja. Pravna teorija fiduciarnih razmerij v angloameriškem *common law* sistemu se veliko ukvarja s tveganjem zlorabe zaupanja s strani fiduciarja.⁹

Prispevek v drugem poglavju z analizo obeh pravnih razmerij (notarske hrambe in osnovnega pravnega posla, npr. prodajne pogodbe) pokaže na neodvisnost notarske hrambe od osnovnega posla. Tretje poglavje s primerjavo slovenske in nemške ureditve izpostavlja splošne in posebne predpostavke dopustnosti notarske hrambe. V četrtem in petem poglavju pa so obravnavane posledice in učinki stečaja in izvršbe na notarsko hrambo.

⁶ A. Block, 2014, Notaranderkonto 2.5, str. 42.

⁷ Uradni list RS, št. 18/04.

⁸ Uradni list RS, št. 97/07 – uradno prečiščeno besedilo, 64/16 – odl. US in 20/18 – OROZ631.

⁹ T. Frankel, Fiduciary Law, 1983, str. 809–810.

2 Razmerje med osnovnim pravnim poslom in notarsko hrambo

2.1 Splošno

Osnovni pravni posel je običajno prodajna pogodba. Notarska hramba pa je stransko pravno razmerje notarja z vsaj eno od strank osnovnega pravnega posla. Ta prispevek obravnava vsebino in predpostavke notarske hrambe. Pregled medsebojnih pravnih učinkov obeh razmerij in pregled učinkov na pravni položaj tretjih oseb (npr. upnikov strank notarske hrambe) vodi do zaključkov o potrebnih izboljšavah slovenske pravne ureditve tega področja.

Pri obeh pravnih poslih v najbolj enostavni kombinaciji nastopajo najmanj tri stranke. Osnovni pravni posel v razmerju do notarske hrambe predstavlja valutno razmerje, ki je dvostransko poslovno razmerje, pri katerem sta obe stranki hkrati dolžnika in upnika. Pogodba o notarski hrambi pa je kritno razmerje, ki je prav tako dvostransko poslovno razmerje med eno izmed strank valutnega razmerja (deponentom oz. promisarjem) in notarjem (promitentom), v korist druge stranke valutnega razmerja. Ta druga stranka valutnega razmerja je hkrati tretja oseba (beneficiar), v korist katere je sklenjena pogodba o notarski hrambi. Po načelu relativnosti pogodbenih razmerij pogodbene obveznosti zavezujejo samo tisto stranko, ki jih je prevzela in ne zavezujejo tretjih oseb, ki niso pogodbene stranke. Zato pogodba v korist tretjega zavezuje le notarja (promitenta) in deponenta (promisarja), medtem ko ima beneficiar (upravičenec) iz te pogodbe neposredno pravico (terjatev) do notarja. Deponent ima pravico zahtevati od notarja, da upravičencu izpolni obveznost, ki se jo je zavezal izpolniti v njegovo korist. Po posebnem zakonskem pravilu 128. člena OZ (ki predstavlja izjemo od načela relativnosti pogodbenih razmerij) ima notar do upravičenca vse ugovore iz pogodbe v korist tretjega, čeprav upravičenec ni pogodbeni stranka. Stranki osnovnega pravnega posla (deponent in upravičenec) imata druga do druge vse pravice in obveznosti, ki izvirajo iz tega razmerja, medtem ko iz osnovnega pravnega posla nimata pravic in obveznosti do notarja.

V nemškem pravu teorija poudarja jasno mejo med civilnopravnim razmerjem strank osnovnega pravnega posla in javnopravnim razmerjem vsake od strank z notarjem.¹⁰ Tehnična in vsebinska pravila notarske hrambe, določena v BeurkG (prej par. 54a do 54e, sedaj par. 57 do 62), urejajo izključno javnopravno razmerje strank in notarja (navodila za notarsko hrambo), ki ga je potrebno ločevati od materialnopravnih sporazumov strank. Pri presoji pravnih vprašanj notarske hrambe je zato treba sporazume strank o hrambi obravnavati ločeno od njihovih navodil notarju za hrambo, ker sta različni pravni razmerji, čeprav so zaradi preprečevanja razlik pogodbeni sporazumi strank pogosto povzeti v navodilih notarju.

2.2 Načelo sočasnosti izpolnitve

Vsaka od strank dvostranskega pogodbenega razmerja vstopa v to pogodbeno razmerje (oz. sklene pogodbo) zaradi potrebe po izpolnitvenem ravnanju, ki ga ponuja nasprotna stranka. Ta interes se imenuje izpolnitveni interes. Dvostransko pogodbeno razmerje ima dva predmeta oz. dve nasprotni izpolnitveni ravnanji, ki sta ju zavezani opraviti stranki.¹¹

Pri dvostranskih vzajemnih pogodbah je izpolnitev ene stranke odvisna od izpolnitve druge stranke, kar pomeni, da si stranki izpolnita obveznosti hkrati oz. iz rok v roke. Za dvostranske vzajemne pogodbe velja pravilo sočasne izpolnitve. Po tem pravilu ni nobena stranka dolžna izpolniti svoje obveznosti, če druga stranka ne izpolni ali ni pripravljena sočasno izpolniti svoje obveznosti, razen če je dogovorjeno ali z zakonom določeno kaj drugega ali če kaj drugega izhaja iz narave posla (gl. prvi odstavek 101. člena OZ).

Vendar pa izpolnitev obveznosti iz rok v roke v sodobnem poslovnem okolju v večini primerov ni mogoča. Zato se kot kritno razmerje lahko uporabi notarska hramba. Po sodni praksi je izpolnitev s hrambo zemljiškoknjižnega dovolila pri notarju treba šteti kot obliko sočasne izpolnitve, ker bi bila stranki zemljiškoknjižno dovolilo izročeno šele, ko bi bila kupnina v celoti plačana in druga stranka ob predlaganem načinu izpolnitve ne bi prevzela bremena neizpolnitve prve stranke. Notar bi kot nevtralni pravni strokovnjak in zaupanja vredna oseba v okviru skrbniškega razmerja za obe stranki predstavljal neodvisno osebo, saj bi

¹⁰ K. Franken, Rechtsprobleme nach Kaufpreishinterlegung auf Notaranderkonto beim Grundstückskauf, 2010, str. 598.

¹¹ N. Plavšak, v: N. Plavšak, M. Juhart, R. Vrenčur, 2009, Obligacijsko pravo: splošni del, str. 395.

zemljiškoknjižno dovolilo kupcu izročil le pod pogoji, opredeljenimi v notarskem zapisu o deponaciji dokumentov. Če pogoji, določeni v notarskem zapisu, do dogovorjenega roka ne bi bili izpolnjeni, bi se deponirani dokumenti vrnili prodajalcu. Načelo sočasnosti je s tem popolnoma varovano in dosežen je temeljni namen notarske hrambe, ki je v zaščiti stranke pred tveganjem neizpolnitve druge pogodbene stranke.¹²

2.3 Določitev pogojev notarske hrambe

Vsebinska pravila 87. do 90. člena ZVKSES se uporabljajo za notarsko hrambo, ki se opravlja z namenom zaščite pogodbene stranke pred tveganjem neizpolnitve druge pogodbene stranke (gl. drugi odstavek 87. člena ZVKSES). Pomembno je torej določiti, kaj pomeni neizpolnitev oz. kaj pomeni pravilna izpolnitev glede na vsebino posamezne obveznosti, kar mora opraviti deponent ob izročitvi predmeta hrambe v notarsko hrambo z določitvijo pogoja za izročitev predmeta hrambe upravičencu. S prevzemom predmeta hrambe v notarsko hrambo se notar zaveže deponentu, da bo ta predmet hranil in ga izročil upravičencu, če se izpolni pogoj, ki ga ob izročitvi predmeta hrambe v notarsko hrambo določi deponent, oz. vrnil deponentu, če se ta pogoj ne izpolni do določenega roka (gl. prvi odstavek 87. člena ZVKSES).

Predmet notarske hrambe je hkrati predmet deponentovega izpolnitvenega ravnanja po glavni pogodbi. To je lahko le dajatev. Če je strankina pogodbeno obveznost v tem, da nekaj stori, opusti ali trpi, predmeta izpolnitve svoje obveznosti ne more izročiti v notarsko hrambo.

Tudi kadar je del izpolnitvenega ravnanja, ki sodi v strankino pogodbeno obveznost, podpis listine (npr. zemljiškoknjižnega dovolila), je njena obveznost dajatvena, saj je predmet dajatve razpolaganje (razpolagalni pravni posel) s premoženjsko pravico. Nova slovenska pravna teorija poudarja, da je dajatvena obveznost obveznost dolžnika dati izjavo volje z vsebino ustreznega pravnega posla (npr. razpolagalnega pravnega posla ali soglasja za sklenitev pogodbe obligacijskega prava kot zavezovalnega pravnega posla).¹³ Predmet notarske hrambe je v tem primeru listina, ki jo mora pogodbeno stranka izročiti (dati) sopogodbenu.

¹² VSRS sodba III Ips 25/2017 z dne 23. 8. 2018, ECLIS:SI: VSRS:2018:II.IPS.25.2017.

¹³ N. Plavšak, v: N. Plavšak (ur.), 2020, Obligacije, splošni del: Komentar splošnega dela Obligacijskega zakonika, str. 116.

Na drugi strani pa deponent kot pogoj za izročitev predmeta hrambe upravičencu določi pravna dejanja, ki jih mora upravičenec opraviti, da bi (v celoti in pravilno) izpolnil svojo obveznost po glavni pogodbi.¹⁴ Pri tem je pomembna vrsta pogodbene obveznosti upravičenca, ki je lahko v skladu s 34. členom OZ v tem, da nekdo nekaj da (dajatvena obveznost), stori (storitvena obveznost), opusti (opustitvena obveznost) ali trpi oz. dopusti (dopustitvena obveznost). Za razliko od deponentove pogodbene obveznosti, ki je lahko le dajatvena, upravičenčeva pogodbena obveznost lahko, razen dajatve, obsega tudi druge načine izpolnitve.

2.4 Predmet dajatvene obveznosti upravičenca je zavezovalni pravni posel

Dajatev pomeni ravnanje, zaradi katerega se posamezni del (kos) premoženja premakne iz sfere ene stranke v sfero druge stranke.¹⁵ Ker premoženje ne obsega le stvari oz. lastninske pravice na stvareh, ampak tudi druge premoženjske pravice, ki se prenašajo z razpolagalnimi pravnimi posli, je definicijo dajatvene obveznosti potrebno razširiti. Dajatvena obveznost je obveznost dolžnika dati izjavo volje z vsebino ustreznega pravnega posla. Pravni posel, ki je predmet dajatvene obveznosti, je lahko bodisi razpolagalni pravni posel bodisi zavezovalni pravi posel.¹⁶

Obveznost strank, da bosta veljavno sklenili zavezovalni pravni posel, je vsebina predpogodbe. V tem primeru je predpogodba osnovni pravni posel. Stranki se s predpogodbo zavežeta, da bosta v določenem roku sklenili glavno pogodbo. Stranka (deponent), ki se želi zavarovati pred tveganjem neizpolnitve druge pogodbene stranke, ob sklenitvi predpogodbe izroči v notarsko hrambo predmet izpolnitve svoje predpogodbene obveznosti. Kot pogoj sprostitev predmeta hrambe deponent določi pravna dejanja, ki jih mora upravičenec opraviti, da bi (v celoti in pravilno) izpolnil svojo obveznost po predpogodbi. Pogoje notarske hrambe pri sklenitvi predpogodbe ponazori naslednji primer.

Primer 1: S predpogodbo se prodajalec in kupec zavežeta, da bosta v roku enega meseca sklenila prodajno pogodbo, s katero bo prodajalec kupcu prodal določeno osebno vozilo za ceno 20.000 EUR, ki jo bo kupec plačal v osmih dneh po sklenitvi, prodajalec pa bo kupcu izročil vozilo v roku dveh delovnih dni od plačila kupnine. Ara v znesku 2.000 EUR, ki se všteva v kupnino, mora biti plačana

¹⁴ N. Plavšak, v: N. Plavšak, M. Juhart (ur.), 2004, *Obligacijski zakonik (OZ): s komentarjem - posebni del*, str. 210.

¹⁵ S. Cigoj, 1976, *Obligacije*, str. 57.

¹⁶ N. Plavšak, v: N. Plavšak, M. Juhart, R. Vrenčur, 2009, *Obligacijsko pravo: splošni del*, str. 948.

prodajalcu ob sklenitvi prodajne pogodbe. Neplačilo are je razvezni pogoj veljavnosti prodajne pogodbe.

Kupec ob sklenitvi predpogodbe v celoti izpolni svojo predpogodbeno obveznost. Predpogodbena obveznost je podpis prodajne pogodbe in plačilo are. Kupec oba predmeta svoje izpolnitve izroči v notarsko hrambo tako, da notarju izroči dva izvoda podpisane prodajne pogodbe in plača aro na notarski skrbniški račun.

Kupec ob izročitvi v notarsko hrambo določi, da notar:

- plača aro na prodajalčev račun in
- izroči vsaki stranki po en izvod sklenjene prodajne pogodbe,

ko tudi prodajalec podpiše prodajno pogodbo s sestavinami, ki so določene v predpogodbi.

Če v roku enega meseca ne bo izpolnjen pogoj notarske hrambe, ki ga je določil kupec, notar vrne aro in oba izvoda pogodbe kupcu.

2.5 Predmet dajatvene obveznosti upravičenca je razpolagalni pravni posel

2.5.1 Preverjanje stvarnih napak izpolnitve

Kadar je osnovni pravni posel predpogodba, je predmet dajatvene obveznosti zavezovalni pravni posel. V vseh ostalih primerih je predmet dajatvene obveznosti razpolagalni pravni posel. Dolžnik mora izročiti upniku stvar v posest in nanj prenesti lastninsko pravico. S tem bo upnik pridobil vsa upravičenja, ki jih po prvem odstavku 37. člena Stvarnopravnega zakonika¹⁷ (SPZ) obsega lastninska pravica (posest, uporaba, uživanje in razpolaganje). Pravilna izpolnitev dajatvene obveznosti je opravljena, če dolžnik prenese na upnika lastninsko pravico na stvari, ki nima stvarnih in pravnih napak. Stranka (deponent), ki se želi zavarovati pred tveganjem neizpolnitve druge pogodbene stranke, ob sklenitvi pogodbe izroči v notarsko hrambo predmet izpolnitve svoje pogodbene obveznosti. Kot pogoj sprostitev predmeta hrambe deponent določi pravna dejanja, ki jih mora upravičenec opraviti, da bi (v celoti in pravilno) izpolnil svojo obveznost po pogodbi. Pogoje notarske hrambe pri sklenitvi pogodbe ponazori primer.

¹⁷ Uradni list RS, št. 87/02, 91/13 in 23/20.

Primer 2: S pogodbo se prodajalec zaveže, da bo kupcu izročil in nanj prenesel lastninsko pravico na osebem vozilu, kupec pa se zaveže, da bo plačal kupnino 20.000 EUR tako, da jo bo nakazal na notarski skrbniški račun. Rok za izpolnitev kupčeve obveznosti izteče v osmih dneh po sklenitvi pogodbe, rok za izpolnitev prodajalčeve obveznosti pa izteče v osmih dneh po izpolnitvi kupčeve obveznosti.

Kupec ob sklenitvi pogodbe izroči predmet svoje izpolnitve v notarsko hrambo tako, da plača kupnino na notarski skrbniški račun in o tem obvesti prodajalca.

Kupec ob plačilu kupnine na notarski skrbniški račun določi naj notar plača kupnino na prodajalčev račun, ko prodajalec izpolni svojo pogodbeno obveznost, kar prodajalec izkaže notarju s predložitvijo podpisanega zapisnika o prevzemu osebnega vozila, ki mora obsegati izjavo kupca, da pri pregledu osebnega vozila ni odkril nobenih očitnih napak.

Če v roku osmih dni od plačila kupnine na notarski skrbniški račun ne bo izpolnjen pogoj, ki ga je določil kupec, notar vrne kupnino na račun kupca.

V tem enostavnem primeru notarske hrambe pri prodajni pogodbi bi kupčevo grajanje očitnih stvarnih napak ob izročitvi povzročilo, da pogoji hrambe ne bi bili izpolnjeni in bi notar vrnil kupnino kupcu. Stvarne napake predmeta prodajalčeve izpolnitve bi torej povzročile vračilo predmeta hrambe deponentu. Kot je bilo navedeno, valutno in kritno razmerje nimata neposredne povezave. Neizpolnitev pogojev hrambe bi povzročila razvezo pogodbe v korist tretjega. Zaradi razveze pogodbe v korist tretjega bi bil notar dolžan vrniti predmet hrambe deponentu (gl. 111. člen OZ). Neizpolnitev pogojev hrambe in razveza pogodbe v korist tretjega pa ne vplivajo na veljavnost prodajne pogodbe. Stranki prodajne pogodbe kljub razvezi pogodbe o notarski hrambi ohranita vse pravice in obveznosti, ki izhajajo iz prodajne pogodbe.

Stvarne napake lahko nastanejo samo pri nadenarni dajatvi (katere predmet je stvar ali določene druge premoženjske pravice, npr. korporacijske pravice) in pri storitvi, ki je obligacija rezultata.¹⁸

Prodajalec odgovarja za napake stvari, ki je predmet njegove obveznosti po prodajni pogodbi. Splošni predpostavki njegove odgovornosti sta, da ima stvar napako in da vzrok za napako izvira iz prodajalčeve sfere. Napaka je stvarna (459. člen OZ):

- če stvar nima lastnosti, ki so potrebne za njeno običajno rabo ali za promet;

¹⁸ N. Plavšak, v: N. Plavšak, M. Juhart, R. Vrenčur, 2009, Obligacijsko pravo: splošni del, str. 769.

- če stvar nima lastnosti, ki so potrebne za posebno rabo, za katero jo kupec kupuje, ki pa je bila prodajalcu znana ali bi mu bila morala biti znana;
- če stvar nima lastnosti in odlik, ki so bile izrecno ali molče dogovorjene oz. predpisane;
- če je prodajalec izročil stvar, ki se ne ujema z vzorcem ali modelom, razen če je bil vzorec ali model pokazan le zaradi obvestila.

Vzrok za napako izhaja iz prodajalčeve sfere, če je stvar imela napako takrat, ko je nevarnost prešla na kupca, ne glede na to, ali mu je bilo to znano ali ne (gl. prvi odstavek 458. člena OZ). Po prvem odstavku 468. člena OZ, lahko kupec, ki je o napaki pravočasno in pravilno obvestil prodajalca: (i) zahteva od prodajalca, da napako odpravi ali da mu izroči drugo stvar brez napake (izpolnitev pogodbe), (ii) zahteva znižanje kupnine, (iii) odstopi od pogodbe.

Nastopa pogoja za sprostitev predmeta hrambe, ki bi določal »...če napaka osebnega vozila izvira iz sfere prodajalca, je dolžan notar ...«, v skladu z zakonskimi pooblastili notarja ni mogoče veljavno ugotoviti, saj bi takšna ugotovitev vključevala tudi predhodno potrditev obstoja pravnih dejstev: (i) da obstoji stvarna napaka, (ii) da je stvarna napaka ali vzrok za nastanek stvarne napake obstajal že ob prehodu nevarnosti na kupca in (iii) da kupcu ob sklenitvi pogodbe napake niso bile znane.

Pri določanju pogojev notarske hrambe in posledic izpolnitve posameznega pogoja je potrebno upoštevati, da notar lahko potrjuje le neposredno zaznana dejstva (gl. 29. člen ZN). Notarjeva zakonska pooblastila so v tem delu bistveno ožja, kot so pooblastila sodišča pri odločanju v pravnem postopku. Sodišče v pravnem postopku odloči po svojem prepričanju na podlagi vestne in skrbne presoje vsakega dokaza posebej in vseh dokazov skupaj ter na podlagi uspeha celotnega postopka o tem, katera dejstva se štejejo za dokazana. Notar nima tovrstnih pooblastil. Pri svojem poslovanju je dolžan ravnati s skrbnostjo dobrega pravnega strokovnjaka, kar ne vključuje poznavanja pravil drugih strok (npr. avtomehanične stroke). Zato notar ne more potrditi obstoja ali neobstoja stvarne napake in na tej podlagi tudi ne more odločati o pravicah kupca iz naslova stvarnih napak.

Stranki, ki bi v pogoje notarske hrambe želeli vključiti tudi neodvisno strokovno mnenje o stanju stvari, ki je predmet izpolnitve prodajalčeve obveznosti, bi npr. lahko določili izvedenca ustrezne stroke, ki bi izdelal strokovno mnenje o stanju

stvari ob izročitvi kupcu (o njenih lastnostih in odlikah). Pri tem bi določili, da je notar dolžan ravnati z deponiranim denarnim dobroimetjem v skladu z izvedenčevim mnenjem. Naslednji primer pri pogojih notarske hrambe vključuje razvezni pogoj hrambe, ki se izpolni, če kupec ali izvedenec s pregledom stvari odkrije napako. Ne vključuje pa skritih napak, ki se pokažejo v jamčevalnem roku, ki je pri prodajni pogodbi šest mesecev (gl. drugi odstavek 462. člena OZ).

Primer 3: S pogodbo se prodajalec zaveže, da bo kupcu izročil in nanj prenesel lastninsko pravico na osebnem vozilu, kupec pa se zaveže, da bo plačal kupnino 20.000 EUR tako, da jo bo nakazal na notarski skrbniški račun. Rok za izpolnitev kupčeve obveznosti izteče v osmih dneh po sklenitvi pogodbe, rok za izpolnitev prodajalčeve obveznosti pa izteče v osmih dneh po izpolnitvi kupčeve obveznosti.

Kupec ob sklenitvi pogodbe izroči predmet svoje izpolnitve v notarsko hrambo tako, da plača kupnino na notarski skrbniški račun in o tem obvesti prodajalca.

Kupec ob plačilu kupnine na notarski skrbniški račun določi naj notar plača kupnino na prodajalčev račun, ko prodajalec izpolni svojo pogodbeno obveznost, kar prodajalec izkaže notarju s predložitvijo:

- podpisanega zapisnika o prevzemu osebnega vozila, ki mora obsegati izjavo kupca, da pri pregledu osebnega vozila ni odkril nobenih očitnih napak, ali
- podpisanega zapisnika o prevzemu osebnega vozila in izvedensko mnenje izvedenke avtomehanične stroke dr. M.M., ki vsebuje zaključek, da ima osebno vozilo vse lastnosti, ki so potrebne za običajno rabo.

Če v roku osmih dni od plačila kupnine na notarski skrbniški račun ne bo izpolnjen pogoj, ki ga je določil kupec, notar vrne kupnino na račun kupca.

Razen vračila celotne kupnine v primeru ugotovljenih stvarnih napak, bi bilo v pogojih hrambe mogoče določiti tudi drugačno ravnanje notarja glede na ugotovitve izvedenca in s tem povezane pravice kupca, ki so določene v 468. členu OZ, kot je npr. znižanje kupnine. Izvedenec bi imel v tem primeru položaj tretjega, ki mu je zaupana določitev kupnine, kar je dopustno (gl. 445. člen OZ). Vendar v resnici ni verjetno, da bi se kupec pri sklepanju pogodbe že vnaprej, pri določanju pogojev notarske hrambe kupnine, sprijaznil z možnostjo, da bo dobil manjvredno stvar in je zato ta možnost zanemarljiva. Popolnejše varstvo kupčevih pravic je doseženo, če se v primeru izvedensko ugotovljenih stvarnih napak zaradi neizpolnitve odložnega pogoja in hkrati zaradi izpolnitve razveznega pogoja razveže pogodba o notarski hrambi. Posledica razveze pogodbe o notarski hrambi je vračilo denarnega dobroimetja iz notarske hrambe na račun kupca. Razveza pogodbe o notarski

hrambi ne povzroči tudi razveze prodajne pogodbe. Po razvezi pogodbe o notarski hrambi lahko stranki uredita svoja pravna razmerja v zvezi s prodajno pogodbo v skladu s 468. členom OZ.

Notarska hramba lahko deloma ali v celoti nudi zaščito proti skritim stvarnim napakam, ki jih ob izročitvi nepremičnine ni bilo mogoče ugotoviti in se pokažejo kasneje v jamčevalnem roku. Primer zakonskega varstva potrošnikov pred tveganjem skritih napak kupljene nepremičnine je urejen v ZVKSES. Zakon ščiti potrošnika pred tveganjem skritih napak tako, da nalaga prodajalcu izročitev oz. deponiranje bančne garancije, ki se glasi na znesek petih odstotkov kupnine po prodajni pogodbi. Če prodajalec ne izpolni te obveznosti, lahko kupec deponira pri notarju enak denarni znesek v korist prodajalca kot upravičenca pod pogojem, da prodajalec izpolni to svojo obveznost (gl. tretji in sedmi odstavek 15. člena in 26. člen ZVKSES).

Po prvem in drugem odstavku 23. člena ZVKSES prodajalec odgovarja za napake nepremičnine, ki jih ni bilo mogoče ugotoviti ob prevzemu nepremičnine (skrite napake), če se skrite napake pokažejo v dveh letih od prevzema nepremičnine. Prodajalec odgovarja za skrite napake, ki imajo značilnost napak v solidnosti gradbe (662. člen OZ), če se te pokažejo v desetih letih od prevzema nepremičnine. ZVKSES v 24. členu določa način pravnega kupčevega grajanja stvarnih napak. Kupec mora prodajalca pisno obvestiti o skritih napakah najkasneje v dveh mesecih, šteto od dneva, ko je napako ugotovil, oz. v šestih mesecih, če gre za napako v solidnosti gradbe, sicer izgubi pravico sklicevati se na to napako. Po 25. členu ZVKSES mora prodajalec v petnajstih dneh od prejema obvestila o napaki pregledati nepremičnino in kupcu v nadaljnjih petnajstih dneh dostaviti obvestilo o vzrokih za napako in o načinu, na katerega namerava odpraviti napako. Prodajalec mora napako, o kateri je bil obveščen, odpraviti najkasneje v roku dveh mesecev po prejemu obvestila. Če napaka onemogoča oz. bistveno ovira normalno uporabo nepremičnine, jo mora prodajalec odpraviti takoj oz. v najkrajšem možnem času. Če prodajalec ne odpravi napake, lahko kupec (i) bodisi vztraja pri zahtevku za odpravo napak, (ii) bodisi sam odpravi to napako na stroške prodajalca, (iii) bodisi zahteva znižanje kupnine.

ZVKSES varuje potrošnike pred skritimi napakami, ki se pokažejo v dveh letih od prevzema nepremičnine. Zato v 26. členu določa prodajalčevo obveznost, da mora za zavarovanje svoje obveznosti odpraviti napake, ki se bodo pokazale v dveletnem

jamčevalnem roku kupcu hkrati z izročitvijo nepremičnine izročiti nepreklicno bančno garancijo, s katero se banka zavezuje, da bo na prvi poziv kupca in brez ugovorov izplačala znesek, na katerega se glasi bančna garancija. Bančna garancija se mora glasiti na znesek, ki je enak petim odstotkom kupnine po prodajni pogodbi, rok veljavnosti bančne garancije pa mora biti najmanj 26 mesecev, šteto od pridobitve uporabnega dovoljenja. Prodajalec lahko po prvem odstavku 26. člena ZVKSES pridobi bančno garancijo za vsako stanovanje posebej in jo izroči neposredno vsakemu kupcu. Namesto tega pa ima prodajalec možnost, da po četrtem odstavku 26. člena ZVKSES pri notarju deponira eno ali več bančnih garancij z rokom veljavnosti najmanj 26 mesecev, ki jih je pridobil od izvajalcev del na stavbi. Skupni znesek, na katerega se glasijo vse garancije, mora biti najmanj enak petim odstotkom skupnega zneska vseh kupnin za vse posamezne dele stavbe, izdane pa morajo biti v korist notarja kot upravičenca iz garancije tako, da se banka z garancijo nepreklicno zavezuje, da bo na prvi poziv notarja in brez ugovorov izplačala znesek, na katerega se glasi garancija. Notar mora unovčiti bančno garancijo v korist vseh etažnih lastnikov stavbe, če tako zahtevajo etažni lastniki, ki so skupaj imetniki najmanj polovice solastniških deležev na skupnih delih stavbe, in ga nakaže v dobro računa, ki ga etažni lastniki navedejo v zahtevi za unovčenje.

Zakon v obeh primerih (po prvem in po četrtem odstavku 26. člena ZVKSES) zahteva neodvisno (abstraktno oz. neakcesorno) bančno garancijo. Razlika je le v določitvi upravičenca. Upravičenec iz bančne garancije po prvem odstavku 26. člena je kupec nepremičnine. Upravičenec iz bančnih garancij po četrtem odstavku 26. člena pa je notar. Garantova obveznost je v obeh primerih abstraktna in ni odvisna od temeljnega pravnega posla. Najpomembnejši del obeh garancij je zaveza banke, da bo na prvi poziv kupca (kadar je upravičenec kupec) oz. na prvi poziv notarja (kadar je upravičenec notar) brez ugovorov upravičencu izplačala znesek garancije (gl. prvi odstavek 26. člena in 2. točko četrtega odstavka 26. člena ZVKSES).

Po tretjem odstavku 15. člena ZVKSES ima kupec pravico zadržati plačilo petih odstotkov kupnine, če prodajalec ob izročitvi nepremičnine kupcu ne izroči oz. ne deponira bančne garancije za odpravo skritih napak (26. člen). Po sedmem odstavku 15. člena ZVKSES kupec znesek zadržane kupnine deponira pri notarju v korist prodajalca kot upravičenca pod pogojem, da prodajalec izpolni obveznost iz 26. člena ZVKSES.

Pri neodvisni bančni garanciji je izplačilo garantiranega zneska neodvisno od temeljnega posla. Ko upravičenec postavi zahtevo za izplačilo, garant nima ugovorov iz temeljnega posla. Zaradi neodvisne narave bančne garancije ima upravičenec pravico do plačila tudi, če obveznost iz temeljnega posla (za zavarovanje katerega je garancija izdana) ni prekršena. Neodvisna bančna garancija omogoča neupravičeno pridobitev zneska iz naslova garancije.¹⁹

Tako kot to velja za bančno garancijo, je tudi za notarsko hrambo bančne garancije značilna njena neodvisnost od osnovnega pravnega posla. Notar mora unovčiti bančno garancijo v korist vseh etažnih lastnikov stavbe, če tako zahtevajo etažni lastniki, ki so skupaj imetniki najmanj polovice solastniških deležev na skupnih delih stavbe, in ga nakaže v dobro računa, ki ga etažni lastniki navedejo v zahtevi za unovčenje. Pri tem notar ne more in ne sme preverjati, ali je zahteva za unovčenje bančne garancije utemeljena v dejanskem obstoju stvarnih napak nepremičnine. Abstraktnost in neodvisnost od temeljnega pravnega posla (prodajna pogodba) je skupna značilnost notarske hrambe in neodvisne bančne garancije. Razlog je v zaščiti potrošnika in njegovih življenjskih prihrankov pri reševanju stanovanjskega vprašanja.

2.5.2 Preverjanje pravnih napak izpolnitve

Pravilna izpolnitev pogodbene dajatvene obveznosti je opravljena, če dolжник prenese na upnika lastninsko pravico na stvari, ki nima stvarnih in pravnih napak (gl. 100. člen OZ). Pravne napake lahko nastanejo samo pri nedennarnih dajatenih obveznostih.²⁰ Pogodbenuk odgovarja za pravne napake izpolnitve in mora varovati drugo stranko pred pravicami in zahtevki tretjih oseb, s katerimi bi bila njena pravica izključena ali zožena. Za te dolžnikove obveznosti se smiselno uporabljajo določbe OZ o odgovornosti prodajalca za stvarne in pravne napake, če ni za posamezen primer predpisano kaj drugega. Po 488. členu OZ prodajalec odgovarja, če ima na prodani stvari kdo tretji kakšno pravico, ki izključuje, zmanjšuje ali omejuje kupčevo pravico, pa o njej kupec ni bil obveščeu in tudi ni privolil, da bi vzel stvar, ki je z njo obremenjena. Prodajalec kakšne druge pravice odgovarja, da ta obstaja in da ni pravnih ovir za njeno uveljavitev.

¹⁹ V. Kranjc, v: N. Plavšak, M. Juhart (ur.), 2004, Obligacijski zakonik s komentarjem: posebni del, str. 1257; J. Sekolec, »Plačaj takoj, ugovarjaj kasneje«: neodvisna bančna garancija in stand-by akreditiv, 1997, str. 6; M. Šlamberger, Bančna garancija in ZVKSES, 2007, str. 6–9.

²⁰ N. Plavšak, v: N. Plavšak, M. Juhart, R. Vrenčur, 2009, Obligacijsko pravo: splošni del, str. 812.

Notar je pri svojem poslovanju dolžan ravnati s skrbnostjo dobrega pravnega strokovnjaka. Zato lahko v okviru te skrbnosti zagotovi upoštevanje pravih stvarnega prava v zvezi z odgovornostjo prodajalca za pravne napake. Stranki tako lahko med pogoje hrambe uvrstita tudi notarjevo preverjanje obstoja pravnih napak. Kadar je predmet izpolnitve prodajalčeve obveznosti nepremičnina, lahko notar preveri pravilnost zemljiškoknjižnega dovolila in pravno stanje nepremičnine v določenem trenutku.

Pravilna izpolnitev prodajalca glede pravnega stanja stvari obsega ustrezen razpolagalni pravni posel v korist kupca, zagotovitev pravnih pogojev za kupčevo pridobitev lastninske pravice in zagotovitev pravnih pogojev, da pravno stanje stvari ustreza pogodbeno dogovorjenemu pravnemu stanju.²¹

Razpolagalni posel pri prodaji premičnine je izročitev premičnine v posest kupca. Po drugem odstavku 11. člena SPZ se domneva, da je lastniški posestnik premičnine njen lastnik. Za preverjanje pravilne izpolnitve prodajalca glede pravnega stanja premičnine torej ni potrebno pravno znanje. Zadostuje fizični dostop do stvari in je zato preverjanje posestnika določene premičnine prepuščeno kupcu (upniku), tudi če je pravni laik. Pri premičninah, ki se vpisujejo v uradne evidence, kot npr. vozila, se lastninska pravica določene osebe lahko izkaže s potrdilom organizacije, ki vodi uradno evidenco ali s prometnim dovoljenjem. Po 11. točki 3. člena Zakona o motornih vozilih²² (ZMV-1) je lastnik vozila oseba, ki je kot taka vpisana v evidenci registriranih vozil, vsako spremembo podatkov v prometnem dovoljenju (npr. spremembo lastništva) pa je po tretjem odstavku 32. člena ZMV-1 treba v 15 dneh prijaviti registracijski organizaciji.

Poleg lastninske pravice v popis pravnega stanja sodijo tudi morebitne pravice tretjih. Ročna zastava po 155. členu SPZ nastane na podlagi veljavne zastavne pogodbe, ko zastavitelj zastavnemu upniku izroči zastavljeno premičnino v neposredno posest ali če se zastavljena premičnina izroči v neposredno posest tretjemu tako, da njeno izročitev lahko zahteva samo zastavni upnik. Po 156. členu SPZ dobroverni zastavni upnik pridobi zastavno pravico, tudi če zastavitelj ni imel pravice razpolagati, če ima zastavitelj premičnino v svoji posesti po volji njenega lastnika. Zastavni upnik, ki je v dobri veri glede neobstoja drugih zastavnih pravic,

²¹ Prav tam, str. 814–847.

²² Uradni list RS, št. 75/17 in 92/20 – ZPrCP-E.

pridobi zastavno pravico z najboljšim vrstnim redom, če ima zastavitelj premičnino v svoji posesti. Neposestna zastavna pravica na premičninah ter posledice vpisa v register neposestnih zastavnih pravic in zarubljenih premičnin so urejene v 170. do 177.a členu SPZ. Zastavitelj nima pravice odtujiti ali obremeniti zastavljene premičnine brez soglasja zastavnega upnika. Po drugem odstavku 140. člena SPZ hipoteka obsega tudi pritikline, ki so v lasti zastavitelja.

Primer 4: S pogodbo se prodajalec zaveže, da bo kupcu izročil in nanj prenesel lastninsko pravico na osebnem vozilu, kupec pa se zaveže, da bo plačal kupnino 20.000 EUR tako, da jo bo nakazal na notarski skrbniški račun. Rok za izpolnitev kupčeve obveznosti izteče v osmih dneh po sklenitvi pogodbe, rok za izpolnitev prodajalčeve obveznosti pa izteče v osmih dneh po izpolnitvi kupčeve obveznosti.

Kupec ob sklenitvi pogodbe izroči predmet svoje izpolnitve v notarsko hrambo tako, da plača kupnino na notarski skrbniški račun in o tem obvesti prodajalca.

Kupec ob plačilu kupnine na notarski skrbniški račun določi naj notar plača kupnino na prodajalčev račun, ko prodajalec izpolni svojo pogodbeno obveznost, kar prodajalec izkaže notarju s predložitvijo:

1. potrdila registracijske organizacije, ki izkazuje, da je prodajalec lastnik osebnega vozila in
2. podpisanega zapisnika o prevzemu osebnega vozila in
 - 2.1 izjavo kupca, da pri pregledu osebnega vozila ni odkril nobenih očitnih napak ali
 - 2.2 izvedensko mnenje izvedenke avtomehanične stroke (dr. M.M.), ki vsebuje zaključek, da ima osebno vozilo vse lastnosti, ki so potrebne za običajno rabo.

Če v roku osmih dni od plačila kupnine na notarski skrbniški račun ne bo izpolnjen pogoj iz prejšnjega odstavka ali če ob izpolnitvi pogojev iz prejšnjega odstavka notar z vpogledom v register neposestnih zastavnih pravic ugotovi, da je osebno vozilo predmet neposestne zastavne pravice, notar vrne kupnino na račun kupca.

Če se pogoji za izročitev predmeta prodajalčeve obveznosti ne izpolnijo zaradi pravne napake predmeta izpolnitve, se pogodba o notarski hrambi razveže in notar vrne predmet izpolnitve kupčeve obveznosti kupcu. To pa še ne pomeni avtomatično razveze prodajne pogodbe, ki jo kupec lahko uveljavi po pravilih 488. do 495. člena v zvezi s tretjim odstavkom 100. člena OZ.

Primer varstva strank pred pravnimi napakami izpolnitve pogodbenih obveznosti je ureditev notarske hrambe po ZVKSES, ki določa pravila o prodaji stanovanj in enostanovanjskih stavb z namenom zaščititi končne kupce pred tveganjem neizpolnitve obveznosti investitorja oz. vmesnega kupca kot prodajalca po prodajni

pogodbi. Skrbniške storitve, urejene v 2. poglavju ZVKSES, se opravljajo z izključnim namenom zaščititi končne kupce pred tveganjem, da investitor oz. vmesni kupec zaradi stečaja, plačilne nesposobnosti ali drugih razlogov ne bo izpolnil vseh obveznosti do končnih kupcev oz. ne bo sposoben končnim kupcem vrniti plačanih obrokov kupnine v primeru razveze prodajnih pogodb (gl. 1. člen ZVKSES).

Poleg notarjeve dolžne poklicne skrbnosti, ki obsega splošne pojasnilne in opozorilne obveznosti strankam po ZN (gl. npr. 42. člen ZN), določa ZVKSES tudi konkretne ukrepe preverjanja prodajalčeve izpolnitve pogodbenih obveznosti brez pravnih napak. V ta okvir sodijo notarjeve obveznosti pri sestavi notarskega zapisa splošnih pogojev prodaje (gl. 8. in 9. člen ZVKSES). Opravila v zvezi s preprečevanjem pravnih napak so predpisana že v zgodnji fazi posla pred začetkom prodaje. Notar mora pred začetkom oglaševanja preveriti pogoje za sklepanje prodajnih pogodb. Med te pogoje sodi preverjanje, ali je prodajalec lastnik ali imetnik stavbne pravice na zemljiški parceli, na kateri bo gradil, ter ali je za gradnjo izdano dokončno gradbeno dovoljenje. Poleg tega zakon ureja uporabo zemljiškoknjižnih institutov, s katerimi notar uresničuje pravice kupcev pri nakupu nepremičnin in posebej v primeru razveze prodajnih pogodb. Sem sodi maksimalna hipoteka, pravica prepovedi odtujitve in obremenitve ter zaznamba vrstnega reda za pridobitev etažne lastnine.

2.6 Upravičenec ima storitveno obveznost

Storitve so opravljanje ali izvršitev kakšnega dela. Pri storitvi se ne prenese pravica do stvari, izpolnitev ni oprijemljiva, z delom se doseže oz. skuša doseči kakšen namen. Ta namen je lahko dejanski (npr. prevoz blaga z enega kraja v drug kraj) ali pa pravni (npr. dati izjavo volje).²³

Sklepanje pogodb o notarski hrambi med strankami storitvenih pogodb in notarjem v praksi ni pogosto. Posebno to velja za pogodbe, iz katerih izhajajo storitvene obveznosti, ki po razvrščanju storitvenih obveznosti glede na njihov dosežek (rezultat) spadajo med obligacije prizadevanja. Med obligacije prizadevanja spadajo predvsem storitve, pri katerih je uresničitev (uspeh) končnega cilja naročnika storitve odvisna tudi od naravnih lastnosti osebe, v korist katere se storitve opravljajo. To velja za vse storitve, v zvezi s katerimi je končni interes naročnika neka nematerialna

²³ S. Cigoj, 1976, *Obligacije*, str. 57.

dobrina (npr. zdravje, pridobitev znanja ipd.).²⁴ Predmet obveznosti izvajalca je namreč strokovno skrbno prizadevanje izvajalca v smeri končnega interesa naročnika. Preverjanje strokovne pravilnosti storitev med izvajanjem bi motilo izvajalca in bi že iz tega razloga lahko povzročilo napake. Preverjanje skladnosti rezultata z naročnikovim končnim interesom pa ne bi bilo v skladu z naravo obveznosti.

Učinkovitejša je lahko notarska hramba v zvezi s storitvenimi obveznostmi rezultata. Primer je gradbena pogodba, ki jo ureja OZ v 649. do 665. členu.

Primer 5: Z gradbeno pogodbo, št. 24 z dne 30. 6. 2021, se je izvajalec zavezal naročniku, da bo po projektu št. 24/02 v roku do 30. 6. 2022 zgradil objekt, naročnik pa se je zavezal, da bo izvajalcu za to plačal 1.000.000,00 EUR, od tega 10 odstotkov ob sklenitvi pogodbe, 50 odstotkov v roku osmih dni po izdani začasni situaciji, 40 odstotkov pa v roku osmih dni po primopredaji zgrajenega objekta in potrditvi končnega obračuna. Naročnik je dolžan zadnji del pogodbene cene v znesku 400.000,00 EUR plačati na notarski skrbniški račun.

Naročnik ob plačilu zneska 400.000,00 EUR na notarski skrbniški račun pooblasti notarja, da deponirani znesek iz notarske hrambe izplača na račun izvajalca, ko prejme:

- končni obračun o izvedbi vseh del po gradbeni pogodbi, št. 24 z dne 30. 6. 2021, potrjen (podpisan) s strani naročnikovega nadzornega organa, in
- končno situacijo, potrjeno (podpisano) s strani naročnika.

Če notar v roku do 15. 7. 2022 ne prejme listin, ki jih je določil naročnik, vrne prejeto denarno dobroimetje iz skrbniškega računa na račun naročnika.

2.7 Upravičenec ima negativno obveznost (opustitev, dopustitev)

Negativno obveznost stranka prevzame samo, če ima pravico, da pozitivno ravna, pa se obveže, da te pravice ne bo izpolnjevala. Ne bi šlo za veljavo negativno obveznost, če se stranka zaveže, da česa ne bo storila, česar že tako ali tako nima pravice storiti (npr. *neminem laedere*, nikomur povzročiti nezakonito škodo). Primer ekskluzivnega pogodbenega razmerja, iz katerega izvira opustitvena obveznost, je pogodba o trgovskem zastopanju, pri kateri zastopnik ne sme brez naročiteljeve privolitve prevzeti obveznosti, da bo na istem območju in za isto vrsto poslov ali za

²⁴ N. Plavšak, v: N. Plavšak (ur.), 2020, Obligacije, splošni del: Komentar splošnega dela Obligacijskega zakonika, str. 117 in 118.

isti krog strank delal za drugega naročitelja (peti odstavek 807. člena OZ). *Cigoj*²⁵ navaja primer igralca, ki prevzame negativno obveznost, da v času, ko je angažiran pri enem gledališču, ne bo nastopal pri drugih gledališčih ali pri filmih.

V korporacijskem pravu je primer opustitvene obveznosti obveznost določenih oseb (družbenikov, članov organov vodenja in nadzora itd.) gospodarske družbe, da ne smejo sodelovati v nobeni od teh vlog v kateremkoli konkurenčnem subjektu (gl. 41. člen ZGD-1). Konkurenčna prepoved (zakonska ali pogodbeno) ter prepoved izdajanja delodajalčevih poslovnih skrivnosti tretjim se pojavlja tudi v pravu delovnih razmerij (gl. 38. do 42. člen ZDR-1). V stvarnem pravu je primer opustitvene obveznosti negativna stvarna služnost, pri kateri ima lastnik gospodujoče nepremičnine pravico zahtevati od lastnika služne stvari, da opušča določena dejanja, ki bi jih sicer imel pravico izvrševati na svoji nepremičnini (gl. 213. člen SPZ).

Primer dopustitvene (pasivne oz. negativne) obveznosti je obveznost lastnika služne nepremičnine, ki mora dopustiti lastniku gospodujoče nepremičnine, da hodi in se vozi po služni nepremičnini.

Dogovori o notarski hrambi v zvezi z opustitvenimi in dopustitvenimi (negativnimi) obveznostmi upravičenca so možni, vendar so v praksi redki.

3 Predpostavke notarske hrambe

3.1 Splošne predpostavke dopustnosti notarskega poslovanja

Slovenski predpisi ne vsebujejo posebnih določb o predpostavkah, ki morajo biti izpolnjene za veljaven sprejem predmeta v notarsko hrambo. Po splošnih določbah ZN morajo biti za prevzem predmeta v notarsko hrambo izpolnjene splošne predpostavke notarskega poslovanja. Vsebino teh predpostavk določajo prepovedi v 22. in 23. členu ZN.

Prva predpostavka je izpolnjena, če notar ni v sorodstvenem ali v drugačnem subjektivnem razmerju s stranko (gl. 22. člen ZN). Druga predpostavka je izpolnjena, če sta osnovni pravni posel, v zvezi s katerim se opravlja notarska hramba, in

²⁵ S. Cigoj, 1976, *Obligacije*, str. 58 in 59.

pogodba o notarski hrambi dopustna. Posel je nedopusten, če pogodbeno obveznost oz. izpolnitveno ravnanje prepovedujejo pravna pravila. Kršitev teh prepovedi povzroči ničnost pogodbe. Po splošnem pravilu 86. člena OZ je pogodba, ki nasprotuje ustavi, prisilnim predpisom ali moralnim načelom nična, če namen kršenega pravila ne odkazuje na kakšno drugo sankcijo ali če zakon v posameznem primeru ne predpisuje kaj drugega. OZ določa tudi posebna pravila o ničnostnih razlogih. Po 35. členu OZ je pogodba nična, če je predmet obveznosti (oz. pogodbeni obveznost ali predmet izpolnitvenega ravnanja) nemogoč, nedopusten, nedoločen ali nedoločljiv. Predmet obveznosti je nedopusten, kadar je v nasprotju z ustavo, s prisilnimi predpisi ali z moralnimi načeli. Po četrtem odstavku 39. člena OZ je pogodba nična, če nima podlage (razloga oz. poslovne podlage) ali če je podlaga nedopustna (če je v nasprotju z ustavo, s prisilnimi predpisi ali z moralnimi načeli). Po 60. členu OZ pa je nična pogodba, v kateri je postavljen odložni ali razvezni pogoj, ki je v nasprotju z ustavo, s prisilnimi predpisi ali z moralnimi načeli. Poleg tega je pogodba po 55. členu OZ oz. po 48. členu ZN nična tudi, če ni sklenjena v predpisani pisni obliki (52. člen OZ) oz. v predpisani obliki notarskega zapisa (47. člen ZN).

Poleg prepovedi nedopustnih poslov 23. člen ZN prepoveduje tudi notarjevo poslovanje pri sklepanju navideznih poslov ter pri sklepanju poslov z namenom, da bi se stranke izognile zakonskim obveznostim ali da bi protipravno oškodovale tretjo osebo.

Navidezna (fiktivna) pogodba nima pravnih učinkov. Stranki jo skleneta, ne da bi imeli resen namen prevzeti obveznosti in pridobiti pravice, ki so vsebina te pogodbe. Položaj pri navidezni pogodbi je podoben kot pri obojestranski zmoti, le da sta pri obojestranski zmoti stranki po pomoti izjavili voljo z drugačno vsebino od oblikovane, pri navidezni pogodbi pa sta to storili namenoma. Stranki skleneta navidezno pogodbo z namenom tretjim osebam prikriti resnično vsebino medsebojnih pravic in obveznosti, za katere sta se dogovorili.²⁶

Notar ne sme opravljati svojih storitev v poslih, o katerih sumi, da jih stranke sklepajo samo navidezno ali zato, da bi se izognile zakonskim obveznostim ali da bi protipravno oškodovale tretjo osebo (gl. 23. člen ZN). Običajno stranke sklenejo

²⁶ N. Plavšak, v: N. Plavšak (ur.), 2020, *Obligacije*, splošni del: Komentar splošnega dela Obligacijskega zakonika, str. 255–257.

navidezen pravni posel bodisi zaradi izogibanja zakonskim obveznostim bodisi zaradi oškodovanja tretjih oseb. Stranki npr. pogodbeno določita fiktivno (nižjo) kupnine zaradi izogibanja plačila višjega davka na promet nepremičnin ali pa odsvojitelj prenese lastninsko pravico na tretjega na podlagi navidezne pogodbe v škodo upnikov. Z dogovorom o dalj časa trajajoči hrambi denarnega dobroimetja se morda stranke želijo izogniti upnikom, ki že imajo izvršilne naslove.²⁷ Notar ne more poznati vseh okoliščin, ki so pomembne pri določanju vsebine pogodbe. Poleg tega se glede na svojo objektivno neodvisno pozicijo pri sklepanju pogodbe ne sme vtikati v določanje vrednosti medsebojnih izpolnitev. Na pogodbeno določitev vrednosti, poleg ekonomskih in dejanskih elementov, vplivajo tudi subjektivne okoliščine strank. Ker notar nima celovitega vpogleda v obseg in vrednost strankinega premoženja, ne more zanesljivo oceniti zmožnosti poplačila njenih obveznosti. Poleg tega so pogodbe, ki so sklenjene v škodo upnikov, izpodbojne (gl. 255. do 260. člen OZ in 269. do 278. člen Zakona o finančnem poslovanju, postopkih zaradi insolventnosti in prisilnem prenehanju;²⁸ ZFPPIPP). Izpodbojnost varuje interese ene izmed pogodbenih strank. Ta mora sama uveljaviti sankcijo izpodbojnosti v določenem roku. Prepoved notarjevega poslovanja po 23. členu ZN ni določena zaradi preprečevanja sklepanja izpodbojnih pravnih poslov in notar zgolj zaradi teoretične možnosti izpodbijanja pravnega posla ne sme odkloniti notarske storitve.²⁹ Čeprav za odklonitev notarske storitve zadošča sum fiktivnega (navideznega) posla, je zaradi prikrivanja resnične vsebine dogovora težko ugotoviti navideznost prikazanega pravnega razmerja. Notar bi s pretiranim posegom (odklonitvijo notarske storitve) lahko prekršil svojo objektivno vlogo. Vendar mora v okviru svoje pojasnilne obveznosti po 42. členu ZN opozoriti stranke na tveganja v zvezi s sklenitvijo pravnega posla ali izjave volje ter jih odvrčati od nejasnih, nerazumljivih ali dvoumnih izjav ter jih izrecno opozoriti na možne pravne posledice takšnih izjav. Če stranke pri svojih izjavah vztrajajo, jih mora vnesti v notarsko listino, ob tem pa navesti tudi opozorila, dana strankam v zvezi z njimi.

²⁷ Gl. točko 5.

²⁸ Uradni list RS, št. 176/21 – uradno prečiščeno besedilo, 178/21 – popr., 196/21 – odl. US, 157/22 – odl. US, 35/23 – odl. US in 57/23 – odl. US.

²⁹ Če bi notar sklenitvi pogodbe opozarjal stranki na tveganja zaradi obstoja izpodbojnega razloga čezmerne prikrajšanja po 118. členu OZ ali bi celo odklonil notarsko storitev iz tega razloga, bi prestopil mejo objektivnega svetovalca. Gotovo pa mora notar opozoriti stranki na izpodbojnost prodajne pogodbe zaradi kršitve zakonske predkupne pravice solastnikov nepremičnine po tretjem odstavku 66. člena SPZ.

3.2 Posebne predpostavke dopustnosti notarske hrambe listin

Za hrambo listin po 87. členu ZN na prvi pogled ni nobenih posebnih zakonskih zahtev in je notar dolžan prevzeti v hrambo listine vsake vrste. Kljub temu ne smemo prezreti pomembne podrobnosti drugega odstavka 87. člena ZN, po katerem mora notarski zapisnik o prevzemu listine v hrambo obvezno vsebovati tudi namen pologa listine in komu naj se izroči. Lahko sklepamo, da ni dopustno prevzeti listine v notarsko hrambo brez posebnega namena, npr. zgolj zaradi shranjevanja samega. Dogovor o hrambi listine zgolj z namenom shranjevanja (gl. 729. člen OZ) med stranko in notarjem kot pravnim strokovnjakom in osebo javnega zaupanja ni dopusten in tudi ne bi bil smiseln. Podobno nesmiselna bi bila podjemna pogodba, s katero bi se notar (v okviru notarskega poslovanja) zavezal stranki, da ji bo pokosil trato pred hišo.

S prevzemom v hrambo se notar deponentu zaveže, da bo hranil predmet in ga izročil upravičencu, če se izpolnijo pogoji, ki jih ob izročitvi v notarsko hrambo določi deponent, oz. vrnil deponentu, če se ti pogoji ne izpolnijo do določenega roka. To pravilo (določba drugega odstavka 87. člena ZVKSES) je osnova za preverjanje dopustnosti notarske hrambe in predpisuje uporabo vsebinskih pravil ZVKSES za notarsko hrambo, ki se opravlja z namenom zaščite pogodbene stranke pred tveganjem neizpolnitve druge pogodbene stranke. ZVKSES ne določa, da je dopustna zgolj notarska hramba, s katero se želijo stranke zavarovati pred tveganjem nasprotno neizpolnitve. Vendar pa lahko iz tega splošnega pravila izpeljemo pomembno posebno pravilo, da je dopustna notarska hramba, ki se opravlja zaradi zaščite pogodbene stranke pred tveganjem neizpolnitve druge pogodbene stranke in hkrati izpolnjuje splošne predpostavke notarskega poslovanja po 22. in 23. členu ZN.

Tako so predpostavke hrambe listin, ki so določene v ZN in ZVKSES, naslednje:

- izpolnjene morajo biti splošne predpostavke dovoljenosti notarskega poslovanja in³⁰
- deponent mora v nalogu za hrambo listin določno opredeliti:

³⁰ Gl. poglavje 3.1. tega prispevka.

- namen, ki ne sme biti zgolj shranjevanje listin po 729. členu OZ, ampak zaščita pogodbene stranke pred tveganjem neizpolnitve druge pogodbene stranke ali drug dopusten namen,
- pogoje za izročitev predmeta hrambe upravičencu,
- upravičenca,
- rok hrambe, po katerem se predmet hrambe vrne deponentu, če se ne izpolnijo pogoji za izročitev upravičencu.

3.3 Posebne predpostavke dopustnosti notarske hrambe denarja in vrednostnih papirjev

Sprejem denarja in vrednostnih papirjev v notarsko hrambo je že po zakonu prepuščen presoji notarja (gl. prvi odstavek 88. člena ZN). Po navedenem pravilu je dolžan notar prevzeti gotovino, menice, čeke in druge vrednostne papirje samo, če so mu ob sestavljanju notarskega zapisa predani z namenom, da jih izroči določeni osebi ali državnemu organu. Ta določba bi morala biti zaradi pomembnosti in tveganosti hrambe denarnega dobroimetja bolj jasno zapisana. Njena pravilna razlaga je, da je notar dolžan sprejeti denar ali vrednostne papirje v hrambo le, če so pogoji hrambe določeni v notarski listini. Smisel pravila je, da notar na podlagi svoje zakonske svetovalne funkcije sodeluje pri določanju pogojev hrambe, sicer bi notarska hramba tako pomembnega premoženja, ob laično določenih pogojih sprostitev predmeta hrambe, predstavljala preveliko tveganje za udeležence. V takem primeru lahko notar odkloni sprejem denarja ali vrednostnih papirjev v hrambo. Zakon torej poleg predpostavk, ki morajo biti izpolnjene za sprejem listin v notarsko hrambo, določa tudi dodatno obvezno predpostavko, ki je notarjev sprejem (akcept) denarja in vrednostnih papirjev v hrambo. Notarjev akcept se mora nanašati predvsem na namen notarske hrambe, ki ga je opredelil deponent, poleg tega pa tudi na vse preostale sestavine deponentovega naloga. Notar izjavi akcept s sestavo notarske listine o hrambi. To je lahko bodisi notarski zapis pravnega posla, iz katerega izvirajo obveznosti, ki se zavarujejo z notarsko hrambo, bodisi notarski zapisnik izjave deponenta o določitvi pogojev hrambe.

ZVKSES ne določa razlik med hrambo listin in ostalih predmetov hrambe in tudi ne ureja notarjeve diskrecije za sprejem denarja in vrednostnih papirjev. Akcept je enako urejen za vse predmete hrambe v prvem odstavku 88. člena ZVKSES, ki določa, da se notar s prevzemom predmeta v hrambo po 87. oz. 88. členu ZN zaveže deponentu, da bo ta predmet hranil, in ga izročil upravičencu, če se izpolnijo pogoji,

ki jih ob izročitvi predmeta hrambe v notarsko hrambo določi deponent, oz. vrnil deponentu, če se pogoji ne izpolnijo do določenega roka.

ZN omejuje sprejem denarja in vrednostnih papirjev v notarsko hrambo tudi z obveznim namenom, ki je izročitev predmeta hrambe določeni osebi ali državnemu organu. Prvi odstavek 88. člena ZN določa, da je dolžan prevzeti gotovino, menice, čeke in druge vrednostne papirje samo, če so mu ob sestavljanju notarskega zapisa predani z namenom, da jih izroči določeni osebi ali državnemu organu. Notarski zapisnik o prevzemu (ali notarski zapis osnovnega pravnega posla, v zvezi s katerim je dogovorjena notarska hramba) mora obvezno vsebovati deponentovo izjavo, kako ravnati s prevzetimi stvarmi. Izjava deponenta o namenu hrambe je obvezna sestavina notarske listine.

Opredelitev upravičenca »določena oseba ali državni organ« nima posebnega vsebinskega pomena, saj določena oseba lahko pomeni katerokoli pravno ali fizično osebo. Oznaka »državni organ« pa pomeni subjekte v okviru državne uprave, ki nimajo lastnosti pravne osebe, npr. ministrstvo, ali organe v sestavi ministrstva. Organ v sestavi ministrstva je npr. inšpektorat, ki je po prvem odstavku 88. člena ZN lahko upravičenec do prevzema denarja ali vrednostnih papirjev iz notarske hrambe, čeprav nima lastnosti pravne osebe.

Ni dopustna hramba, kadar jo želijo stranke zgolj zaradi hrambe same, tako da bi predmet hrambe po preteku določenega obdobja zahtevale nazaj. To bi bila shranjevalna pogodba (gl. 729. člen OZ). Sklepanje shranjevalne pogodbe s strankami ne spada med notarjeve pristojnosti po 2. členu ZN. Tako izrecno določa Zakon o trgu finančnih instrumentov³¹ (ZTFI-1) (gl. deseti odstavek 296. člena³²) glede pogodbe o vodenju vrednostnih papirjev. Notar ne sme voditi nematerializiranih vrednostnih papirjev stranke na fiduciarnem računu, kadar je predmet ali podlaga pogodbe, na podlagi katere bi se nematerializirani vrednostni papirji vodili na fiduciarnem računu, le vodenje teh nematerializiranih vrednostnih papirjev na fiduciarnem računu. Notarska hramba nematerializiranih vrednostnih papirjev na fiduciarnem računu po ZTFI-1 je dopustna le, če je njen namen izvedba prodajne pogodbe ali izvedba drugih pravnih poslov oz. postopkov, ki so skupni več imetnikom nematerializiranih vrednostnih papirjev. Podlaga (razlog) in predmet

³¹ Uradni list RS, št. 77/18, 17/19 – popr., 66/19 in 123/21.

³² Trajanje vodenja vrednostnih papirjev na fiduciarnem računu je omejeno na dvanajst mesecev in se lahko podaljša le s soglasjem Agencije za trg vrednostnih papirjev.

izpolnitvenega ravnanja strank (deponenta, upravičenca in notarja) pri pogodbi o notarski hrambi ne sme biti enak podlagi in izpolnitvenemu ravnanju po shranjevalni pogodbi. Notarska hramba vrednostnih papirjev, katere namen in podlaga bi bila enaka kot pri shranjevalni pogodbi oz. pri pogodbi o depozitu vrednostnih papirjev, je nedopustna.

Zanimivo je, da ZTFI-1 omejuje čas vodenja vrednostnih papirjev na fiduciarnem računu na dvanajst mesecev in za podaljšanje tega obdobja predpisuje soglasje Agencije za trg vrednostnih papirjev. Pogoj za podaljšanje je izpolnjen, če notar (ali drug imetnik fiduciarnega računa) izkaže verjetnost, da je tako daljše vodenje potrebno zaradi izpolnitve pogojev za izvedbo poslov nakupa ali prodaje ali vodenja ali zaradi predvidenega daljšega trajanja pravnih postopkov. V tej zvezi je zanimiva primerjava z enakim (eno letnim oz. dvanajst mesečnim) zakonsko določenim rokom veljavnosti zaznambe vrstnega reda po 71. členu Zakona o zemljiški knjigi³³ (ZZK-1). To je hkrati tudi omejitev trajanja notarske hrambe pravice razpolaganja z zaznamovanim vrstnim redom. Slovensko pravo ne omejuje časa trajanja notarske hrambe denarja. Takih omejitev tudi ni v primerjalnem pravu. Vendar bi bila dolgotrajna notarska hramba denarja v nekaterih primerih lahko v pomoč dolžnikom pri izogibanju upnikom z izvršilnimi naslovi.³⁴ Zato bi tudi v zvezi s hrambo denarja kazalo razmisliti o zakonski časovni omejitvi po zgledu ZTFI-1 (fiduciarni računi vrednostnih papirjev) in po zgledu ZZK-1 (notarska hramba pravice razpolaganja z vrstnim redom).

Predpostavke hrambe denarja in vrednostnih papirjev, ki so določene v ZN, ZVKSES in ZTFI-1, so:

- izpolnjene morajo biti splošne predpostavke dovoljenosti notarskega poslovanja;³⁵
- deponent mora v nalogu za hrambo denarja in vrednostnih papirjev določno opredeliti:
 - namen, ki ne sme biti zgolj shranjevanje denarja ali vrednostnih papirjev po 729. členu OZ, ampak zaščita pogodbene stranke pred

³³ Uradni list RS, št. 58/03, 37/08 – ZST-1, 45/08, 28/09, 25/11, 14/15 – ZUUJFO, 69/17, 11/18 – ZIZ-L, 16/19 – ZNP-1 in 121/21).

³⁴ Gl. točko 5.

³⁵ Gl. poglavje 3.1.1. tega prispevka.

- tveganjem neizpolnitve druge pogodbene stranke ali drug dopusten namen,
- pogoje za izročitev predmeta hrambe upravičencu,
 - upravičenca, ki je lahko le določena pravna ali fizična oseba ali državni organ,
 - rok hrambe, po katerem se predmet hrambe vrne deponentu, če se ne izpolnijo pogoji za izročitev upravičencu;
- notar mora sprejeti (akceptirati) vse sestavine deponentovega naloga;
 - pri hrambi vrednostnih papirjev morajo biti izpolnjene tudi predpostavke po desetem odstavku 296. člena ZTFI-1.

3.4 Predpostavke dopustnosti notarske hrambe denarja po nemškem pravu

Načelo sočasnosti izpolnitve je tudi v nemškem pravu eno od temeljnih načel obligacijskega prava.³⁶

Prvi odstavek par. 57 nemškega BeurkG³⁷ prepoveduje notarsko hrambo gotovine.³⁸ Predpostavke dovoljenosti notarske hrambe denarnega dobroimetja so določene v drugem odstavku par. 57 BeurkG. Notar lahko v notarsko hrambo prevzame denar le, če so izpolnjene naslednje predpostavke: (i) obstaja upravičeni interes strank za zavarovanje z notarsko hrambo, (ii) notar prejme nalog za hrambo, ki vsebuje vse predpisane sestavine (deponent, upravičenec, znesek, morebitni plodovi, čas, pogoji izplačila), (iii) notar akceptira nalog za hrambo z vsemi sestavinami.

Dodatno tretji odstavek par. 57 BeurkG dovoljuje notarju sprejem denarnega dobroimetja v hrambo po prejetem nalogu le, če je to potrebno za izvedbo pravnega posla, ob upoštevanju upravičenega interesa vseh strank za zavarovanje z notarsko hrambo. Notar ne hrani denarja zgolj na željo strank, tako kot npr. banka, ampak

³⁶ C. Keim, Die notarielle Vorlagesperre – Begründung einer Vorleistungspflicht oder Sicherungsinstrument im Rahmen der Zug-um-Zug-Abwicklung?, 2003, str. 2–27.

³⁷ Zadnja sprememba par. 13 G za spremembo predpisov o izvensodnem reševanju sporov v potrošniških zadevah in za spremembo drugih zakonov z dne 30. 11. 2019 (BGBl. I S. BGBl. leto 2019 I).

³⁸ V zvezi s sodobnimi trendi preprečevanja pranja denarja in financiranja terorizma je zanimiva primerjava s prvim odstavkom 89. člena slovenskega ZN, ki določa, da notar hrani prevzeti denar in vrednostne papirje v posebnem ovojju, na katerega zapiše predmet in strankino ime. Na srečo je v slovenskem pravu kasnejši ZVKSES, prav tako v prvem odstavku 89. člena, določil, da lahko notar prevzame denar v notarsko hrambo tudi tako, da deponent na poseben denarni račun notarja nakaže denarno dobroimetje v višini denarnega zneska, ki je predmet notarske hrambe denarja.

mora v vsakem konkretnem primeru obstajati tudi upravičeni interes strank za zavarovanje z notarsko hrambo.

Tretja predpostavka notarske hrambe denarja je izpolnjena le, če notar sprejme (akceptira) nalog za hrambo z vsemi njegovimi sestavinami. Notar po nemškem pravu ni dolžan sprejeti naloga za hrambo denarja in hrambo denarja lahko odkloni. Za odklonitev notarske hrambe denarja zato ni potrebno posebej izkazati upravičenega razloga za odklonitev notarske storitve, kot ga mora po prvem odstavku par. 15 Bundesnotarordnung³⁹ (BNotO) notar izkazati, kadar odkloni katero izmed drugih notarskih storitev. Notar sam odloča o tem, ali bo akceptiral nalog za hrambo denarja ali ne, ker je njegova odškodninska odgovornost pri hrambi denarja strožja kot pri drugih notarskih storitvah. Po prvem odstavku par. 19 BNotO lahko oškodovanec uveljavlja notarjevo odgovornost za škodo povzročeno iz malomarnosti pri notarskih storitvah le subsidiarno, če odškodnine ne more dobiti na drug način. Subsidiarnosti pa ni pri odgovornosti za škodo, ki nastane pri notarski hrambi denarja, vrednostnih papirjev in dragocenosti, pri kateri lahko oškodovanec zahteva povrnitev škode od notarja, ne da bi pred tem poskušal priti do odškodnine na drugačen način (od morebitnih drugih odgovornih oseb). Država sicer v nobenem primeru ne odgovarja za škodo namesto notarja.

Najpomembnejša predpostavka notarske hrambe je obstoj upravičenega interesa strank za zavarovanje z notarsko hrambo. To predpostavko lahko primerjamo z namenom notarske hrambe po drugem odstavku 87. člena ZVKSES. Kadar je namen notarske hrambe zaščita pogodbene stranke pred tveganjem neizpolnitve druge pogodbene stranke, se za notarsko hrambo uporabljajo določbe 3. poglavja ZVKSES (87. do 90. člena). Lahko rečemo, da upravičeni interes strank za zavarovanje z notarsko hrambo gotovo obstoji, kadar je namen notarske hrambe zaščita pogodbene stranke pred tveganjem neizpolnitve druge pogodbene stranke. To ugotovitev bi bilo mogoče konkretno uporabiti pri spremembah slovenske zakonodaje, ki ureja notarsko hrambo, s čimer bi se lahko kljub krajši in skromnejši tradiciji na tem področju v veliki meri izognili dilemam, ki obstojijo v dolgi in bogati nemški praksi in literaturi.

³⁹ BGBl. I 97 z dne 24. 2. 1961, zadnjič spremenjen 30. 11. 2019 (BGBl. I 1942).

Po mnenju večjega dela nemške teorije, ki ga zastopa *Brambring* in ki s praktičnimi primeri zagovarja objektivne kriterije ugotavljanja upravičenega interesa za zavarovanje z notarsko hrambo, ta interes za notarsko hrambo kupnine pri prodaji nepremičnin obstaja v kompleksnejših primerih, ko je prodana nepremičnina obremenjena s pravicami tretjih oseb (hipotekami), ki jih je treba poplačati s kupnino, kupec pa kupnino financira s posojili več posojilodajalcev, ki prav tako zavarujejo svoje terjatve s hipotekami. Če v takem primeru kreditne institucije niso pripravljene same koordinirati poplačil, izbrisa in vpisa hipotek in tudi niso pripravljene izplačati kreditnih zneskov neposredno upravičencem, je podan upravičeni interes za zavarovanje z notarsko hrambo kupnine, pri kateri notar poskrbi za ustrezno zavarovanje upnikov pred tveganji. Upravičeni interes za zavarovanje z notarsko hrambo kupnine pri prodaji nepremičnin obstoji tudi, če zastopnik kupca ob sklenitvi prodajne pogodbe ne more izkazati upravičenosti za zastopanje in potrebuje določen čas za predložitev dokazil o zastopanju (kupec je npr. tuja pravna oseba). Če je mogoče resno pričakovati, da pogodba iz tega razloga ne bo sklenjena, stranki pa se dogovorita za predznambo pravice kupca v zemljiški knjigi, mora notar opozoriti prodajalca na tveganja zaradi onemogočanja nadaljnje prodaje nepremičnine. V tem primeru je edini način zaščite prodajalca polog celotne kupnine na skrbniški račun kot predpogoj za predznambo in sprostitev kupnine pod pogoji, ki jih je mogoče izpolniti brez kupčevega sodelovanja. Nasprotno pa ni upravičenega interesa za zavarovanje z notarsko hrambo kupnine v enostavnih primerih, ko je nepremičnina prosta bremen in kupec plača kupnino neposredno na prodajalčev račun, lahko tudi s posojilom, če pri transakciji ni potrebno poplačevati prodajalčevih upnikov. Kadar kupnino plača kupec iz lastnih sredstev brez hipotekarnega kredita, gre po nemški notarski praksi za enostaven primer, pri katerem ni upravičenega interesa za notarsko hrambo, kar velja tudi, če se s kupnino poplačajo prodajalčevi upniki. Ti lahko v notarsko hrambo izročijo izbrisna dovoljenja, ki jih notar sprosti po plačilu. Notar ne sme dovoliti, da se njegova pisarna zlorablja za simulirana zavarovanja. *Brambring* citira mnenje teorije, da so možnosti notarjevih napak pri izplačilih iz notarske hrambe tako raznolike, da jih nima smisla naštevati, še posebej, ker so običajno banalne in pravno nezanimive, škodljive posledice napak pa so pogosto zelo velike. Če notar plača prepozno ali prezgodaj, lahko nastane zelo velika škoda, ki je ne krije zavarovanje poklicne odgovornosti.⁴⁰

⁴⁰ G. Brambring, Das »berechtigte Sicherungsinteresse« als Voraussetzung für notarielle Verwahrungstätigkeit, 1999, str. 381–393.

Upravičenega interesa za zavarovanje z notarsko hrambo kupnine ni, če je prodana nepremičnina neobremenjena in tudi, kadar je obremenjena, pa breme prevzame kupec ali pa prodajalec sam poskrbi za izbris. Upravičeni interes pa npr. obstoji, kadar kupec ne želi plačati kupnine, dokler nepremičnina ni očiščena in izročena, prodajalec pa ni pripravljen izročiti nepremičnine pred plačilom kupnine. Izročitev iz rok v roke (ključ za denar) ni mogoča. Zadošča, da je kupčeva obveznost plačila odvisna od poprejšnje izpraznitve nepremičnine. Pri ugotavljanju obstoja upravičenega interesa za zavarovanje imajo pomembno vlogo tudi notarjeve izkušnje. Vsak notar pozna primere, v katerih mu izkušnje že med pripravo pogodbe povedo, da je mogoče pričakovati večjo verjetnost neizpolnitve in/ali da bi bil lahko izbris bremena povezan s težavami: kupec je družba z omejeno odgovornostjo, v kateri niso v celoti vplačani osnovni vložki; ali kupec po prejšnjih pogodbah ni plačal kupnine. Notarjeve izkušnje in ocena imajo v teh primerih pomembno vlogo.⁴¹ Ni mogoče ugotoviti obstoja upravičenega interesa za zavarovanje z notarsko hrambo zgolj na podlagi volje strank, ki želijo izplačilo preko notarskega skrbniškega računa. Če upravičeni interes ni izkazan, je zavrnitev predmeta notarske hrambe notarjeva uradna dolžnost, ki ni v dispoziciji strank. Vendar pa je lahko za obstoj upravičenega interesa pomemben tudi subjektivni vidik, če npr. prodajalec noče izročiti nepremičnine kupcu, dokler ta ne izkaže zmožnosti plačila kupnine s plačilom na notarski skrbniški račun. Enako v primeru, kadar je na nepremičnini več hipotek in bi se notarski hrambi lahko izognili le, če bi se upniki med seboj dogovorili o načinu poplčila iz kupnine. Če takega dogovora upnikov ni mogoče doseči, je podan upravičeni interes za zavarovanje z notarsko hrambo. Zaključiti je, da ni enotnega (formularnega) pravila o obstoju upravičenega interesa za notarsko hrambo. Kadar obstoji zgolj interes za zavarovanje, ki je podan pri vseh ali pri skoraj vseh prodajnih pogodbah, ni mogoče šteti, da obstaja tudi upravičeni interes za zavarovanje z notarsko hrambo. Obstajati morajo izjemne okoliščine, ki upravičujejo notarsko hrambo v konkretnem primeru.⁴²

Kratek povzetek osmih primerov, v katerih je po aktualni nemški notarski praksi izkazan upravičeni interes za zavarovanje z notarsko hrambo:⁴³

- kupnino financira več zasebnikov (ne bank);

⁴¹ C. Armbrüster, N. Preuß, T. Renner, Falle mit »berechtigtem Sicherungsinteresse«, v: Beurkundungsgesetz und Dienstordnung für Notarinnen und Notare – Kommentar, 2020.

⁴² K. Franken, Vorliegen objektiver Umstände, v: Beck-online GROSSKOMMENTAR zum Zivilrecht, 2021.

⁴³ R. Bock, 2022, Gradivo za predstavitev značilnosti nemške notarske hrambe.

- kupnino financira več bank, iz kupnine pa je potrebno poplačati več posojilnih obveznosti prodajalca, zavarovanih z zemljiškim dolgom (ali hipotekami);
- kupec želi takoj plačati kupnino in se vseliti; nepremičnina je obremenjena z zemljiškim dolgom (ali hipoteko) za zavarovanje posojila, ki ga je potrebno poplačati;
- kupec ne želi plačati kupnine, dokler nepremičnina ni izpraznjena in izročena kupcu, prodajalec pa ne želi izprazniti nepremičnine in je izročiti kupcu pred prejemom celotne kupnine;
- prodaja nepremičnine med izvršbo na nepremičnino;
- obstaja določena verjetnost, da prodajne pogodbe za nepremičnino ni mogoče skleniti in izpolniti brez notarske hrambe;
- obstoj javnih omejitev oziroma dajatev v zvezi z nepremičnino, ki niso vpisane v zemljiško knjigo (rešitev je možna z notarsko hrambo dela kupnine);
- neznan imetnik vknjiženega zemljiškega dolga (rešitev je možna z notarsko hrambo dela kupnine).

V nasprotju z opisanimi objektivnimi kriteriji ugotavljanja upravičenega interesa za zavarovanje z notarsko hrambo je po mnenju drugega dela nemške teorije, ki ga zastopa *Weingärtner* in ki pri tem zagovarja subjektivne kriterije in avtonomijo strank, notarska hramba denarnega dobroimetja upravičena tudi, če po objektivnih kriterijih ne bi bila potrebna, pa stranke vseeno želijo izvedbo posla preko notarskega skrbniškega računa. Kritika objektivističnega ugotavljanja upravičenega interesa za zavarovanje z notarsko hrambo izpostavlja, da je nerazumno restriktivno omejevati avtonomijo strank pravnega posla, ki z uporabo instituta notarske hrambe želijo izbrati višjo raven pravne varnosti.⁴⁴

4 Pravne posledice stečajnega postopka in notarska hramba

Pogodba o notarski hrambi je vrsta mandatne pogodbe (pogodbe o naročilu oz. nalogu). Mandatno razmerje med notarjem in stranko je urejeno s splošnimi in posebnimi določbami ZN, s tehničnimi pravili 87. do 92. člena ZN in z vsebinskimi pravili 87. do 90. člena ZVKSES. Zaradi pravne narave mandatne pogodbe se

⁴⁴ H. Weingärtner, *Berechtigtes Sicherungsinteresse im Sinne des § 54a Abs. 2 BeurkG.*, 1999, str. 393; F. Milak, *Treuhand – javnobilježniški polog prema njemačkom pravu*, 2017, str. 33–45; A. Block, 2014, *Notaranderkonto* 2.5, str. 42.

ponuja razlaga, da z začetkom stečajnega postopka nad naročiteljem (deponentom), pogodba o notarski hrambi preneha (gl. 785. člen OZ in prvi odstavek 246. člena ZFPPIPP). Vendar bi bila taka razlaga napačna. Pogodba o notarski hrambi je pogodba v korist tretjega, ki je kritno razmerje glede na osnovni pravni posel, ki je valutno razmerje (npr. prodajna pogodba ali pogodba o delu). Zato pogodba o notarski hrambi deli usodo glavnega (valutnega) pravnega posla. Za oba pravna posla (valutno in kritno pravno razmerje) morajo v primeru stečaja ene od pogodbenih strank veljati enaka pravila. Kadar je osnovni pravni posel dvostranska pogodba, pri kateri je vsaka pogodbeni stranka kot dolžnik zavezana opraviti svoje izpolnitveno ravnanje in hkrati kot upnik upravičena od druge stranke zahtevati, da opravi svoje nasprotno izpolnitveno ravnanje, lahko rečemo, da stranki (deponent in upravičenec) v času pred izpolnitvijo pogojev hrambe še nista v celoti izpolnili medsebojnih obveznosti iz osnovnega pravnega posla. Zato imata v primeru začetka stečajnega postopka nad deponentom v času pred izpolnitvijo pogojev hrambe oba posla značilnosti vzajemno neizpolnjene dvostranske pogodbe. Pravica upravičenca zahtevati predmet hrambe je ustanovljena z odložnim pogojem, ki se izpolni, ko upravičenec izpolni svojo obveznost. Z izpolnitvijo njegove obveznosti se šteje, da je izpolnjena tudi deponentova obveznost iz osnovne pogodbe. Pogodba po izpolnitvi odložnega pogoja učinkuje od trenutka sklenitve (gl. drugi odstavek 59. člena OZ).

Če je npr. predmet notarske hrambe zemljiškoknjižno dovolilo, ki ga je izstavil prodajalec v korist kupca (upravičenca iz notarske hrambe), se po izpolnitvi pogoja hrambe (po plačilu kupnine) šteje, da je izročitev zemljiškoknjižnega dovolila začela učinkovati v korist kupca (je nanj v razmerju do prodajalca prešla lastninska pravica) že takrat, ko je bilo to dovolilo izročeno v hrambo skrbniku, kar je pomembno zlasti takrat, ko je nad prodajalcem začet stečajni postopek po izročitvi dovolila v hrambo notarju, vendar še pred plačilom kupnine.⁴⁵

Do izpolnitve pogojev hrambe pa v primeru stečaja stranke osnovne pogodbe, v zvezi s katero se opravlja notarska hramba, za pravno razmerje med strankama veljajo posebna pravila za vzajemno neizpolnjene dvostranske pogodbe od 265. do 268. člena ZFPPIPP. Stečajni dolžnik mora svojo obveznost do upnika na podlagi vzajemno neizpolnjene dvostranske pogodbe izpolniti v skladu s to pogodbo in po

⁴⁵ N. Plavšak, v: N. Plavšak (ur.), *Obligacije, posebni del: Komentar posebnega dela obligacijskega zakonika*, str. 137.

pravilih ZFPPIPP o plačilu stroškov stečajnega postopka, razen če uresniči odstopno pravico v skladu z 267. členom ZFPPIPP. To pomeni, da upnik svoje terjatve do stečajnega dolžnika na podlagi vzajemno neizpolnjene dvostranske pogodbe ne prijavi v stečajnem postopku (tretji odstavek 265. člena ZFPPIPP) in se ta terjatev obravnava, kot da je nastala po začetku stečajnega postopka (gl. 354. člen ZFPPIPP o stroških stečajnega postopka).

Po drugem odstavku 24. člena ZFPPIPP je vzajemno neizpolnjena dvostranska pogodba tista: (i) ki je bila sklenjena pred začetkom postopka zaradi insolventnosti in (ii) pri kateri do začetka postopka zaradi insolventnosti niti insolventni dolžnik niti nasprotna pogodbeni stranka nista izpolnila svoje obveznosti glede izpolnitvenega ravnanja na podlagi te pogodbe ali nobeden od njiju teh obveznosti ni izpolnil v celoti.

Določbe 266. do 268. člena ZFPPIPP urejajo tri posebne materialnopravne posledice začetka stečajnega postopka za vzajemno neizpolnjene dvostranske pogodbe.⁴⁶ Prva materialnopravna posebnost je posebna ureditev primera, pri katerem postane zaradi stečaja pogodbeni stranke izpolnitev njene obveznosti negotova (gl. splošno pravilo v 102. členu OZ). Po posebnem pravilu prvega odstavka 266. člena ZFPPIPP pridobi druga pogodbeni stranka, ki mora prva izpolniti vzajemno neizpolnjeno dvostransko pogodbo, z začetkom stečajnega postopka pravico odkloniti to izpolnitev, dokler stečajni dolžnik ne opravi svoje izpolnitve ali ji ne da ustreznega zavarovanja. Druga materialnopravna posebnost je ureditev posledic zamude pri izpolnitvi fiksnih pogodb, ki je drugačna kot po splošnem pravilu 104. člena OZ. Če rok za izpolnitev obveznosti stečajnega dolžnika na podlagi vzajemno neizpolnjene dvostranske pogodbe, ki je določen kot bistvena sestavina te pogodbe, poteče po začetku stečajnega postopka in stečajni dolžnik v tem roku svoje obveznosti ne izpolni, je pogodba razvezana in druga pogodbeni stranka nima pravice vztrajati pri izpolnitvi obveznosti (gl. drugi odstavek 266. člena ZFPPIPP). Sopogodbjenik stečajnega dolžnika torej v tem primeru izgubi pravico vztrajati pri izpolnitvi in s tem obdržati pogodbo v veljavi.

⁴⁶ N. Plavšak, 2008, Zakon o finančnem poslovanju, postopkih zaradi insolventnosti in prisilnem prenehanju, str. 193–196.

Temeljno načelo obligacijskega prava je, da morajo udeleženci v obligacijskem razmerju izpolniti svojo obveznost in odgovarjajo za njeno izpolnitev (*pacta sunt servanda*). Po drugem odstavku 9. člena OZ obveznost ugasne samo s soglasno voljo udeležencev ali na podlagi zakona. ZFPPIPP določa izjemo od tega načela, ki je tretja materialnopravna posebnost vzajemno neizpolnjene dvostranske pogodbe. Z začetkom stečajnega postopka pridobi stečajni dolžnik pravico odstopiti od vzajemno neizpolnjene dvostranske pogodbe (gl. 267. člen ZFPPIPP). To odstopno pravico lahko stečajni dolžnik uresniči, če dobi soglasje sodišča. Trimesečni rok, v katerem lahko uresniči odstopno pravico, teče od tistega med naslednjimi dnevi, ki je poznejši: (i) od pravnomočnosti sklepa o začetku stečajnega postopka ali (ii) od dneva, ko upravitelj prejme obvestilo upnika o svoji terjatvi do stečajnega dolžnika na podlagi vzajemno neizpolnjene dvostranske pogodbe, o kateri mora upnik obvestiti upravitelja v treh mesecih po objavi oklica o začetku stečajnega postopka.

Izjava o uresnitvi odstopne pravice začne učinkovati, ko postane sklep o soglasju sodišča z uresnitvijo odstopne pravice pravnomočen. Sodišče da soglasje k uresnitvi odstopne pravice, če se z njeno uresnitvijo dosežejo ugodnejši pogoji za plačilo upnikov. To je tudi namen odstopne pravice.

Namen stečajnega postopka je unovčiti premoženje stečajnega dolžnika in iz tako oblikovane denarne (razdelitvene) mase zagotoviti plačilo terjatev upnikov v čim večjem obsegu. Praviloma bo uresničitev odstopne pravice v skladu s tem namenom, če je predmet izpolnitve druge pogodbene stranke nedenarna dajatev ali storitev. Vse delovanje stečajnega dolžnika mora biti namreč usmerjeno k unovčevanju stečajne mase. Izpolnitev pogodbe pa bi imela v opisanem primeru nasprotni učinek, saj bi bilo treba za nedenarno izpolnitev druge pogodbene stranke opraviti denarno plačilo iz stečajne mase in nato predmet nedenarne izpolnitve spet prodati zaradi unovčenja stečajne mase.⁴⁷

Pri stečaju stranke, ki je v notarsko hrambo izročila predmet izpolnitve svoje osnovne pogodbene obveznosti in kot pogoj za izročitev upravičencu določila izpolnitev sopogodbениkove obveznosti, je pomembno kakšen je predmet izpolnitve pogodbene obveznosti upravičenca iz notarske hrambe. Če je predmet izpolnitve stečajnega dolžnika nedenarna obveznost, ki jo je stečajni dolžnik sposoben izpolniti,

⁴⁷ N. Plavšak, 2008, Zakon o finančnem poslovanju, postopkih zaradi insolventnosti in prisilnem prenehanju, str. 194 in 195.

predmet nasprotno izpolnitve pa je denarna dajatev, bo izpolnitev pogodbe v skladu z namenom stečajnega postopka, saj bo izpolnitev pogodbe pospešila unovčitev premoženja stečajnega dolžnika. Takšen položaj je običajen pri stečaju, ki se začne nad prodajalcem po sklenitvi prodajne pogodbe in pred izpolnitvijo pogojev hrambe. Obraten položaj, pri katerem bo v skladu z namenom stečajnega postopka odstop stečajnega dolžnika od pogodbe, je stečaj kupca po sklenitvi prodajne pogodbe. Če bi prodajna pogodba v tem primeru ostala v veljavi, bi kupec pridobil lastninsko pravico na predmetu prodaje, ki pa bi ga moral nato v stečajnem postopku prodati (unovčiti).

5 Izvršba proti stranki pogodbe o notarski hrambi

Upnik lahko na podlagi izvršilnega naslova ali na podlagi verodostojne listine od sodišča kadarkoli zahteva prisilno izvršitev svoje denarne terjatve do dolžnika, ne glede na pogodbeno razmerja v katera vstopa dolžnik. Tako lahko upnik, ki ima izvršilni naslov za denarno terjatev proti eni izmed pogodbenih strank, z izvršbo posega na premoženje strank, ki je namenjeno za izpolnitev njunih medsebojnih pogodbenih obveznosti. To je mogoče v času od sklenitve pogodbe do izpolnitve pogodbenih obveznosti, ne glede na vsebino in roke za izpolnitev pogodbenih obveznosti. Pri tem je potrebno upoštevati 32. člen Zakona o izvršbi in zavarovanju⁴⁸ (ZIZ) glede predmeta izvršbe za poplačilo denarne terjatve, ki je lahko vsaka dolžnikova stvar ali premoženjska oz. materialna pravica, kolikor ni z zakonom izvzeta iz izvršbe oz., če ni izvršba na njej z zakonom omejena. Pogodbeni stranki se v zvezi z osnovnim pravnim poslom lahko dogovorita o notarski hrambi predmeta izpolnitve pogodbene obveznosti (npr. kupnine pri prodajni pogodbi). V tem primeru so denarna sredstva v hrambi na notarskem skrbniškem računu do izpolnitve pogojev za izplačilo upravičencu. Upnik lahko proti svojemu dolžniku, ki je stranka pogodbe o notarski hrambi, vloži predlog za izvršbo za izterjavo svoje denarne terjatve do dolžnika z izvršbo na njegovo denarno terjatev do notarja. V poglavju ZIZ o izvršbi na dolžnikovo denarno terjatev so v 101. do 103. členu ZIZ naštetih prejemi, ki so izvzeti iz izvršbe, omejitve izvršbe ter davki in prispevki, ki so izvzeti iz izvršbe.

⁴⁸ Uradni list RS, št. 3/07 – uradno prečiščeno besedilo, 93/07, 37/08 – ZST-1, 45/08 – ZArbit, 28/09, 51/10, 26/11, 17/13 – odl. US, 45/14 – odl. US, 53/14, 58/14 – odl. US, 54/15, 76/15 – odl. US, 11/18, 53/19 – odl. US, 66/19 – ZDavP-2M, 23/20 – SPZ-B, 36/21, 81/22 – odl. US in 81/22 – odl. US.

Notarski skrbniški račun je fiduciarni račun, ki ga ureja 14. člen Zakona o plačilnih storitvah, storitvah izdajanja elektronskega denarja in plačilnih sistemih⁴⁹ (ZPlaSSIED). Fiduciarni račun je transakcijski račun, ki ga odpre imetnik v svojem imenu, a za račun ene ali več tretjih oseb. Fiduciarnega računa se ne sme spremeniti v običajni transakcijski račun in obratno. Denarna sredstva na fiduciarnem računu se štejejo za premoženje tretjih oseb, za račun katerih imetnik vodi takšen račun, in ne za premoženje imetnika računa. Upniki imetnika fiduciarnega računa ne morejo za izterjavo svojih terjatev do imetnika računa niti v njegovem stečajju s prisilnimi ukrepi posegati na to premoženje. Sredstva na fiduciarnem računu ne spadajo v zapuščino imetnika računa.

Podobno drugi, tretji in četrti odstavek 89. člena ZVKSES določajo, da mora notar za notarsko hrambo denarja odpreti poseben denarni račun, prek katerega sme sprejemati samo vplačila in opravljati samo izplačila na podlagi notarske hrambe denarja. Denarna terjatev notarja do banke, na podlagi dobroimetja na tem računu, se šteje v razmerju do banke in v razmerju do notarjevih upnikov za skupno terjatev vseh deponentov, ki so izročili denar v notarsko hrambo z nakazilom na ta račun, oz. upravičencev do banke. Zato notarjevi upniki ne morejo za izterjavo svoji terjatev do notarja niti v njegovem stečajju s prisilnimi ukrepi segati na to denarno terjatev (drugi odstavek 804. člena v zvezi z 805. členom OZ) in v primeru stečaja oz. smrti notarja ta denarna terjatev ne spada v njegovo stečajno maso oz. zapuščino. V notranjem razmerju med deponenti oz. upravičenci se šteje, da je vsak od njih udeležen na denarni terjatvi notarja do banke do višine, ki je enaka deponiranemu znesku, oz. če je denarno dobroimetje na posebnem denarnem računu nižje od seštevka vseh deponiranih zneskov, v deležu, ki je enak razmerju med zneskom, deponiranim na podlagi posamezne notarske hrambe, in vsoti vseh deponiranih zneskov.

Za presojo, čigavo je denarno dobroimetje na fiduciarnem računu, je pomembno, ali so se v trenutku presoje že izpolnili pogoji za prenos dobroimetja v korist upravičenca oz. za vrnitev deponiranega zneska deponentu. Dokler se ti pogoji ne izpolnijo, pa niti deponent niti upravičenec od skrbnika nimata pravice zahtevati prenosa tega dobroimetja v korist enega ali drugega. Zato tudi njuni upniki ne

⁴⁹ Uradni list RS, št. 7/18, 9/18 – popr. in 102/20.

morejo s prisilnimi ukrepi posegati na to dobroimetje (oz. dosledneje, na terjatev do skrbnika za prenos tega dobroimetja).⁵⁰

Terjatev (oz. obveznost notarja za izplačilo iz notarske hrambe) je pogojna. Notar izplača znesek terjatve (v višini denarnega dobroimetja na skrbniškem računu) upravičencu, ko se izpolnijo pogoji, ki jih je določil deponent. Če se pogoji v določenem roku ne izpolnijo, je dolžan notar vrniti deponirani znesek deponentu. Terjatev upravičenca je določena pod odložnim pogojem, terjatev deponenta pa pod razveznim pogojem, ki nastopi, če se v določenem roku ne izpolni odložni pogoj. Deponent lahko prekliče ali spremeni pravico upravičenca do prevzema predmeta hrambe, dokler upravičenec notarju ne izjavi, da sprejema pravico (gl. drugi odstavek 88. člena ZVKSES). To pomeni, da je deponent v času od trenutka izročitve predmeta v notarsko hrambo do trenutka, ko upravičenec izjavi, da sprejema pravice, imetnik terjatve, s katero lahko od notarja zahteva vračilo predmeta hrambe. Deponent lahko v tem času zahteva prenos denarnega dobroimetja s skrbniškega računa na račun deponenta. Te pravice pa deponent nima več od trenutka, ko notar prejme izjavo upravičenca o sprejemu pravic. V tem času tudi upravičenec ne more zahtevati prenosa denarnega dobroimetja s skrbniškega računa v korist svojega računa. Takšno stanje traja do izpolnitve pogojev hrambe. S potekom roka za izpolnitev pogojev hrambe, v primeru neizpolnitve teh pogojev, deponent ponovno pridobi terjatev do notarja za vrnitev predmeta hrambe. V primeru izpolnitve teh pogojev upravičenec pridobi terjatev do notarja za prevzem predmeta hrambe. Terjatev do notarja (dolžnikovega dolžnika) za izročitev predmeta hrambe ima torej deponent v času od plačila na skrbniški račun do upravičenčevega sprejema pravic iz notarske hrambe in po poteku roka za izpolnitev pogojev hrambe, če se ne izpolnijo pogoji za izročitev predmeta hrambe upravičencu. Upravičenec pa ima tako terjatev v času od izpolnitve pogojev hrambe dalje.

V vmesnem času (od trenutka, ko notar prejme soglasje upravičenca, in do poteka roka za izpolnitev pogojev hrambe) niti deponent niti upravičenec ne moreta do predmeta hrambe. Ker v tem času nista upravičena od notarja zahtevati izročitve predmeta hrambe (plačila terjatve), tudi njuni upniki ne morejo uspešno zahtevati prisilne izterjave svoje denarne terjatve do dolžnika (deponenta ali upravičenca) z izvršbo na njuno denarno terjatev do notarja.

⁵⁰ N. Plavšak, v: N. Plavšak (ur.), *Obligacije, posebni del: Komentar posebnega dela obligacijskega zakonika*, str. 137.

Izvršbi na stalne denarne prejeme in denarna sredstva, ki jih ima dolžnik na računu pri organizaciji za plačilni promet, sta obliki izvršbe na denarno terjatev. Izvršba na dolžnikovo terjatev za plačilo denarnega zneska, ki jo ima dolžnik do svojega dolžnika iz naslova poslovne obligacije, je v praksi med bolj redkimi. En od razlogov je, da je ZIZ v tem delu podnormiran.⁵¹ Izvršba na denarno terjatev se opravi z rubežem te terjatve in prenosom terjatve na upnika (izvršilna dejanja). Upnik lahko v predlogu za izvršbo predlaga rubež terjatve in tudi že prenos terjatve. Sodišče najprej izda sklep o rubežu in po pravomočnosti sklepa o rubežu še sklep o prenosu terjatve na upnika. Upnik lahko v predlogu za izvršbo predlaga samo rubež terjatve. V tem primeru sodišče izda sklep o rubežu terjatve, s katerim dovoli, da se opravi rubež denarne terjatve, in prepove dolžnikovemu dolžniku poravnati terjatev dolžniku, dolžniku pa prepove terjatev izterjati.⁵² Rubež je opravljen z dnem, ko je sklep o rubežu vročen dolžnikovemu dolžniku in s tem dnem pridobi upnik na dolžnikovi terjatvi zastavno pravico (gl. drugi in tretji odstavek 107. člena ZIZ).

Po 107. členu ZIZ so učinki rubeža terjatve na dolžnikovo terjatev do dolžnikovega dolžnika:

- prepoved dolžnikovemu dolžniku poravnati terjatev dolžniku,
- prepoved dolžniku terjatev izterjati,
- prepoved dolžniku kako drugače razpolagati s terjatvijo,
- nastanek zastavne pravice za zavarovanje upnikove terjatve po izvršilnem naslovu.

Če se pogoji za izplačilo deponiranega denarnega zneska upravičencu (dolžniku v izvršbi) izpolnijo po tem, ko notar prejme sklep o rubežu, mu notar ne sme izplačati deponiranega zneska. Postavlja se vprašanje, kaj po prejemu sklepa o rubežu notar stori s sredstvi na skrbniškem računu, če kot dolžnik v izvršbi nastopa deponent denarnega zneska na notarski skrbniški račun (npr. kupec nepremičnine) in se izpolnijo pogoji za izplačilo upravičencu (prodajalcu nepremičnine), ki ni dolžnik v izvršbi. Eden izmed učinkov sklepa o rubežu je, da sodišče prepove dolžnikovemu dolžniku poravnati terjatev dolžniku (gl. prvi odstavek 107. člena ZIZ). To pomeni, da notar ne bi kršil te prepovedi, če bi po izpolnitvi pogojev hrambe deponirana denarna sredstva izplačal upravičencu iz notarske hrambe, ki ni dolžnik v izvršbi.

⁵¹ D. Orož, *Izvršba na terjatev do dolžnikovega dolžnika*, 2021, str. 55.

⁵² M. Lajevec, E. Žgajnar, 2021, *Zakon o izvršbi in zavarovanju: komentar zakona*, str. 267.

Rubež prepoveduje izplačilo v dobro dolžnika v izvršbi. Vendar pa z rubežem pridobi upnik na terjatvi tudi zastavno pravico. Zastavna pravica nastane z dnem, ko je sklep o rubežu vročen dolžnikovemu dolžniku (gl. drugi in tretji odstavek 107. člena ZIZ). Zastavna pravica je ustanovljena za zavarovanje upnikove terjatve do dolžnika po izvršilnem naslovu (zavarovana terjatev). Zastavljena terjatev pa je pogojna in je določitev imetnika odvisna od izpolnitve pogoja notarske hrambe. Dolžnik (deponent kupnine) je z izročitvijo kupnine v notarsko hrambo pogojno prenesel svojo terjatev do notarja na upravičenca (prodajalca). Po izpolnitvi odložnega pogoja pridobi upravičenec to terjatev z učinkom (*ex tunc*) od trenutka izročitve denarnega dobroimetja v notarsko hrambo (gl. drugi odstavek 59. člena OZ). Če torej dolžnikov dolžnik (notar) v opisanem primeru prejme sklep o rubežu po sklenitvi pogodbe o notarski hrambi kupnine (oz. po izročitvi kupnine v notarsko hrambo in po prejemu izjave prodajalca o soglasju s pogoji hrambe) ter se pogoji za izplačilo deponirane kupnine prodajalcu izpolnijo, zastava na terjatvi za izplačilo kupnine iz notarske hrambe ne more nastati, ker dolžnik (kupec) ni imetnik te terjatve, saj je ta prešla na upravičenca (prodajalca). Poleg tega upravičenec do izplačila, ki je imetnik terjatve za izplačilo sredstev s skrbniškega računa (terjatev, ki je predmet rubeža oz. zastavljena terjatev), ni dolžnik zavarovane terjatve, za katero se vodi izvršba na podlagi izvršilnega naslova. Upnik po izvršilnem naslovu nima terjatve do upravičenca sredstev iz notarske hrambe. Zastavitelj sicer lahko ustanovi zastavno pravico za zavarovanje tujega dolga (gl. drugi odstavek 128. člena SPZ), vendar zastava v takem primeru ne more nastati proti volji zastavitelja, česar tudi ZIZ ne določa med učinki rubeža (gl. 107. člen ZIZ).

Če terjatev v času rubeža ne obstoji, sklep o rubežu nima nobenega učinka. Terjatev ne obstoji, če v času rubeža dolžnik ni njen imetnik, ker terjatev bodisi sploh ni nastala bodisi jo je dolžnik odstopil tretjemu pred rubežem. Predmet izvršbe mora obstajati, da je možno nanj opraviti izvršbo. To posredno izhaja iz 32. člena ZIZ in tudi siceršnje ureditve ZIZ. Tistega česar ni, ni mogoče uporabiti za poplačilo.⁵³

Bodoča terjatev je lahko predmet izvršbe, če v času odločanja, izdaje sklepa o rubežu, obstoji pravno razmerje, iz katerega bo nastala bodoča terjatev in je znan dolžnikov dolžnik. Bodoča terjatev mora biti določena po pravnem temelju in dolžnikovemu dolžniku.⁵⁴ Zato lahko upnik, ki ima izvršilni naslov za terjatev proti prodajalcu, proti

⁵³ D. Orož, Izvršba na terjatev do dolžnikovega dolžnika, 2021, str. 60.

⁵⁴ Prav tam.

njemu vloži predlog za izvršbo na terjatev za izplačilo deponirane kupnine iz notarske hrambe. Če prodajalec z izpolnitvijo pogojev hrambe pridobi terjatev za izplačilo denarnega zneska z notarskega skrbniškega računa in notar prejme sklep o rubežu pred izplačilom, rubež terjatve po 107. členu ZIZ učinkuje na njun pravni položaj. Notar ne sme poravnati terjatve prodajalcu, prodajalec je ne sme izterjati od notarja in tudi ne sme s to terjatvijo drugače razpolagati. Z rubežem v korist prodajalčevega upnika nastane tudi zastavna pravica na prodajalčevi terjatvi do notarja, za zavarovanje upnikove terjatve po izvršilnem naslovu.

Dolžnikov dolžnik ne more veljavno izpolniti obveznosti upniku, dokler prenos terjatve v izvršilnem postopku ni opravljen. Prenos terjatve je opravljen, ko vroči sodišče dolžnikovemu dolžniku sklep o prenosu. Sodišče ga izda, ko postane sklep o rubežu pravnomočen, in glede na upnikov predlog prenese nanj zarubljeno terjatev v izterjavo ali namesto plačila (gl. 114., 115. in 117. člen ZIZ).

Pri izdaji sklepa o prenosu terjatve izvršilno sodišče ne preverja obstoja ali višine prenesene terjatve. Upnik postane novi imetnik prenesene terjatve. Vprašanje, kako bo tako pridobljeno terjatev uveljavljal, pa ni več stvar konkretnega izvršilnega postopka. S sklepom o prenosu upnik pridobi pravico zahtevati od dolžnikovega dolžnika izplačilo zneska. Ta sklep pa ni izvršilni naslov za vodenje izvršbe zoper dolžnikovega dolžnika. To pomeni, da bo moral upnik v drugem postopku šele pridobiti izvršilni naslov zoper dolžnikovega dolžnika.⁵⁵

Pravila izvršbe v zvezi s pogojnimi obveznostmi, ki so določena v 26. členu ZIZ, veljajo za dolžnikove obveznosti (oz. za terjatve, če gledamo z upnikove strani), za izpolnitev katerih se vodi izvršba. V postopku izvršbe na denarno terjatev dolžnika veljajo smiselno enaka pravila tudi za denarno terjatev, ki jo ima dolžnik proti svojemu dolžniku, torej za denarno terjatev, ki je predmet izvršbe (100. do 151. člen ZIZ). Po utemeljenem mnenju pravne teorije, ki jo zastopa *Rijavec*, se namreč pogojnost določa glede na možnost oprave izvršbe. Tako pogojnost pojmuje tudi zakonodajalec v 26. členu ZIZ, kar izhaja iz formulacije, da je od določenega pogoja odvisna izvršba in ne terjatev.⁵⁶ Če je denarna terjatev, na katero meri izvršba, odvisna od nastopa pogoja, je tudi izvršba odvisna od nastopa pogoja. Zato bi moral upnik že v predlogu za izvršbo na denarno terjatev proti stranki notarske hrambe po

⁵⁵ M. Lajavec, E. Žgajnar, 2021, Zakon o izvršbi in zavarovanju: komentar zakona, str. 278.

⁵⁶ V. Rijavec, 2003, Civilno izvršilno pravo, str. 114.

26. členu ZIZ določno označiti (oz. priložiti predlogu) javno listino (npr. notarski zapis oz. notarski zapisnik o pogojih hrambe), ki bi dokazovala nastop pogoja za izplačilo denarnega dobroimetja iz notarske hrambe. V nasprotnem primeru sodišče ne bi smelo dovoliti izvršbe. Upnik bi moral dokazati nastop pogoja s pravnomočno odločbo, izdano v pravnem postopku (gl. prvi in drugi odstavek 26. člen ZIZ). Vendar pa je to v praksi težko uresničljivo, saj upnik nima neposrednega dostopa do vsebine notarskih listin o pravnih poslih med drugimi osebami (o tem gl. 73. do 77. člen ZN). Poleg tega je notar dolžan sprostiti predmet hrambe upravičencu nemudoma po izpolnitvi pogojev. Časovno obdobje od izpolnitve pogojev hrambe do izplačila je običajno prekratko, da bi upnik lahko pridobil ustrezno listino in v izvršbi dokazal nastop pogoja.

Za dovolitev izvršbe z rubežem in prenosom terjatve ni treba, da upnik v predlogu natančno določi terjatev po temelju, zapadlosti in višini, saj upnik teh podatkov pogosto nima. Zadostuje, da je terjatev v predlogu opredeljena tako, da je vsaj določljiva. Tej negotovosti glede terjatve so namenjena pravila 111. člena ZIZ.⁵⁷ Upnik lahko predlaga sodišču, naj od dolžnikovega dolžnika zahteva izjavo o dejstvih v zvezi z dolžnikovo terjatvijo do njega. Po 111. členu ZIZ sodišče na upnikov predlog (v predlogu za izvršbo ali v posebni vlogi) zahteva od dolžnikovega dolžnika, naj se v roku, ki mu ga določi, izjavi o tem, ali pripoznava zarubljeno terjatev, in sicer kolikšen znesek, ter ali je njegova obveznost, da poravna to terjatev, pogojena z izpolnitvijo kakšne druge obveznosti. Izjavo dolžnikovega dolžnika pošlje sodišče nemudoma upniku. Po prvem odstavku 111. člena sodišče zahteva od dolžnikovega dolžnika izjavo ali pripozna zarubljeno terjatev, in sicer kolikšen znesek, in ali je njegova obveznost, da poravna to terjatev, pogojena z izpolnitvijo kakšne druge obveznosti.

Obveznost notarja za izplačilo deponirane kupnine prodajalcu je pogojena z izpolnitvijo obveznosti prodajalca, ki jo je določil kupec ob izročitvi kupnine v notarsko hrambo, o čemer se notar na upnikov predlog in na zahtevo sodišča izjavi v roku, ki ga določi sodišče po 111. členu ZIZ.

Dolžnikov dolžnik je le udeleženec izvršilnega postopka, zato zoper njega zaradi izjave volje ni dopustno izvajati nobenih prisilnih ukrepov v smislu zahteve za dajanje izjave o njegovem premoženjskem stanju (31. člen ZIZ), niti ga ni dopustno

⁵⁷ M. Lajevce, E. Žgajnar, 2021, Zakon o izvršbi in zavarovanju: komentar zakona, str. 274.

denarno kaznovati, če je pasiven (33. člen ZIZ). Kršitev obveznosti dati izjavo, ki je popolna in pravilna, ima le odškodninskopravno posledico (prvi odstavek 112. člena ZIZ).⁵⁸ Položaj dolžnikovega dolžnika v tem delu postopka je zelo omejen. Nima pravice do pritožbe zoper sklep o rubežu in niti zoper sklep o prenosu, o obstoju ali neobstoju terjatve pa se lahko izjavi le, če upnik poda tak predlog.⁵⁹

Primer 6: Prodajalec je 1. 3. 2021 s kupcem sklenil pogodbo o prodaji nepremičnine ID znak: parcela 9999 134/1 (zemljišče z zgrajenim objektom – skladiščem) za kupnino 1.000.000 EUR.

Stranki sta se v pogodbi dogovorili, da bo prodajalec v roku dveh let izročil kupcu nepremičnino z dokončanim objektom (skladiščem) s pravnomočnim uporabnim dovoljenjem in na kupca prenesel bremen prosto lastninsko pravico na nepremičnini. V tem času mora prodajalec pridobiti pravnomočno gradbeno dovoljenje, na svojem zemljišču zgraditi skladišče ter pridobiti pravnomočno uporabno dovoljenje. Kupec se je zavezal, da bo naslednji dan po sklenitvi pogodbe v znak sklenitve pogodbe, na prodajalčev račun plačal 10-odstotno aro v znesku 100.000 EUR, 70 odstotkov kupnine bo v roku enega meseca plačal na notarski skrbniški račun, preostalih 20 odstotkov pa na prodajalčev račun takoj po uspešnem prevzemu nepremičnine.

Stranki sta se v notarskem zapisu pogodbe dogovorili o pogojih hrambe 70 odstotkov kupnine (deponirani denarni znesek). Notar je dolžan izplačati deponirani denarni znesek iz skrbniškega računa na TRR prodajalca, ko prejme:

- nepogojno zemljiškoknjižno dovolilo za vknjižbo lastninske pravice na nepremičnini v korist kupca z notarsko overjenim podpisom prodajalca,
- uporabno dovoljenje za skladišče s potrdilom o pravnomočnosti.

Če se v roku do 1. 3. 2023 ne izpolnijo vsi pogoji hrambe, je dolžan notar vrniti deponirani denarni znesek na TRR kupca.

Obe stranki sta s prodajno pogodbo v obliki notarskega zapisa sprejeli pogoje hrambe in zato deponent (kupec) pravic prodajalca (upravičenca) ne more več enostransko preklicati (gl. drugi odstavek 88. člena ZVKSES in prvi odstavek 127. člena OZ). Če se bo izpolnil odložni pogoj, bo terjatev za izplačilo deponiranega denarnega zneska pridobil prodajalec, v nasprotnem primeru pa kupec.

Notar je 1. 3. 2021 po sklenitvi prodajne pogodbe po pooblastilu prodajalca vložil predlog za vpis zaznambe vrstnega reda za pridobitev lastninske pravice. Prodajalec je z izjavo v notarskem zapisu prodajne pogodbe prenesel pravico razpolaganja z zaznamovanim vrstnim redom v korist kupca pod pogoji hrambe kupnine. V zemljiški knjigi pri nepremičnini ob sestavi notarskega zapisa prodajne pogodbe ni bilo vpisanih prepovedi obremenitve ali odtujitve in zaznamb izvršbe.

⁵⁸ D. Orož, Izvršba na terjatev do dolžnikovega dolžnika, 2021, str. 67.

⁵⁹ M. Lajevec, E. Žgajnar, 2021, Zakon o izvršbi in zavarovanju: komentar zakona, str. 275.

Zaznamba vrstnega reda je bila vpisana v zemljiško knjigo 15.3.2021.

Kupec je 20. 3. 2021 na notarski skrbniški račun plačal 70 odstotkov kupnine v znesku 700.000,00 EUR.

Sodišče je na predlog upnika A, na podlagi izvršilnega naslova, dne 1.6.2021 izdalo proti kupcu (dolžniku) sklep o izvršbi za izterjavo denarne terjatve v znesku 700.000,00 EUR spp, z rubežem denarne terjatve kupca za plačilo deponiranega denarnega zneska iz notarske hrambe. Sklep o izvršbi je bil 2. 6. 2021 vročen notarju.

Sodišče je na predlog upnika B, na podlagi izvršilnega naslova, dne 15. 7. 2021 izdalo proti prodajalcu (dolžniku) sklep o izvršbi za izterjavo denarne terjatve v znesku 700.000,00 EUR spp:

- s prodajo nepremičnine ID znak: parcela 9999 134/1,
- z rubežem denarne terjatve prodajalca za plačilo deponiranega denarnega zneska iz notarske hrambe.

Zemljiškoknjižno sodišče je dne 16. 7. 2021 prejelo sklep o izvršbi, na podlagi katerega sta bili v zemljiško knjigo vpisani zaznamba sklepa o izvršbi in hipoteka v korist upnika B. Sklep o izvršbi je bil 16. 7. 2021 vročen notarju.

Sodišče je na predlog obeh upnikov od notarja zahtevalo izjavo po 111. členu ZIZ v roku 15 dni. Notar je v postavljenem roku sporočil sodišču, da je terjatev kupca do notarja v znesku 700.000 EUR pogojna in bo kupec upravičen do izplačila, če v roku do 1. 3. 2023 prodajalec ne bo predložil notarju nepogojnega zemljiškoknjižnega dovolila za vknjižbo lastninske pravice na nepremičnini v korist kupca z notarsko overjenim podpisom prodajalca in uporabnega dovoljenja za skladišče s potrdilom o pravnomočnosti. Glede prodajalčeve terjatve je notar sporočil sodišču, da je terjatev prodajalca do notarja v znesku 700.000 EUR pogojna in bo prodajalec upravičen do izplačila, če bo v roku do 1. 3. 2023 predložil notarju nepogojno zemljiškoknjižno dovolilo za vknjižbo lastninske pravice na nepremičnini v korist kupca z notarsko overjenim podpisom prodajalca in uporabno dovoljenje za skladišče s potrdilom o pravnomočnosti.

Po pravnomočnosti sklepa o rubežu in po vročitvi notarjeve izjave upnikoma je sodišče v obeh izvršilnih postopkih izdalo sklepa o prenosu terjatev.

Prodajalec je dne 24. 2. 2023 predložil notarju nepogojno zemljiškoknjižno dovolilo za vknjižbo lastninske pravice na nepremičnini ID znak: parcela 9999 134/1 v korist kupca z notarsko overjenim podpisom prodajalca in uporabno dovoljenje za skladišče s potrdilom o pravnomočnosti. Ker so se s tem izpolnili pogoji za izplačilo deponiranega zneska iz notarske hrambe, je notar vložil predlog za vpis lastninske pravice pri nepremičnini v korist kupca v vrstnem redu vložitve predloga (ker je veljavnost zaznambe vrstnega reda iztekla 15. 3. 2022, je zemljiškoknjižno sodišče po uradni dolžnosti dovolilo izbris te zaznambe) in izplačal celotni deponirani znesek 700.000 EUR upniku B.

Epilog: Z vknjižbo lastninske pravice je kupec postal lastnik nepremičnine, obremenjene s hipoteko v korist upnika B, ki je umaknil predlog za izvršbo na nepremičnino, ker je bila njegova terjatev v celoti poplačana. Sodišče je 1. 3. 2023 na predlog upnika A v izvršilnem postopku dovolilo izvršbo s prodajo

kupčeve nepremičnine ID znak: parcela 9999 134/1. Zemljiškoknjižno sodišče je dne 2. 3. 2023 prejelo sklep o izvršbi, na podlagi katerega sta bili v zemljiško knjigo pri nepremičnini vpisani zaznamba sklepa o izvršbi in hipoteka v korist upnika A.

Primer zaradi razumljivejšega prikaza učinkov rubeža terjatve poenostavljeno prikazuje poslovno situacijo, ki je v resničnem življenju bolj kompleksna. V resnici bi prodajalčeva slaba plačilna sposobnost negativno vplivala na gradnjo objekta in na izpolnitve njegovih obveznosti v pogodbenem roku. Ker je rok hrambe kupnine daljši od splošnega roka veljavnosti zaznambe vrstnega reda (71. člen ZZK-1), ta ne varuje ustrezno vrstnega reda pridobitve lastninske pravice in ni primerno zavarovanje kupcev pri gradnji za trg. Za primer, zaznamba vrstnega reda za pridobitev etažne lastnine neha veljati z iztekom treh let od dneva njenega vpisa v zemljiško knjigo (tretji odstavek 76. člena ZZK-1). Zato bi morala v obravnavanem primeru prodajna pogodba (in pogodba o notarski hrambi) vsebovati razvezni pogoji, ki se uresniči, če je ob izpolnitvi odložnega pogoja pri nepremičnini vpisana ali predlagana pravica ali pravno dejstvo, ki omejuje lastninsko pravico.

6 Zaključek

Slovenska zakonska ureditev notarske hrambe v ZN ni ustrezna. V času od uveljavitve ZN do danes so se ureditve v primerljivih tujih zakonodajah že večkrat spremenile in prilagodile potrebam in izzivom modernega pravnega prometa. Ureditev notarske hrambe v ZN je že od leta 1995 nespremenjena. Leta 2004 je bil sprejet ZVKSES, ki je zastarela tehnična pravila ZN dopolnil z vsebinskimi pravili, ki bi bila lahko zgled tudi marsikateri drugi primerljivi pravni ureditvi. Vendar je potrebno pravila notarske hrambe, ki so sedaj urejena v različnih zakonih, urediti na enem mestu v ZN in jih ustrezno dopolniti oz. spremeniti.

Določbo 87. člena ZN o hrambi listin je potrebno dopolniti z opredelitvijo predmetov hrambe, ki so, tako kot listine, lahko nosilci podatkov. Po 87. členu ZN je dolžan notar prevzeti v hrambo listine vsake vrste. ZN je potrebno dopolniti z določbo, da se pravila o hrambi listin smiselno uporabljajo tudi za hrambo drugih nosilcev podatkov. Za primerjavo, tudi nemški BNotO izrecno ureja le hrambo denarja, vrednostnih papirjev in dragocenosti (gl. par. 23 BNotO in par. 57 BeurkG), vendar notarska hramba v praksi vključuje tudi listine in elektronske nosilce

podatkov (CD, DVD, USB ključki), ki vsebujejo pomembne informacije in se obravnavajo kot dragocenosti.⁶⁰

Še manj ustrezna je slovenska ureditev hrambe denarja in vrednostnih papirjev. Po zgledu nemške ureditve je potrebno gotovino izrecno izključiti iz kroga dopustnih predmetov hrambe.

Poleg tega ni dovolj jasno pravilo prvega odstavka 88. člena ZN, da je notar dolžan prevzeti gotovino, menice, čeke in druge vrednostne papirje samo, če so mu ob sestavljanju notarskega zapisa predani z namenom, da jih izroči določeni osebi ali državnemu organu. Hramba denarnega dobroimetja in vrednostnih papirjev, ki lahko predstavljajo življenjske prihranke strank, je povezana s tveganji. Zato mora biti natančno zakonsko urejena. Dovoljena mora biti le ob natančno določenih pogojih hrambe. Poleg tega mora biti vnaprej izražen in natančno določen ter dopusten namen hrambe. Kot navedeno je predmet hrambe v času do izpolnitve pogojev hrambe nedosegljiv upnikom strank. Zato je institut notarske hrambe izpostavljen tveganju zlorabe pravic zaradi izogibanja upnikom. Po veljavnih zakonskih pravilih je neomejen tudi rok notarske hrambe denarja in vrednostnih papirjev. V zvezi s tem je potreben razmislek o zakonski omejitvi časa, ki ga ima upravičenec na razpolago za izpolnitev pogojev hrambe. Ponuja se primerjava z enoletnim rokom veljavnosti zaznambe vrstnega reda po prvem odstavku 71. člena ZZK-1. Enak najdaljši rok je po desetem odstavku 296. člena ZTFI-1 določen za notarsko skrbništvo vrednostnih papirjev na fiduciarnem računu.

Zakon mora za hrambo denarja in vrednostnih papirjev izrecno določiti obvezen notarjev sprejem (akcept) denarja in vrednostnih papirjev v hrambo. Notarjev akcept se mora nanašati na namen notarske hrambe, ki ga je opredelil deponent, poleg tega pa tudi na vse preostale sestavine deponentovega naloga.

Literatura

- Armbrüster Christian, Preuß Nico, Renner Thomas, Falle mit »berechtigtem Sicherungsinteresse«, v: *Beurkundungsgesetz und Dienstordnung für Notarinnen und Notare – Kommentar* (8. izdaja), C. Armbrüster, N. Preuß, T. Renner (ur.), Deutscher Notarverlag, Bonn 2020.
- Block Albert, *Notaranderkonto 2.5, »Das Verwahrgeschäft«, Skript mit Textteil (Lehrbuch)*, Fallbeispielen und Formulierungsvorschlägen, Deutsches Anwaltsinstitut, Bochum 2014.
- Bock Richard, Gradivo za predstavitev značilnosti nemške notarske hrambe, Ljubljana 2022.

⁶⁰ J. Sander, *Treuhandtätigkeiten*, v: BNotO Bundesnotarordnung Kommentar, 2021, str. 498.

- Brambring Günter, Das »berechtigte Sicherungsinteresse« als Voraussetzung für notarielle Verwahrungstätigkeit. *Deutsche Notar-Zeitschrift*, (1999).
- Čigoj Stojan, *Obligacije*, Uradni list SRS, Ljubljana 1976.
- Franken Kai, Rechtsprobleme nach Kaufpreishinterlegung auf Notaranderkonto beim Grundstückskauf, *Rheinische Notar-Zeitschrift*, *Let.* 12 (2010), str. 597–618.
- Franken Kai, Vorliegen objektiver Umstände, v: *Beck-online GROSSKOMMENTAR zum Zivilrecht*, B. Gsell, W. Krüger, S. Lorenz, C. Reymann (ur.), Verlag C. H. Beck, München 2021.
- Frankel Tamar, *Fiduciary Law*, *California Law Review*, *Let.* 71 (1983), št. 3, str. 795–836.
- Keim Christopher, Die notarielle Vorlagesperre – Begründung einer Vorleistungspflicht oder Sicherungsinstrument im Rahmen der Zug-um-Zug-Abwicklung?, *Mitteilungen des Bayerischen Notarvereins, der Notarkasse und der Landesnotarkammer Bayern*, *Let.* 1 (2003), str. 21–27.
- Lajevc Maja, Žgajnar Elizabeta, Izvršba, 1. knjiga, *Zakon o izvršbi in zavarovanju: komentar zakona*, *Tax-Fin-Lex*, Ljubljana 2021.
- Milak Filip, Treuhand – javnobilježniški polog prema njemačkom pravu, *Javni bilježnik*, *Let.* 21 (2017), št. 44, str. 33–45.
- Orož Damjan, Izvršba na terjatev do dolžnikovega dolžnika, v: *Zbornik sodobno stvarno pravo*, N. Plavšak (ur.), *Tax-Fin-Lex*, Ljubljana 2021.
- Plavšak Nina, Izpolnitveno ravnanje kot predmet obligacijskega razmerja, v: *Obligacije, splošni del: Komentar splošnega dela Obligacijskega zakonika*, N. Plavšak (ur.), *Tax-Fin-Lex*, Ljubljana 2020.
- Plavšak Nina (ur.), *Obligacije, posebni del: Komentar posebnega dela Obligacijskega zakonika*, 1. knjiga, *Tax-Fin-Lex*, Ljubljana 2020.
- Plavšak Nina, Juhart Miha, Vrenčur Renato, *Obligacijsko pravo: splošni del, GV Založba*, Ljubljana 2009.
- Plavšak Nina, Juhart Miha (ur.), *Obligacijski zakonik (OZ): s komentarjem - posebni del*, 4. knjiga, *GV Založba*, Ljubljana 2004.
- Plavšak Nina, *Zakon o finančnem poslovanju, postopkih zaradi insolventnosti in prisilnem prenehanju (ZFPPIPP)*, *GV Založba*, Ljubljana 2008.
- Ratnik, Alenka, *Notarski fiduciarni posli*, *GV Založba*, Ljubljana 2006.
- Rijavec, Vesna, *Civilno izvršilno pravo*, *GV Založba*, Ljubljana 2003.
- Rijavec Vesna, *Civilnopravna odgovornost notarjev*, *Pravna praksa*, *Let.* 17 (1998), št. 11, str. I–IX.
- Sander Julian, *Treuhandtätigkeiten*, v: *BNotO Bundesnotarordnung Kommentar* (10. izdaja), S. Görk, H. Schippel (ur.), Verlag C. H. Beck, München 2021.
- Sekolec Jernej, »Plačaj takoj, ugovarjaj kasneje«: neodvisna bančna garancija in stand-by akreditiv, *Pravna praksa* *Let.* 16 (1997), št. 3, str. 15–22.
- Šlamberger Miha, *Bančna garancija in ZVKSES*, *Pravna praksa*, *Let.* 26 (2007), št. 20, str. 6–9.
- Weingärtner Helmut, *Berechtigtes Sicherungsinteresse im Sinne des § 54a Abs. 2 BeurkG*, *Deutsche Notar-Zeitschrift*, (1999).

SUMMARY

This paper analyzes the content and conditions of admissibility of notary's escrow. Furthermore, it deals with the mutual legal relations between the parties of the underlying legal transaction and the notary and with the impact of notary's escrow on third parties (e.g. creditors). It suggests possible improvements of the Slovenian legal system in this area.

The legal relationship between the parties of the underlying legal transaction is independent from their legal relationship to the notary. The purpose of a notary's escrow is to insure one contracting party against the risk of non-performance by the counterparty. The underlying legal transaction is generally a sales agreement. The subject of notary's escrow is also the subject of the depositor's obligation based on the underlying legal transaction. It can only be an obligation to provide something. If the contractual

obligation is that depositor does, omits or incurs something, the notary's escrow is not possible. The notary is obliged to release the deposit to the beneficiary if the conditions set by the depositor (in most cases the performance by the counterparty) are fulfilled.

The notary's escrow agreement creates a legal relationship between at least one of the parties to the sales contract and the notary. At the same time, due to its legal nature, this is also a contract for the benefit of a third party (beneficiary). According to the principle of relativity of contractual relations, contract shall generate rights and obligations only for the contracting parties and not for the third persons. Therefore, a contract in favour of a third person binds only the notary and the depositor, while the beneficiary from this contract acquires the right directly against the notary. The depositor has the right to request that the notary performs the obligation towards the beneficiary. According to a special rule, defined by an Act (which constitutes an exception to the principle of relativity of contractual relations), the notary has all objections to the beneficiary from the contract in favour of a third party, even though the beneficiary is not a party to the contract. The parties of the underlying legal transaction (depositor and beneficiary) have no rights and obligations to the notary from this legal relationship. This means, for example, that the buyer cannot assert claims against the notary based on material defects of the subject of notary's escrow.

In German law, there is a clearly defined boundary between the civil law relationship (the underlying legal transaction) and the public law relationship (the parties and the notary). The legal technical and substantive rules of notary's escrow govern exclusively the public law relationship which is separate from the substantive legal agreements of the parties. For the sake of transparency and legal security, this separation should also be emphasized in Slovenian law.

The depositor, the beneficiary, and their creditors cannot request the deposit from the notary if the terms established by the depositor are not fulfilled by the set deadline. Due to possible abuses, the Slovenian regulation of notary's escrow should be supplemented in this area.

VIDEOKONFERENCA KOT INSTRUMENT USTNE OBRAVNAVE V SODNEM POSTOPKU TER NJEN POSEG V NAČELO NEPOSREDNOSTI

MATEJ ŠMIGOC^{1,2}

¹ Vrhovno sodišče Republike Slovenije, Ljubljana, Slovenija
matej.smigoc@sodisce.si

² Univerza v Mariboru, Pravna fakulteta, Maribor, Slovenija
matej.smigoc@sodisce.si

V civilnih in kazenskih postopkih se lahko vloge pri sodišču vlagajo v elektronski obliki, na narokih lahko stranke in ostali udeleženci sodelujejo z uporabo videokonference, sodišča pa lahko svoje odločbe vročajo po elektronski poti. Namen vodenja postopkov na tak način je v zagotovitvi njihove hitrosti in ekonomičnosti, ustrezna zakonska podlaga pa je sodiščem na voljo že dalj časa. Ukrepi zaradi preprečevanja širjenja virusne bolezni COVID-19 so napredek na tem področju pospešili, predvsem z možnostjo uporabe videokonference, ki sodišču omogoča izvedbo glavnih obravnav ter zaslišanj strank, prič in izvedencev brez njihove fizične navzočnosti v razpravnih dvoranah. Zato je zaradi psihološkega vidika izvedbe dokazov z uporabo videokonference in vpliva neverbalnega vtisa zaslišane osebe na sodnikovo zaznavanje, posebno pozornost treba nameniti spoštovanju temeljnih načel, še posebej načelu neposrednosti. Odgovore na vprašanja, ki se v zvezi z uporabo videokonference v sodnem postopku postavljajo, pa je treba iskati z interdisciplinarnim in primerjalnopravnim pristopom.

DOI
[https://doi.org/
10.18690/um.pf.1.2024.7](https://doi.org/10.18690/um.pf.1.2024.7)

ISBN
978-961-286-817-8

Ključne besede:
videokonferenca,
COVID-19,
zaslišanje,
glavna obravnava,
neposrednost,
ustnost,
kazenski postopek,
civilni postopek



Univerzitetna založba
Univerze v Mariboru

DOI
[https://doi.org/
10.18690/um.pf.1.2024.7](https://doi.org/10.18690/um.pf.1.2024.7)

ISBN
978-961-286-817-8

VIDEOCONFERENCE AS AN INSTRUMENT OF ORAL HEARING IN COURT PROCEEDINGS AND ITS INTERFERENCE WITH THE PRINCIPLE OF IMMEDIACY

MATEJ ŠMIGOC^{1,2}

¹ Supreme Court of the Republic of Slovenia, Ljubljana, Slovenia
matej.smigoc@sodisce.si

² University of Maribor, Faculty of Law, Maribor, Slovenia
matej.smigoc@sodisce.si

Keywords:
videoconferencing,
COVID-19,
hearing,
main hearing,
immediacy,
oral procedure,
criminal procedure,
civil procedure

In civil and criminal proceedings, applications to the court can be filed in electronic form, parties and other participants can participate in hearings using videoconferencing, and courts can serve their decisions electronically. The purpose of conducting procedures in this manner is to ensure their speed and efficiency. Appropriate legal basis has been available to the courts for some time and measures to prevent the spread of the viral disease COVID-19 have accelerated progress in this area, especially with the possibility of using videoconferencing, which enables the court to conduct main hearings and question parties, witnesses and experts without the need for them to be physically present in the courtrooms. Therefore, due to the psychological aspect of conducting evidence using a videoconference and the influence of the non-verbal impression of the interrogated person on the judge's perception, special attention should be paid to the respect of the fundamental principles, especially the principle of immediacy. Answers to the questions that arise in relation to the use of videoconferencing in court procedures, must be sought with an interdisciplinary and comparative law approach.



1 Uvod

Sodišča se vedno intenzivneje povezujejo med seboj, tudi s tujimi sodišči in z državnimi organi, kar je zasluga sodobnih tehnologij. Tehnično opremo sodišča deloma že imajo na razpolago, mora pa ta biti združljiva oz. povezljiva z opremo drugih sodišč, organov ter strank, njihovih pooblaščenecv, zagovornikov, izvedencev in tolmačev, ki v teh postopkih sodelujejo. Z razvojem e-sodstva poteka izmenjava dokumentov med sodišči in udeleženci sodnih postopkov v elektronski obliki, kakor tudi med strankami, neposredno, z razvojem sodobnih tehnologij in modernizacijo sodišč pa tudi fizična navzočnost strank in drugih udeležencev sodnih postopkov v razpravnih dvoranah sodišč ni več nujno potrebna. Čeprav je pravna podlaga za uporabo sodobnih tehnologij pred sodišči, vsaj kar se tiče zaslišanja prič, na voljo že dalj časa, so se takšnih načinov poslovanja sodišča posluževala samo, ko je bilo to nujno za izvedbo postopka, npr. pri vzpostavljanju videokonferenčnih povezav z varnimi sobami, v katerih so se nahajali oškodovanci. Ob vse večji povezljivosti na svetovni ravni, ko ni več tako pomembno, kje se določena oseba nahaja, da lahko opravlja določena dejanja pred sodišči in državnimi organi drugih držav, pa je pričakovati, da bodo v prihodnje stranke in drugi udeleženci postopkov tudi sami vedno pogosteje od sodišč pričakovali takšne možnosti sodelovanja v sodnih postopkih, da se izognejo dolgim in predvsem dolgotrajnim potovanjem. Isto je pričakovati tudi od odvetnikov, izvedencev in tolmačev, ki bodo tudi sami sodišču lažje na voljo, kadar bo treba. Sodni postopki na tak način postajajo dostopnejši, hitrejši in bolj ekonomični, saj se prihranijo stroški, ki nastanejo zaradi potovanj. Tako bodo prijaznejši tudi za tujce, kar posredno vpliva na vzpostavljanje privlačnejšega poslovnega okolja za opravljanje gospodarske dejavnosti. Pozitivni učinki se torej kažejo tudi izven sodnih postopkov.

Podatki Statističnega urada Republike Slovenije kažejo, da ima dostop do interneta 94 odstotkov gospodinjstev v Sloveniji, pri tem 87 odstotkov oseb internet uporablja vsak dan oz. skoraj vsak dan.¹ Uporabniki storitev sodišč so glede na navedene podatke sodobnih komunikacijskih poti večji in se jih tudi sicer redno poslužujejo, zato je tudi v prihodnje treba razmišljati v smeri, kako jih ob prednostih, ki jih ponujajo, uporabiti kot pomoč pri še učinkovitejšem vodenju sodnih postopkov. Ob vsem navedenem pa je treba v sodnih postopkih poskrbeti za zagotavljanje ustavnih

¹ Podatki se nanašajo na leto 2023, zajemajo pa osebe v starostih od 16 do 74 let. Podatki so dostopni na: www.stat.si (19. 10. 2023).

pravic strank postopka, za enakopravnost strank, pravico strank, da se v postopku izjavijo, predlagajo dokaze, so navzoče pri izvajanju dokazov in se izjavljajo o dokaznih predlogih nasprotne stranke, torej za pošten tek postopka. Strankam postopkov mora biti omogočeno, da pričam in izvedencem postavljajo vprašanja ter se izjavljajo o rezultatih dokazovanja,² teh pravic pa se jim zaradi vodenja postopka z uporabo videokonference ne sme kršiti.

Možnost uporabe videokonference kot instrumenta sodišč pri vodenju postopkov se je še posebej koristna pokazala pri ukrepanju sodišč v smeri zaježitve širjenja okužbe COVID-19, ko je bil dostop do sodišč omejen, neposreden stik s strankami in pričami v sodni dvorani pa onemogočen. Sodišča so se na novo realnost in potrebo po elektronskem poslovanju ter vodenju postopkov in narokov izven sodnih dvoran v takšnih izrednih razmerah posebej hitro odzvala in izkoristila zakonske možnosti njihovega elektronskega poslovanja. Tako domačim kot tujim sodiščem je na voljo zakonska podlaga za elektronsko in videokonferenčno poslovanje, ki jim v civilnih in kazenskih postopkih omogoča izvajanje dokazov s pomočjo videokonference. Pri pregledu domače ureditve se je zato treba ozreti tudi na način izvedbe teh postopkov pred tujimi sodišči, npr. v sosednji Avstriji. Glede na svojo funkcijo so pomembna tudi temeljna načela kot smernice za urejanje postopkov pred sodišči. Načelo kontradiktornosti, načelo ustnosti, načelo javnosti in predvsem načelo neposrednosti, ki je ravno pri izvajanju dokazov s pomočjo videokonference še posebej na preizkusu, saj prenos slike in zvoka iz nekega drugega kraja v razpravno dvorano sodišču (sodniku posamezniku ali senatu) ne omogoča enakovrednega stika z dokazom, kot ga ima ob neposrednem stiku z dokazom v razpravni dvorani. Takšno poslovanje sodišča zato vpliva na zahtevano neposrednost v postopku in na sodnikovo percepcijo pri oceni dokazov, s tem pa je lahko v praksi vzrok številnim težavam pri takšnem izvajanju dokazov. Izvedba postopka z videokonferenco in posledična ocena tako izvedenih dokazov ima zato prednosti in slabosti, odpira pa tudi številna vprašanja, na katera bodo morala sodišča v prihodnosti odgovoriti s sprejemanjem sodne prakse.

² Več v A. Galič, v: L. Šturm, 2011, Komentar Ustave Republike Slovenije, str. 284 in 287.

2 Videokonferenca kot instrument sodnega postopka

2.1 Splošno o videokonferenci in zakonski podlagi njene uporabe

Videokonferenčna zaslišanja niso nekaj novega v sodnih postopkih. Evropska unija (EU) in njene države članice si že vrsto let prizadevajo za uvedbo sodišča na daljavo, kar je posledica potrebe po hitrejših sodnih postopkih in njihovem ekonomičnem vodenju, prav tako pa tudi v zaščiti najšibkejših udeležencev postopka ter žrtev kaznivih dejanj. Strankam sodnih postopkov tak način njihove izvedbe daje možnost, da brez svoje fizične navzočnosti v razpravnih dvoranah sodišča, torej od doma ali od nekje drugje, s pomočjo internetne povezave, opravljajo vsa potrebna dejanja pred sodišči. Vodenje postopka na tak način predstavlja samo eno od možnosti sodelovanja strank s sodišči, brez njihove hkratne fizične navzočnosti, saj sicer s sodišči sodelujejo tudi s pisnimi vlogami in po telefonu, razvoj na tem področju pa se pomika v smeri celovite vzpostavitve e-sodstva, ki strankam omogoča poslovanje s sodišči s pomočjo sodobnih komunikacijskih tehnologij. Pogoja za poslovanje sodišč na daljavo sta zato ustrezna zakonska podlaga na eni strani in vzpostavitev potrebne informacijsko-komunikacijske infrastrukture na drugi strani.³ Videokonference postajajo zelo razširjena možnost za prenos zvoka in slike med različnimi lokacijami. Različni dogodki ter ukrepi, kot je omejitev možnosti potovanja oseb zaradi ukrepov za preprečevanje širjenja virusne bolezni COVID-19, pa vplivajo na njihovo pospešeno uporabo tudi na področju poslovanja sodišč. Hiter napredek na tem področju je mogoč zaradi stanja tehnologije, ki je toliko napredovala, da je videokonferenčne povezave zadovoljive kvalitete mogoče vzpostavljati že s pomočjo razširjenih ter vsem osebam dosegljivih osebnih računalnikov in mobilnih telefonov, torej brez dodatnih stroškov za končnega uporabnika sodobnih načinov poslovanja sodišč.

S pomočjo videokonferenčne opreme za prenos zvoka in slike se povezuje razpravno dvorano sodišča z oddaljeno razpravno dvorano drugega sodišča, varno sobo, sobo državnega organa, pisarno odvetnika ali izvedenca, ki se lahko nahajajo tudi v tujini, v katerih se prav tako nahaja oprema za prenos zvoka in slike, ki se prenašata v razpravno dvorano sodišča, pred katerim teče postopek.⁴

³ B. Lesjak, Videokonferenčna zaslišanja za hitrejšo in cenejšo sodne postopke, 2008, str. 8.

⁴ Prav tam, str. 8–9.

Zakonska podlaga za uporabo videokonferenčne tehnologije pri izvedbi dokazov v civilnih in kazenskih postopkih je na voljo že od leta 2008. Z novelo Zakona o pravdnem postopku⁵ (ZPP-D), ki je začela veljati 1. 10. 2008, je bil dodan nov 114.a člen, ki je uvedel uporabo te tehnologije v civilne postopke. Z novelo Zakona o kazenskem postopku⁶ (ZKP-I), ki je začela veljati 1. 11. 2008, pa je dodan nov 244.a člen ZKP⁷ za izvajanje videokonference v kazenskem postopku. ZKP je bil v smislu uporabe tehničnih sredstev za prenos slike in glasu ponovno prenovljen z novelo ZKP-O,⁸ ki je začela veljati 13. 1. 2021 in se uporablja od 13. 5. 2021. S to novelo je bil 244.a člen prenovljen, hkrati pa sta dodana nova 84.a in 304.a člen.

Čprav uporaba videokonference sodne postopke skrajša in poceni, torej pozitivno vpliva na poslovanje sodišč, je na drugi strani ob njeni uporabi treba nameniti posebno pozornost spoštovanju vseh pravic udeležencev sodnih postopkov. Vsaki stranki postopka je treba zagotoviti razumno možnost, da predstavi svoje argumente, vključno z dokazi, da se seznaniti in izjavi glede navedb in dokazov nasprotne stranke. Nobene od strank se na ta način ne sme postaviti v občutno slabši položaj nasproti drugi stranki.⁹

2.2 Ukrepi za zajezitev širjenja okužbe bolezn COVID-19

2.2.1 Ukrepi sprejeti v Sloveniji

V Sloveniji je bila epidemija bolezn COVID-19 prvič razglašena z Odredbo o razglasitvi epidemije nalezljive bolezn SARS-CoV-2 (COVID-19) na območju Republike Slovenije,¹⁰ sprejeto 12. 3. 2020, ki je začela veljati še istega dne. Razglasitvi epidemije je sledila izdaja odredbe o posebnih ukrepih iz 83.a člena Zakona o sodiščih¹¹ (ZS), ki določa, da ob naravnih in drugih nesrečah, ob epidemijah ali podobnih izrednih dogodkih, ki v večjem obsegu omejujejo redno izvajanje sodne oblasti, sodišča poslujejo v skladu s 83. členom ZS, torej kot v času sodnih počitnic oz. poletnega poslovanja sodišč,¹² o čemer odloči predsednik

⁵ Uradni list RS, št. 45/08.

⁶ Uradni list RS, št. 68/08.

⁷ Uradni list RS, št. 176/21 - uradno prečiščeno besedilo, 96/22 - odl. US, 2/23 - odl. US in 89/23 - odl. US.

⁸ Uradni list RS, št. 200/20.

⁹ A. Galič, v: L. Šturm, 2011, Komentar Ustave Republike Slovenije, str. 278.

¹⁰ Uradni list RS, št. 19/20.

¹¹ Uradni list RS, št. 94/07 - uradno prečiščeno besedilo, 45/08, 96/09, 86/10 - ZJNepS, 33/11, 75/12 - ZSPDLSL-A, 63/13, 17/15, 23/17 - ZSSve, 22/18 - ZSICT, 16/19 - ZNP-1, 104/20 - ZIUPOPĐVE in 18/23 - ZDU-10.

¹² Zakon o spremembah Zakona o sodiščih (ZS-M), Uradni list RS, št. 104/2020.

Vrhovnega sodišča RS z odredbo.¹³ Z Odredbo o posebnih ukrepih zaradi nastanka pogojev iz prvega odstavka 83.a člena ZS¹⁴ z dne 13. 3. 2020, sprejeto na podlagi iste določbe, je bilo poslovanje vseh sodišč od 16. 3. 2020 dalje omejeno na opravljanje narokov samo v nujnih zadevah, naroki v nenujnih zadevah pa so bili preklicani in procesni roki v teh zadevah niso tekli. Namen je bil z odredbo zagotoviti redno izvajanje sodne oblasti v čim večjem obsegu. Nevabljene stranke so lahko prišle na sodišče le ob predhodnem dogovoru, vloge pa so bile dolžne vlagati le po pošti ali preko portala e-sodstvo. Z odredbo predsednika Vrhovnega sodišča RS z dne 30. 3. 2020¹⁵ je bilo od 31. 3. 2020 v nujnih zadevah izvajanje narokov, sej in zaslivanje določeno praviloma preko videokonference, če so bili za to izpolnjeni tehnični in prostorski pogoji, ter z odredbo z dne 4. 5. 2020¹⁶ od 5. 5. 2020 tudi v nenujnih zadevah, praviloma preko videokonference. Predsednik senata je imel možnost začasno izključiti javnost celotne glavne obravnave ali njenega dela in določiti druge varovalne ukrepe z namenom preprečitve širjenja virusne okužbe, varovanja zdravja in življenja ljudi, zagotavljanja delovanja sodišč ter izvajanja pravic in obveznosti.¹⁷

Epidemija je bila ponovno razglašena z odlokom Vlade RS z dne 18. 10. 2020,¹⁸ ki je začel veljati 19. 10. 2020, razglasitvi epidemije pa je sledila izdaja odredbe z dne 19. 10. 2020, z veljavnostjo od 20. 10. 2020, s katero je bilo ponovno določeno, da vsa sodišča opravljajo naroke in druga procesna dejanja, odločajo, vročajo sodna pisanja in izvajajo uradne ure v vseh zadevah v skladu z omejitvami, kot izhajajo iz strokovnih priporočil, ter da se naroki, seje in zaslivanja, če so izpolnjeni tehnični in prostorski pogoji, lahko izvedejo videokonferenčno. Glede narokov, kjer ni mogoče zagotoviti njihovega izvajanja v razpravnih dvoranah, ob upoštevanju razdalj med navzočimi osebami, ter se ne izvedejo videokonferenčno, je bilo določeno, da jih

¹³ Predsednik Vrhovnega sodišča RS z odredbo določi katera sodišča poslujejo v omejenem obsegu ter posebne ukrepe, ki določajo poslovanje sodišč. Določi veljavnost odredbe, mesečno preverja upravičenost ukrepov ter z odredbo določi obseg poslovanja v nujnih in nenujnih zadevah. Vladi RS lahko predlaga, da ugotovi zadržanje teka zakonskih rokov za uveljavljanje pravic v sodnih postopkih. Upošteva izredni dogodek se redno izvajanje sodne oblasti zagotovi v čim večjem obsegu.

¹⁴ Uradni list RS, št. 21/20.

¹⁵ Odredba o posebnih ukrepih zaradi nastanka pogojev iz prvega odstavka 83.a člena ZS in razlogov iz 1. člena ZZUSUDJZ, Uradni list RS, št. 39/2020.

¹⁶ Odredba o posebnih ukrepih zaradi nastanka pogojev iz prvega odstavka 83.a člena ZS in razlogov iz 1. člena ZZUSUDJZ z dne 4. 5. 2020, Uradni list RS, št. 62/2020 z dne 4. 5. 2020.

¹⁷ Dne 20. 3. 2020 je bil sprejet Zakon o začasnih ukrepih v zvezi s sodnimi, upravnimi in drugimi javnopravnimi zadevami za obvladovanje širjenja nalezljive bolezni SARS-CoV-2 (covid-19) (Uradni list RS, št. 36/2020 z dne 28. 3. 2020; ZZUSUDJZ), ki je začel veljati 29. 3. 2020. Z odredbo predsednika Vrhovnega sodišča RS z dne 8. 4. 2020 (Uradni list RS, št. 47/2020), ki je začela veljati 10. 4. 2020, pa je bila spremenjena predhodna odredba z dne 30. 3. 2020 (omejitev zadev, ki štejejo kot nujne zadeve).

¹⁸ Uradni list RS, št. 146/2020.

sodišče prekličče. Predsednik senata je ponovno imel možnost začasno omejiti javnost celotne ali dela glavne obravnave. Z odredbo z dne 13. 11. 2020¹⁹ pa je že bilo določeno poslovanje sodišč v omejenem obsegu od 16. 11. 2020, razen v kazenskih zadevah, v katerih bi kazenski pregon zastaral v šestih mesecih od uveljavitve odredbe. Nadalje je bilo z odredbo določeno, da sodišča v nenujnih zadevah odločajo in vročajo pisanja, ne izvajajo pa narokov in ne opravljajo drugih procesnih dejanj, ki neizogibno terjajo fizično prisotnost strank in drugih udeležencev sodnega postopka. V nujnih zadevah so sodišča razpisovala naroke, opravljala druga procesna dejanja in izvajala uradne ure v skladu z omejitvami strokovnih priporočil. Glede narokov, sej in zaslisanj pa je bilo določeno, da se lahko opravijo videokonferenčno, če so izpolnjeni tehnični in prostorski pogoji. Naroki v nenujnih zadevah so šteli za preklicane, razen če so bili sklicani videokonferenčno. Javnost celotne ali dela glavne obravnave je predsednik senata lahko začasno omejil.

Delovanje sodišča v času epidemije bolezni COVID-19 je bilo urejeno še z Zakonom o interventnih ukrepih za zajezitev epidemije COVID-19 in omejitev njenih posledic za državljane in gospodarstvo²⁰ (ZIUZEOP), ki je začel veljati 11. 4. 2020, ter z Zakonom o interventnih ukrepih za pomoč pri omilitvi posledic drugega vala epidemije COVID-19²¹ (ZIUPOPĐVE), ki je začel veljati 31. 12. 2020 in je za področje invalidskega varstva v 102. členu določal, da se lahko v času trajanja epidemije tolmačenje znakovnega jezika izvaja tudi na daljavo z uporabo videotehnologije.

Epidemija virusne bolezni COVID-19 je bila nazadnje razglašena z odlokom Vlade RS z dne 12. 5. 2021, ki je začel veljati 17. 5. 2021, njena razglasitev pa je prenehala z iztekom veljavnosti tega odloka 15. 6. 2021.

2.2.2 Ukrepi sprejeti v Avstriji

Primerjalno gledano se je Avstrija na novo realnost delovanja sodišč zaradi virusne bolezni COVID-19 odzvala s 1. COVID-19 spremljajočim zakonom²² (1. COVID-19-Justiz-Begleitgesetz, COVID-19-JuBG), s katerim je določila način uporabe

¹⁹ Uradni list RS, št. 165/2020.

²⁰ Uradni list RS, št. 49/20, 61/20, 152/20 - ZZUOOP, 175/20 - ZIUOPĐVE, 15/21 - ZDUOP, 206/21 - ZDUPŠOP in 21/23 - odl. US.

²¹ Uradni list RS, št. 203/20, 15/21 - ZDUOP, 82/21 - ZNB-C, 112/21 - ZNUPZ, 206/21 - ZDUPŠOP, 141/22 - ZNUNBZ in 158/11 - ZDoh - 2AA.

²² BGBl. I Nr. 16/2020.

tehničnih naprav za prenos zvoka in slike v civilnih in kazenskih zadevah. Na tej podlagi je bilo naroke mogoče še naprej opravljati brez nevarnosti okužbe, tj. brez fizične navzočnosti strank postopka na sodišču, z uporabo ustreznih tehničnih komunikacijskih sredstev za prenos zvoka in slike. V par. 3²³ navedenega zakona je za civilne postopke določeno, da so lahko sodišča do poteka 31. 12. 2021 v soglasju s strankami glavne obravnave in zaslišanja opravljala brez osebne navzočnosti strank ali njihovih pooblaščenecv in z uporabo ustrezne tehnične komunikacijske opreme za prenos zvoka in slike ter na ta način tudi brez izpolnjevanja posebnih pogojev, določenih s par. 277 avstrijskega ZPP²⁴ (Zivilprozessordnung, ZPO)²⁵ izvajala dokaze na ustni glavni obravnavi ali izven nje. Drugim osebam, ki tudi sicer sodelujejo na glavni obravnavi, je bilo dovoljeno, da se obravnave udeležijo. Soglasje je bilo s tem v postopkih, ki niso bili nujni, še vedno zahtevano in se je štelo, da je bilo dano, če se stranke v primernem roku, ki ga določi sodišče, niso izrekle proti (1. točka prvega odstavka tega par.). Brez soglasja strank pa je bilo z uporabo videokonference mogoče opraviti zaslišanja in glavne obravnave v zadevah namestitve, bivanja in zaščite odraslih, ki bi jih bilo tudi sicer treba opraviti izven prostorov, ki jih daje na razpolago sodna uprava, iz bolnišnice ali stanovanja, ter na ta način s pomočjo opreme za prenos zvoka in slike izvajati dokaze. Hkrati je bila omogočena udeležba na zaslišanju ali ustni obravnavi še drugim osebam (2. točka prvega odstavka par. 3 1. COVID-19-JuBG). Razumljivo je izvedba vezana na to, da ima oseba na voljo ustrezno tehnično komunikacijsko napravo ali ji je ta na voljo, v poštev pa so prišla samo tehnična sredstva za prenos zvoka in slike v obliki videokonference. V skrajnem primeru je možno zaslišanje tudi preko telefona, ki omogoča videokonferenčno povezavo s prenosom zvoka in slike. Zaslišanja samo s telefonsko povezavo pa par. 3 1. COVID-19-JuBG ne dopušča.

V Avstriji za priče, izvedence in tolmače načeloma velja, da morajo priti pred sodišče, sodišče pa jim je lahko z njihovim soglasjem (par. 277 ZPO) odredi navzočnost na ustni obravnavi z uporabo ustrezne tehnične komunikacijske opreme. Na podlagi tretjega odstavka par. 3 1. COVID-19-JuBG pa je lahko v obdobju iz prvega odstavka tega par. vsak udeleženec postopka, priča, izvedenec, tolmač ali druga oseba, zahteval sodelovanje na ustni glavni obravnavi z uporabo tehnične-komunikacijske opreme za prenos zvoka in slike, če je bilo zanj ali za osebe, s

²³ Naslovljenem »Zaslišanja, glavne obravnave in izvajanje dokazov«.

²⁴ RGBl. Nr. 113/1895 s spr.

²⁵ W. H. Rechberger, T. Klicka, 2019, ZPO Zivilprozessordnung, str. 1345–1347.

katerimi je bil v nujnih zasebnih ali poslovnih stikih, podano povečano tveganje za zdravje zaradi bolezni COVID-19. Če stranka ali priča ne bi razpolagala z ustrežno tehnično opremo za komuniciranje, je lahko stranka, ki ni imela pooblaščenca, zahtevala preložitve zaslišanja, stranka zastopana po pooblaščenca, in priča pa sta lahko zahtevali začasen preključ zaslišanja. Obveznost, da bi si udeleženec postopka sam moral priskrbeti tako opremo, ni določena. Če pa bi obstajali vsi pogoji, bi bilo treba odrejeno udeležbo v postopku preko videokonference izpolniti (drugi odstavek par. 3 1. COVID-19-JuBG). Pritožbi zoper zavrnilno odločbo zakon daje učinek odložitve (drugi odstavek par. 3 1. COVID-19-JuBG).

V primeru oprave obravnave z uporabo ustreznih tehničnih komunikacijskih naprav za prenos zvoka in slike, strankam obravnavnega zapisnika ne bi bilo treba podpisati, za stroškovnik, ki ga je sicer treba predložiti do konca glavne obravnave, pa bi štelo, da je organu odločanja predložen pravočasno, če bi bil le ta na naveden naslov po elektronski poti ali elektronski pošti poslan do konca naslednjega delovnega dne po obravnavi. Rok iz prvega a) odstavka par. 54 ZPO teče od vročitve stroškovnika nasprotni stranki po sodišču. Če bi na videokonferenčnem naroku stranki želeli skleniti sodno poravnavo, bi se besedilo poravnave predstavilo vidno na zaslonu ali besedilo na glas in jasno prebralo ali na nosilcu zvoka posneto besedilo poravnave predvajalo, tako da bi ga vsi jasno slišali. Sodišče bi moralo paziti, da je volja za sklenitev sodne poravnave izražena jasno in razumljivo. Enako je veljalo za zaključitev predhodnega poravnavanja z uporabo ustreznih tehničnih naprav za prenos zvoka in slike (tretji odstavek par. 3 1. COVID-19-JuBG). Sestanki, pogajanja, zaslišanja, seje upnikov in seje upniških odborov v izvršilnih in insolvenčnih postopkih ter tistih, v katerih se uporabljajo določbe avstrijskega Zakona o izvršbi²⁶ (Exekutionsordnung) in avstrijskega Zakona o insolventnosti²⁷ (Insolvenzordnung), so se lahko do 31. 12. 2021 prav tako izvajale z uporabo ustreznih tehničnih komunikacijskih naprav za prenos zvoka in slike, če osebe, ki jih je bilo treba zaslišati ali so bile upravičene do udeležbe, v enem tednu po prejemu vabila niso sporočile, da nimajo tehničnih komunikacijskih naprav za prenos zvoka in slike.

²⁶ RGBL. Nr. 79/1896 s spr.

²⁷ RGBL. Nr. 337/1914, s spr.

V prvem odstavku par. 9²⁸ COVID-19-JuBG je določeno, da je lahko zvezni minister za pravosodje za čas trajanja ukrepov, sprejetih za preprečevanje širjenja bolezni COVID-19, v skladu z Zveznim zakonom o začasnih ukrepih za preprečevanje širjenja COVID-19²⁹ (COVID-19 Massnahmengesetz), poleg primerov iz par. 183 avstrijskega ZKP³⁰ (Strafprozessordnung, StPO) določal pristojnost drugega zavoda za prestajanje kazni, kot je določen s prvim odstavkom par. 183 StPO, ne da bi moral upoštevati pogoje iz tega par.³¹ Poleg tega je interventni predpis omogočal, da ni bilo treba opraviti obravnave priporne zadeve in sprejeti odločitve o podaljšanju preiskovalne priporne zadeve in sprejeti odločitve o podaljšanju preiskovalnega pripora ali začasnega pridržanja po drugem stavku četrtega odstavka par. 175 StPO, če v posameznem primeru ne bi bilo mogoče izvesti priporne obravnave z uporabo tehnične opreme za prenos zvoka in slike.

Na podlagi prvega odstavka par. 174 StPO je treba vsakega obdolženca, ki mu je odvzeta prostost, pred sodiščem nemudoma po njegovi privedbi zaslišati v zvezi s pogoji za odreditev preiskovalnega pripora. V primeru pandemije ali preprečevanja in obvladovanja bolezni, navedenih v avstrijskem Zakonu o epidemijah³² (Epidemiegesetz iz leta 1950) in če je to v skladu z odlokom zveznega ministra za pravosodje, se lahko ravna v skladu s četrnim odstavkom par. 153 StPO, ki določa, da se v preiskavi pričó ali obdolženca, ki se nahaja izven območja pristojnega državnega tožilstva ali pristojnega sodišča, neposredno zasliši na državnem tožilstvu ali sodišču, na območju katerega se pričó ali obdolženec nahaja, z uporabo tehničnih naprav za prenos zvoka in slike, razen če je ob upoštevanju ekonomičnosti postopka smotrnejše ali drugače iz posebnih razlogov potrebno pričó ali obdolženca vabiti pred pristojno državno tožilstvo ali pristojno sodišče.³³

²⁸ Naslovljenem »Posebni ukrepi v kazenskih zadevah«.

²⁹ BGBl. I Nr. 12/2020.

³⁰ BGBl. Nr. 631/1975 s spr.

³¹ H. Fuchs, E. Ratz, 2020, Wiener Kommentar zur Strafprozessordnung, str. 102–104.

³² BGBl. Nr. 186/1950.

³³ H. Fuchs, E. Ratz, 2021, Wiener Kommentar zur Strafprozessordnung, str. 13.

2.2.3 Elektronsko poslovanje pred drugimi tujimi sodišči

Širjenje virusne bolezni COVID-19 je od večine držav zahtevalo njihovo hitro prilagoditev na nove načine poslovanja in izvedbo sodnih postopkov na načine, ki ne zahtevajo neposredne navzočnosti strank in drugih udeležencev postopkov v razpravnih dvoranah sodišč.

Izkušnje v tujini so pokazale, da so ukrepi, uveljavljeni zaradi preprečevanja širitve bolezni COVID-19, pomagali priti v ospredje postopkom, opravljenim z uporabo tehnične opreme za prenos zvoka in slike. Tako se je v Nemčiji iz praktičnih izkušenj pokazalo, da lahko videokonferenca, opravljena na podlagi par. 128.a nemškega ZPP³⁴ (Zivilprozessordnung, nZPO) v veliko postopkih popolnoma nadomesti ustno obravnavo.³⁵ Takšna izvedba postopkov je zato pripomogla tudi k občutnemu zmanjšanju nevarnosti okužb, popolnoma pa so se sodišča nevarnosti zaradi možnosti razširjanja virusne okužbe bolezni COVID-19 izognila z opravo postopkov po par. 128 nZPO s prehodom na njihovo pisno izvedbo.³⁶ Izpostaviti pa velja, da nemška sodišča videokonferenčne prenose zvoka in slike občasno opravljajo tudi s pomočjo pripomočkov za simultano prevajanje ali preko videokonference v postopke vključijo tolmače, predvsem z namenom znižanja stroškov postopka.³⁷

V Angliji je bil 20. 3. 2020 objavljen protokol za izvedbo oddaljenih zaslišanj, s ciljem čim več obravnjav opraviti z uporabo videokonference ter poudarkom na tem, da obravnave še naprej ostanejo javne, kolikor največ je to mogoče. Javnost obravnjav na sodiščih je bila zagotovljena s tem, da je bilo videokonferenčni prenos mogoče spremljati v razpravni dvorani, kjer se nahaja javnost, preko zaslona, delno pa je bila javnost zagotovljena tudi preko akreditiranih novinarjev na obravnavi ali preko prenosa, do katerega jim je bil zagotovljen dostop. Določeno je bilo tudi snemanje prenosov, na način, da se napravi vsaj zvočni posnetek obravnave. Švica je v povezavi z virusom SARS-CoV-2 sprejela uredbo glede ukrepov v pravosodju, ki je uporabo videokonference predpostavljala s soglasjem strank postopka, v primeru pomembnih razlogov in v posebej nujnih primerih pa tudi brez njihovega soglasja.

³⁴ BGBl. I 2005 S. 3202.

³⁵ W. Krüger, T. Rauscher, 2020, Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung, str. 1136–1141.

³⁶ R. Mantz, J. Spoenle, Corona – Pandemie, Die Verhandlung per Videokonferenz nach 128a ZPO als alternative zur Präsenzverhandlung, 2020, str. 644.

³⁷ B. Lesjak, Videokonferenčna zaslišanja za hitrejša in cenejša sodna postopka, 2008, str. 10.

Predvidena je bila izključitev javnosti, z izjemo akreditiranih medijev, upravičenim osebam pa je bil na njihovo zahtevo omogočen tudi prihod na sodišče. Zaslivanja, opravljena preko videokonference, se je posnelo in posnetke dodalo ostalim dokumentom. V nujnih postopkih, ko ustne obravnave ni bilo mogoče izvesti ali je bila njena izvedba z videokonferenco ali telefonsko konferenco neprimerna, se je lahko ustni obravnavi tudi odpovedalo in se v zadevi odločilo v pisnem postopku.³⁸

V Nemčiji se je v zvezi s pripravami na videokonferenčno opravljanje obravnave za koristnega izkazal predhodni telefonski pogovor z udeleženci. Ta pogovor je na njih vplival tako, da so se po krajšem osebнем razgovoru lažje odločali za sodelovanje v postopku preko videokonferenčne povezave, sodišče pa je po pogovoru izdalo poseben sklep in navodilo, ki se je s podatki za povezavo poslalo na elektronski naslov udeležencev. Naloga odvetnikov pa je bila, da so za svoje stranke predhodno preverili in sodišču sporočili, ali so na njihovi strani podani tehnični pogoji za povezavo v videokonferenco. Ravno tako se je v praksi izkazalo za koristno, če se je udeležencem predhodno posredoval termin za testno konferenco. Odvetniki so na tak način preverili delovanje videokonferenčnega programa in internetne povezave, hkrati pa se je lahko na strani sodišča preverilo delovanje zvočnikov in zaslona ali projektorja v razpravni dvorani, kar je bilo namenjeno za spremljanje javnosti. Če je bil preizkus uspešen, so se udeležencem posredovale povezave za ustno obravnavo.³⁹

3 Zakonska podlaga elektronskega poslovanja sodišč

3.1 Splošno o civilnih in kazenskih postopkih

Določeni postopki elektronskega poslovanja sodišč so pridobili nekaj potrebnega zagona šele z razglasitvijo epidemije COVID-19 in jih je smiselno obdržati v veljavi, da se na tak način vzpostavi praksa vodenja postopkov na sodiščih na sodobnejši način, dosegljiv širši množici uporabnikov njihovih storitev. Vodenje civilnih in kazenskih postopkov na elektronski način, je z ZPP in ZKP že urejeno in sodiščem poznano, zato ni razlogov, da se jih ta ne bi posluževala. Gre za *de lege lata* zakonsko podlago, ki je bila v civilnih postopkih vzpostavljena z novelo ZPP-D leta 2008. V

³⁸ R. Mantz, J. Spoenle, Corona – Pandemie, Die Verhandlung per Videokonferenz nach 128a ZPO als alternative zur Präsenzverhandlung, 2020, str. 643–644.

³⁹ Prav tam, str. 641–642.

16.a členu ZPP elektronsko obliko enači s pisno ter določa, da se podatkom v elektronski obliki ne sme odreči njihove dokazne vrednosti. Določba 105.b člena ZPP določa, da je pisna vloga v fizični ali elektronski obliki, v takšni obliki pa se lahko vodita tudi spis in zapisniki (126. in 127. člen ZPP). V elektronski obliki se lahko izda sodba in v isti obliki tudi vroči strankam (tretji in četrti odstavek 323. člena ZPP). V kazenskem postopku je spremembam na tem področju sledila izdaja novel ZKP-I, ZKP-N in ZKP-O (ki se uporablja od 13. 5. 2021). Z novelo ZKP-O spremenjen 76. člen ZKP določa vloge tudi v elektronski obliki, spremenjen 363. člen ZKP pa določa, da se lahko v elektronski obliki izdela in vroči tudi sodba. Na podlagi drugega odstavka 127. člena ZKP, spremenjenega z novelo ZKP-N, se lahko stranke vabi s sredstvi elektronskih komunikacij ter se na podlagi petega odstavka 315. člena ZKP, dodanega z novelo ZKP-I, zapisnik glavne obravnave vodi v elektronski obliki.

3.2 Videokonferenca v civilnem postopku

3.2.1 Uvodno o videokonferenci po ZPP

Videokonferenca je instrument, s katerim se želi ob upoštevanju vseh okoliščin na strani sodišča, strank in drugih udeležencev doseči čim večjo optimizacijo sodnega postopka. Še posebej se uporaba tehnologije za prenos zvoka in slike izkaže za koristno, ko je treba opraviti zaslišanje prič, ki zaradi bivanja v tujini ni sposobna ali pripravljena priti pred sodišče.

Uporabo videokonference v civilnem postopku ureja 114.a člen ZPP, dopolnjen z novelo ZPP-D, ki velja od 1. 10. 2008, in ureja zaslišanje s pomočjo videokonference. ZPP v prvem odstavku 114.a člena določa, da lahko sodišče s soglasjem strank, strankam in njihovim pooblaščenecem dovoli, da se v času naroka nahajajo na drugem mestu in tam opravljajo procesna dejanja, če je zagotovljen zvočni in slikovni prenos iz kraja, na katerem se opravlja narok, v kraj oz. na kraje, na katerem se nahaja oz. se nahajajo stranke in pooblaščeneci, ter obratno. Pod temi pogoji lahko sodišče odloči, da se izvede tudi dokaz z ogledom, listinami, zaslišanjem strank in prič ter dokaz z izvedencem (drugi odstavek 114.a člena ZPP).

Videokonferenca se torej v civilnih postopkih pred domačimi sodišči uporablja samo za opravo posameznih procesnih dejanj ter s soglasjem strank in z dovoljenjem sodnika.⁴⁰

3.2.2 Videokonferenca v čezmejnih civilnih zadevah

Pridobivanje dokazov po zaprosenem tujem sodišču je urejala Uredba Sveta (ES) št. 1206/2001 z dne 28. 5. 2001 o sodelovanju med sodišči držav članic pri pridobivanju dokazov v civilnih ali gospodarskih zadevah,⁴¹ ki jo je razveljavila in nadomestila Uredba (EU) 2020/1783 Evropskega parlamenta in Sveta z dne 25. 11. 2020 o sodelovanju med sodišči držav članic pri pridobivanju dokazov v civilnih ali gospodarskih zadevah (pridobivanje dokazov)⁴² (Uredba), ki se uporablja od 1. 7. 2022. Prejšnjo uredbo spreminja in nadomešča zlasti z uporabo digitalizacije in sodobne tehnologije za pospešitev procesov in zmanjšanje stroškov ter zamud za posameznike in podjetja. Tuje zaproseno sodišče je zaprosilo dolžno izvršiti v skladu s pravom svoje države in brez odlašanja, najkasneje v roku devetdeset dni od njenega prejema. Na podlagi četrtega odstavka 12. člena Uredbe lahko sodišče zaprosi, da se pri izvršitvi pridobivanja dokazov uporabijo sredstva komunikacijske tehnologije, zlasti videokonferenca ali telekonferenca, zaproseno sodišče pa je dolžno takšno zaprosilo izpolniti, razen če nasprotuje pravu države zaprosenega sodišča ali ob večjih praktičnih težavah.

Na podlagi 19. člena Uredbe, ki ureja področje neposrednega pridobivanja dokazov, lahko sodišče zaprosi, da se dokazovanje izvede neposredno v drugi državi članici. Osrednji organ ali pristojni organ članice pa lahko takšno zaprosilo za pridobivanje dokazov tudi odkloni, če ne sodi v področje uporabe Uredbe, če ne vsebuje vseh potrebnih podatkov ali je zaproseno neposredno pridobivanje dokazov v nasprotju s temeljnimi načeli pravnega reda države članice osrednjega organa ali pristojnega urada (sedmi odstavek 19. člena). S prejšnjo uredbo, ki je prenehala veljati, je bilo določeno, da mora osrednji organ ali pristojni urad za takšno izvedbo dokazov spodbujati uporabo sredstev komunikacijske tehnologije, npr. videokonferenc ali

⁴⁰ Višje sodišče v Ljubljani je ugotovilo, da toženec ni dal soglasja za opravo izvedbe dokaza z zaslišanjem tožnice s pomočjo videokonference, ter obrazložilo, da bi ga lahko sodišče prve stopnje kaznovalo zaradi zlorabe pravic, če bi ocenilo, da takšni izvedbi dokaza nasprotuje brez razumnega razloga (VSL sklep II Cp 2018/2019 z dne 11. 3. 2020, ECLI:SI:VSLJ:2020:IL.CP.2018.2019).

⁴¹ UL L 174, 27. 6. 2001.

⁴² UL L 405, 2. 12. 2020.

telekonferenc. Uredba pa v 20. členu predpisuje neposredno pridobivanje dokazov prek videokonference ali druge tehnologije komuniciranja na daljavo. Sodišče za izvedbo dokaza z uporabo videokonference ali druge tehnologije komuniciranja na daljavo zaprosi v skladu z 19. členom Uredbe, sodišče v zaproseni državi pa dokaze pridobi, če mu je na voljo takšna tehnologija in šteje, da je njena uporaba ustrezna glede na okoliščine zadeve. Sodišče, ki je zaprosilo za mednarodno pravno pomoč, in osrednji organ ali pristojni organ zaprosene države članice se dogovorita tudi o praktičnih ureditvah zaslišanja (prvi in drugi odstavek 20. člena Uredbe). Videokonferenca se torej opravi kot oblika neposrednega izvajanja dokazov s predhodnim soglasjem centralnega organa zaprosene države in je namenjena samo izvedbi dokazov.⁴³

Neposredno pridobivanje dokazov sodišča, ki je zaprosilo za pravno pomoč, je mogoče izvesti le brez prisilnih ukrepov z obvestilom osebe, ki bo zaslišana, izvrši pa se v skladu s pravom države članice, ki ji pripada sodišče, ki je zaprosilo za pravno pomoč. Tudi zaslišanje izvede oseba določena po pravu države članice sodišča, ki je posredovalo zaprosilo. Z možnostjo uporabe videokonference v postopkih mednarodne pravne pomoči se je neposrednost tako izvedenih dokazov samo ojačala.⁴⁴

3.3 Videokonferenca v kazenskem postopku

3.3.1 Uvodno o videokonferenci po ZKP

V kazenskem postopku je bil z novelo ZKP-I, ki je začela veljati 23. 7. 2008 in se uporabljati 1. 11. 2008, v razdelku z določbami, ki se nanašajo na zaslišanje prič, dodan 244.a člen, spremenjen z novelo ZKP-O, ki je začela veljati 13. 1. 2021 in se z določenimi izjemami uporabljati 13. 5. 2021. Ta določa, da se zaslišanje obdolženca, priče in izvedenca v skladu z določbami tega člena lahko opravi tudi preko videokonference. Primeri, ko se zaslišanje lahko opravi na tak način, so naštetih v drugem odstavku tega člena, in sicer, če gre za zaščiteno osebo po zakonu, ki ureja zaščito prič ali anonimno pričo in bi s prihodom k organu, ki opravlja zaslišanje, nastala resna nevarnost za življenje ali telo nje same, njenih sorodnikov (1. do 3.

⁴³ V. Rijavec, A. Galič, v: V. Rijavec, T. Keresteš, T. Ivanc, 2016, *Dimensions of Evidence in European Civil Procedure*, str. 382.

⁴⁴ W. Jelinek, v: V. Rijavec, T. Keresteš, T. Ivanc, 2016, *Dimensions of Evidence in European Civil Procedure*, str. 174.

točka prvega odstavka 236. člena ZKP) ali oseb, ki jih je oseba, ki naj se zasliši, predlagala v skladu z določbami zakona, ki ureja zaščito prič, ter v primeru, če je pristojni organ podal ustrezno zaprosilo drugi državi v skladu z zakonom ali mednarodno pogodbo, ali če zaradi drugih upravičenih razlogov ni zaželeno ali možno, da bi oseba prišla k organu, ki opravlja zaslišanje. Zaradi takšnih drugih razlogov se na podlagi tretjega odstavka 244.a člena ZKP lahko preko videokonference opravi tudi zaslišanje izvedenca.

Zaslišanje preko videokonference se opravi ob smiselni uporabi določb ZKP, ki tudi sicer urejajo zaslišanje obdolženca, priče in izvedenca, če drug zakon, obvezujoča mednarodna pogodba ali obvezujoč pravni akt mednarodne organizacije ne določa drugače (četrti odstavek 244.a člena ZKP). Način oprave zaslišanja preko videokonference določa peti odstavek 244.a člena ZKP. Ob obdolžencu, priči ali izvedencu, ki je v času zaslišanja na ozemlju Republike Slovenije, mora biti prisotna pristojna oseba organa, ki opravlja zaslišanje, ali druga oseba, ki jo ta organ pooblasti in ki zagotovi ustrezno identifikacijo zaslišane osebe. Pri samem zaslišanju so lahko navzoči tudi zagovornik in osebe, ki skrbijo za varnost. Če se zaslišanje posname z ustreznimi tehničnimi sredstvi za zvočno-slikovno snemanje, pa se lahko identiteta obdolženca, priče ali izvedenca preveri na drug ustrezen način, zabeležen na posnetku. V praksi tako zadostuje, da iz posnetka izhaja, da je bila identiteta zaslišane osebe preverjena v skladu z že ustaljeno prakso ob zaslišanju na sodišču, ko se ugotavljanje identitete ustrezno dokumentira v zapisniku. Dodatno glede preverjanja identitete zaslišane osebe ta odstavek določa, da se udeležence hkrati z vabilom na zaslišanje obvesti o načinu preverjanja identitete skupaj s podatki in navodili za uporabo videokonferenčnega sistema. Enako je glede ugotavljanja identitete določeno za obdolženca, pričo ali izvedenca, ki se preko videokonference za potrebe domačega postopka zaslišuje na ozemlju druge države. Pristojni organ, ki je podal zaprosilo drugi državi, mora zagotoviti navzočnost pristojne osebe pristojnega organa te države, ki zagotovi identifikacijo zaslišane osebe, pri zaslišanju pa je lahko navzoč tudi zagovornik (šesti odstavek 244.a člena ZKP). Podpisi na zapisniku, ki se vodi o zaslišanju, opravljenem z videokonferenco, ali zaslišanju, posnetem z ustreznimi tehničnimi sredstvi za zvočno in slikovno snemanje, niso potrebni (sedmi odstavek 244.a člena ZKP), saj je že sam posnetek odraz avtentičnosti izjave.⁴⁵

⁴⁵ P. Plesec, v: P. Plesec, P. Gorkič, 2021, Zakon o kazenskem postopku (ZKP), Uvodna pojasnila k noveli ZKP-O in stvarno kazalo, str. 70–71.

Glede elektronskega poslovanja sodišča sta bila z novelo ZKP-O spremenjena še 76. in 86. člen ZKP. Prvi kot pisno vlogo določa tudi vlogo v elektronski obliki, na podlagi spremenjenega šestega odstavka 86. člena ZKP pa se lahko v elektronski obliki izda tudi zapisnik o posvetovanju in glasovanju, ki ga podpiše le predsednik senata s svojim elektronskim podpisom in ne več vsi člani senata in zapisnikar.⁴⁶

3.3.2 **Novela ZKP-O in videokonferenčna oprava naroka**

Spremembe na področju uporabe videokonference v kazenskem postopku so posledica dalj časa trajajočih ukrepov, sprejetih zaradi svetovne zdravstvene situacije v zvezi z virusno boleznijo COVID-19, ki je precej otežila ali celo onemogočila delovanje sodišč. Z novelo ZKP-O sta bila dodana 84.a in 304.a člen ZKP. Prvi odstavek 84.a člena ZKP določa, da se lahko zaslišanje, predobravnavni narok, glavna obravnava in seja senata pod pogoji iz 244.a in 304.a člena ZKP opravijo tudi z uporabo tehničnih sredstev za prenos slike in glasu, torej z videokonferenco. Preiskovalni sodnik, sodnik posameznik ali predsednik senata lahko ob tem odredi, da se zaslišanja ali narok posname z ustreznimi tehničnimi sredstvi za zvočno ali zvočno slikovno snemanje, pri čemer se smiselno uporabljata 84. in 314. člena ZKP (drugi odstavek 84.a člena ZKP). Predobravnavni narok in glavna obravnava se na podlagi prvega odstavka 304.a člena ZKP opravita preko videokonference, če se s tem strinjata stranki postopka, o opravi naroka preko videokonference pa na podlagi drugega odstavka tega člena odloči senat z obrazloženim sklepom, ki mora biti v primeru izključitve javnosti javno razglašen oz. objavljen na spletnih straneh sodstva. Vročeni mora biti tudi strankam in drugim udeležencem skupaj z vabilom na narok, v katerem predsednik senata odredi način preverjanja identitete, ter s podatki in navodili za uporabo videokonferenčnega sistema. Navedena ureditev upošteva načeli neposrednosti in javnosti sojenja kot temeljni načeli kazenskega postopka.⁴⁷ Zoper sklep predsednika senata ni posebne pritožbe (tretji odstavek 304.a člena ZKP).

Že doslej je bilo mogoče na podlagi drugega in tretjega odstavka 244.a člena ZKP z uporabo videokonference izvesti zaslišanje obdolženca ali priče. Novela ZKP-O pa je te možnosti sodišča močno razširila. Preiskovalni sodnik, sodnik posameznik ali predsednik senata lahko na podlagi drugega odstavka 84.a člena ZKP ter

⁴⁶ M. Šepec, 2021, Zakon o kazenskem postopku (ZKP) z novelo ZKP-O, str. 48–49.

⁴⁷ P. Plesec, v: P. Plesec, P. Gorkič, 2021, Zakon o kazenskem postopku (ZKP), Uvodna pojasnila k noveli ZKP-O in stvarno kazalo, str. 67, 69 in 71.

spremenjenih prvega, petega in sedmega odstavka 244.a člena ZKP ob tem odredi še snemanje prenosa zvoka in slike, oprava naroka z uporabo videokonference pa je ob tem mogoča tudi, ko za to ni posebej utemeljenih razlogov, pa se stranki s tem strinjata.⁴⁸

3.3.3 Videokonferenca v čezmejnih kazenskih zadevah

Videokonferenčno čezmejno zaslišanje je v kazenskem postopku urejeno s Konvencijo o pravni pomoči v kazenskih zadevah med državami članicami Evropske unije⁴⁹ (Konvencija), namen katere je vzpodbuditi in pospešiti medsebojno pravno pomoč v kazenskih zadevah med sodnimi, policijskimi in carinskimi organi ter izboljšati hitrost in učinkovitost pravosodnega sodelovanja.⁵⁰ V 10. členu Konvencije je določeno, da se lahko zaslišanje osebe, ki je na ozemlju ene države članice in jo morajo kot pričó ali izvedenca zaslišati sodni organi druge države članice, opravi prek videokonference tako, da zaprosena država članica v tak način oprave zaslišanja privoli, če uporaba videokonference ni v nasprotju s temeljnimi načeli njenega prava in če ima na voljo tehnična sredstva. Zaprošena država osebo, ki jo je treba zaslišati, na zaslišanje vabi v skladu s svojimi predpisi. V petem odstavku 10. člena so navedena pravila, ki se uporabljajo za zaslišanje prek videokonference, med drugim, da je med zaslišanjem osebe navzoč sodni organ zaprosene države, ki zagotovi identifikacijo osebe, ki se zaslišuje, hkrati pa skrbi za spoštovanje temeljnih načel prava zaprosene države članice. Če meni, da se ta med zaslišanjem kršijo, je dolžan takoj sprejeti vse potrebne ukrepe, da zagotovi nadaljevanje zaslišanja v skladu s temeljnimi načeli. Zaslišanje neposredno vodi sodni organ države prosilke ali pa to poteka pod njegovim vodstvom v skladu z nacionalno zakonodajo te države članice. Zaprošena država je dolžna zaslišancu po potrebi zagotoviti pomoč tolmača, zaslišanec pa lahko odkloni pričanje, če mu ta pravica pripada po nacionalni zakonodaji zaprosene države članice ali države članice prosilke. Glede odklonitve pričanja, ko so osebe zavezane pričanju ali ko osebe ne pričajo po resnici, se uporablja nacionalna zakonodaja na isti način, kot če bi zaslišanje potekalo v okviru nacionalnega postopka. Po končanem zaslišanju sodni organ zaprosene države sestavi zapisnik, v katerem navede tudi tehnične pogoje, v

⁴⁸ M. Špec, 2021, Zakon o kazenskem postopku (ZKP) z novelo ZKP-O, str. 49–50.

⁴⁹ UL C 197, 12. 7. 2000.

⁵⁰ Konvencija z dne 29. 5. 2000 dopolnjuje Konvencijo Sveta Evrope o medsebojni pravni pomoči v kazenskih zadevah iz leta 1959 in njen protokol iz leta 1978.

katerih je potekalo zaslišanje. Videokonferenca se lahko uporabi tudi za zaslišanje obdolženca, vendar le s privolitvijo pristojnih sodnih organov, vsaka država pa lahko da splošno izjavo, da zaslišanja obdolženca ne bo izvedla, tudi sicer pa se sme zaslišanje izvesti le z njegovim soglasjem.

3.4 Videokonferenca pred avstrijskimi sodišči

3.4.1 Civilni postopek

Na podlagi par. 277 ZPO, ki ureja uporabo tehnične opreme za prenos zvoka in slike pri izvajanju dokazov, mora sodišče v skladu s tehničnimi zmožnostmi, namesto zaslišanja po zaprošenem sodniku, dokaz izvesti neposredno z uporabo tehnične opreme za prenos zvoka in slike, razen če je zaslišanje po zaprošenem sodniku smotrnejše iz razlogov ekonomičnosti ali je potrebno iz drugih posebnih razlogov.⁵¹

Uporaba videokonference je v pravnem postopku zaradi možnosti ločenega zaslišanja oseb urejena tudi v par. 289.a ZPO, ki v prvem odstavku določa, da se v primeru, ko je obravnavana zadeva povezana s kazenskim postopkom, v katerem je zaslišana oseba oškodovanec v smislu alineje a) 1. točke par. 65 StPO, navzočnost strank postopka in njihovih pooblaščenecv na zahtevo zaslišane osebe omeji tako, da lahko ti zaslišanje spremljajo z uporabo tehničnih naprav za prenos zvoka in slike ter postavljajo vprašanja, ne da bi bili navzoči na zaslišanju. Če je oškodovanec, ki ga je treba zaslišati, mladoletna oseba, je treba za njegovo zaslišanje, oz. zaradi oprave razgovora z njim, v postopek pritegniti ustreznega sodnega izvedenca. Na podlagi drugega odstavka tega par. sodišče osebo zasliši z uporabo tehničnih naprav za prenos zvoka in slike tudi v vsakem drugem primeru, če glede na predmet dokazovanja in osebno prizadetost zaslišane osebe ni razumno pričakovati, da bo izjavo podala v navzočnosti strank in njihovih pooblaščenecv (tretji odstavek par. 289.a ZPO).

Zaslihanje mladoletnih oseb v pravnih postopkih ureja par. 289.b ZPO, ki določa, da lahko sodišče na zahtevo ali po uradni dolžnosti opusti zaslihanje v celoti ali o posameznih temah, če bi zaslihanje ogrozilo mladoletnika, ob upoštevanju njegove intelektualne zrelosti, predmeta obravnave in njegovega odnosa s strankami

⁵¹ W. H. Rechberger, T. Klicka, 2019, ZPO Zivilprozessordnung, str. 1345–1347.

postopka (prvi odstavek par. 289.b ZPO). Na podlagi drugega odstavka tega par. lahko sodišče zaslišanje na zahtevo ali po uradni dolžnosti na način iz prvega odstavka par. 289.a ZPO po potrebi opravi z izvedencem, če dobro počutje mladoletnika ne bo ogroženo s samim zaslišanjem, ampak z zaslišanjem v navzočnosti strank postopka ali njihovih pooblaščenecv. Pri tem je treba upoštevati še mladoletnikovo intelektualno zrelost, predmet obravnavanja in njegov odnos s strankami postopka. Pri zaslišanju je lahko navzoča oseba, ki ji mladoletnik zaupa (tretji odstavek par. 289.b ZPO).

Uporaba videokonference je urejena tudi z avstrijskim Zakonom o nepravdnem postopku⁵² (Ausserstreitgesetz, AussStrG), ki v par. 35 določa, da se, če ni drugače določeno, tudi v tem postopku smiselno uporabljajo določbe avstrijskega ZPO o uporabi tehnične opreme za prenos zvoka in slike pri izvajanju dokazov, izvajanju dokazov po zaprosenem ali pooblaščenem sodniku, ločenem zaslišanju strank ali prič, zaslišanju mladoletnih oseb ter glede pridobivanja dokazov v tujini.⁵³

3.4.2 Kazenski postopek - StPO

Avstrijski Zakon o kazenskem postopku⁵⁴ (StPO) določa, da se lahko zaslišanje obdolžencev, prič ter njihova seznanitev z odločitvijo v postopku opravi z uporabo tehnične opreme za prenos zvoka in slike. Na podlagi prvega odstavka par. 172 StPO mora policija državno odvetništvo, to pa sodišče, nemudoma obvestiti o odreditvi pridržanja, obdolženca pa je treba brez odlašanja in najkasneje v 48 urah privedi pred pristojno sodišče. Če je to zaradi oddaljenosti kraja odzema prostosti mogoče samo z nesorazmernimi naporji ali zaradi bolezni ali poškodbe obdolženca ni izvedljivo, se obdolženca lahko privede pred nepristojno sodišče ali v bolnišnico ter se ga zasliši z uporabo tehničnih naprav za prenos zvoka in slike. Na enak način se mu sporoči tudi vsebino odločbe o odreditvi preiskovalnega pripora⁵⁵ ter se ga na podlagi tretjega odstavka par. 176 StPO zasliši pred iztekom pripora oz. nemudoma v primeru, če zaprosi za izpustitev, pa se državni tožilec izreče proti temu, ali če zaprosi za odreditev hišnega pripora na podlagi par. 173.a StPO ali v primeru, če ima

⁵² BGBl. I Nr. 111/2003.

⁵³ W. H. Rechberger, 2013, Kommentar zum Außerstreitgesetz, str. 162–165.

⁵⁴ BGBl. Nr. 631/1975.

⁵⁵ H. Fuchs, E. Ratz, 2020, Wiener Kommentar zur Strafprozessordnung, str. 32–34.

sodišče pomisleke glede odrejenega pripora, pa obdolženec zaradi bolezni ne more priti na zaslišanje. Obdolženec mora imeti zagovornika.

Z uporabo tehničnih naprav za prenos zvoka in slike se lahko na podlagi par. 247.a StPO na glavni obravnavi zasliši pričo, ki zaradi starosti, bolezni, šibkosti ali iz drugih opravičljivih razlogov in sposobna priti pred sodišče. Podobno lahko sodišče in državno tožilstvo na podlagi četrtega odstavka par. 153 StPO opravita takojšnje zaslišanje privedenega obdolženca, če je mogoče sklepati, da se bo sicer postopku skušal izogniti ali vplivati na dokaze, če se tožilec in obramba s tem strinjata oz. to od sodišča sporazumno zahtevata. Zaslihanje z uporabo videokonference se uporabi tudi v primerih ločenega kontradiktornega zaslihanja prič ali posebej zaščitene skupin oseb. Tretji odstavek par. 165. StPO tako določa, da se pri zaslihanju posebej ranljivih oškodovancev ali drugih prič, ki potrebujejo zaščito (starost, duševno in zdravstveno stanje ter žrtve določenih kaznivih dejanj po par. 66.a StPO) ali je to sicer v interesu iskanja resnice in se na predlog državnega tožilstva ali po uradni dolžnosti omeji možnost sodelovanja v postopku, zaslihanje opravi na način, da udeleženci v postopku (državni tožilec, obdolženec, oškodovanec, zasebni tožilec) in njihovi zastopniki zaslihanje spremljajo z uporabo tehnične opreme za prenos zvoka in slike. Svojo pravico do postavljanja vprašanj uveljavljajo brez navzočnosti pri zaslihanju. Če obstaja posebna potreba po zaščiti, se lahko za izvedbo zaslihanja povabi tudi strokovnjaka.

Na enak način je treba zaslišati tudi mladoletne priče, oškodovance kaznivih dejanj zoper spolno nedotakljivost, druge posebej ranljive oškodovance (par. 66.a StPO) ter priče, ki bodo v postopku pričale proti sorodniku, in priče, za katere se uporabljajo merila iz prvega odstavka par. 66.a StPO. Zaslihanje preko videokonference se opravi na njihov predlog ali na predlog državnega tožilca. Na podlagi tretjega odstavka par. 250 StPO mora predsednik senata oškodovanca in vsako osebo, ki je z naklepnim kaznivim dejanjem izpostavljena nasilju ali grožnji zoper njeno spolno nedotakljivost in samoodločbo ali osebo, ki bi zaradi osebne odvisnosti lahko bila s takšnim kaznivim dejanjem zlorabljena, s spremembo zakona od 28. 12. 2019 dalje pa tudi posebej zaščitene skupine oseb iz par. 66.a StPO, na njihovo zahtevo zaslišati na način iz tretjega odstavka par. 165 StPO s pomočjo tehničnih sredstev,⁵⁶ tudi sicer pa pri zaslihanju smiselno uporabiti par. 165 StPO.

⁵⁶ H. Fuchs, E. Ratz, 2021, Wiener Kommentar zur Strafprozessordnung, str. 88 in 95–96.

Porotnikom, članom senata, ki pri zaslišanju niso bili navzoči, mora biti dana možnost, da se seznanijo z zaslišanjem in pričo zaslišijo.

Zaslihanje z videokonferenco StPO ureja še v zvezi z izvedbo tolmačenja. Drugi odstavek par. 56 StPO med drugim določa, da kadar tolmačenja za jezik, ki ga govori ali razume obdolženec, ni mogoče zagotoviti na kraju zaslihanja v razumnem času, se lahko tolmačenje zagotovi s tehnično opremo za prenos zvoka in slike, razen če je osebna navzočnost tolmača nujna za zagotovitev poštenega postopka.

4 Videokonferenca in temeljna načela sodnega postopka

4.1 Splošno o temeljnih načelih v civilnih in kazenskih postopkih

4.1.1 Načelo kontradiktornosti

Ustavna načela predstavljajo vodilne ideje, na katerih temelji sodni postopek, ter smernice zakonodajalcu za zakonsko ureditev procesnega prava in njegovih posameznih institutov.⁵⁷ Načelo kontradiktornosti ali razpravno načelo v skladu z 22. členom Ustave RS zagotavlja 5. člen ZPP, ki izraža pravico do izjave, pravilo *audiatur et altera pars*, ki je neposreden izraz pravice do enakega varstva pravic v postopku. V kontradiktornem postopku mora biti vsaki stranki omogočeno, da navaja dejstva, dokaze in pravna naziranja, da se opredeli do navedb nasprotne stranke, da sodeluje v dokaznem postopku, postavlja vprašanja pričam in izvedencem ter se izjavi o rezultatih dokazovanja in na sploh o vsem procesnem gradivu, ki lahko vpliva na odločitev sodišča. Sodna odločba in v njej vsebovane ugotovitve sodišča pa smejo v skladu z načelom kontradiktornosti zavezovati samo tiste osebe, ki so imele možnost sodelovati v postopku, v katerem je bila sodna odločba izdana.⁵⁸

Pravica do izjavljanja zagotavlja, da je vsakomur omogočeno priti do besede v postopku, ki se nanaša na njegove pravice in pravne interese, s čimer se preprečuje, da bi človek postal le predmet postopka in se pretvoril v objekt državnega

⁵⁷ Več v Z. Dežman, 2003, Kazensko procesno pravo Republike Slovenije, str. 213–214.

⁵⁸ A. Galič, v: L. Ude, N. Betetto, A. Galič, V. Rijavec, D. Wedam-Lukič, J. Zobec, 2010, Pravdni postopek, zakon s komentarjem, str. 53–54 in 60.

odločanja.⁵⁹ Stranka je deležna enakih pravic v postopku le tedaj, če ji je zagotovljeno sodelovanje v njem, sodišče pa ji mora to pravico v civilnem pravdnem postopku le nuditi. Dolžnost stranke sodelovati v postopku ne obstaja, zato civilni pravdni postopek ne pozna sistema neposrednega prisiljevanja strank k sodelovanju v postopku, kot velja to v kazenskem postopku v zvezi z zagotavljanjem obdolženčeve navzočnosti.⁶⁰ Čeprav načelo kontradiktornosti v kazenskem postopku velja predvsem na glavni obravnavi, je celotni kazenski postopek prežet z razpravnimi elementi v vseh fazah postopka. Med pripravami na glavno obravnavo, kot tudi v poznejših fazah preiskave, preizkusa obtožnice ter v postopku s pravnimi sredstvi. Stranke postopka v skladu z načelom kontradiktornosti nadzorujejo tok informacij in odločajo o tem, kaj naj bo predmet dokazovanja, še pred glavno obravnavo pa so lahko navzoče pri zaslišanju prič in izvedencev.⁶¹

Načelo kontradiktornosti, ki se nanaša na oceno dokazov izvedenih na glavni obravnavi in se uresničuje z načelom ustnosti, strankam v postopku z izvedbo dokazov preko videokonference omogoča nastop, ki ustvarja vtis in psihološko podlago za presojo verodostojnosti njihovih izjav.

4.1.2 Načelo ustnosti

Na podlagi prvega odstavka 355. člena ZKP lahko sodišče sodbo opre samo na dejstva in dokaze, ki so bili predmet presoje na glavni obravnavi. Načelo ustnosti se v postopku kombinira z načelom pisnosti, še vedno pa je na njem poseben poudarek, saj zagotavlja sodišču neposreden kontakt med njim in strankami in mu omogoča opazovanje vedenja obeh strank in prič »iz prve roke«.⁶² Ustna obravnava se zato izkaže kot posebej potrebna, ko je za odločitev sodišča bistven vtis o osebnem značaju in načinu življenja stranke.⁶³ Sodišče o tožbenem zahtevku zato praviloma odloči na podlagi ustnega, neposrednega in javnega obravnavanja, na tak način pa opravljajo stranke tudi procesna dejanja (4. člen ZPP).⁶⁴ Stranke opravljajo zunaj naroka posamezna pravdna dejanja pisno in na naroku ustno (16. člen ZPP),

⁵⁹ Več v A. Galič, v: L. Šturm, 2011, Komentar Ustave Republike Slovenije, str. 276–277 in 298.

⁶⁰ L. Ude, 2002, Civilno procesno pravo, str. 120.

⁶¹ Z. Dežman, 2003, Kazensko procesno pravo Republike Slovenije, str. 246–250.

⁶² W. Rechberger, v: V. Rijavec, T. Keresteš, T. Ivanc, 2016, Dimensions of Evidence in European Civil Procedure, str. 83.

⁶³ A. Galič, v: L. Šturm, 2011, Komentar Ustave Republike Slovenije, str. 305–307.

⁶⁴ L. Ude, 2002, Civilno procesno pravo, str. 122.

priprave za glavno obravnavo pa potekajo pisno. Enako ustno izpoveduje priča ter izvedenec poda svoje mnenje.⁶⁵

V kazenskem postopku se na glavni obravnavi izvajajo dokazi z zaslišanje obtoženca, prič in izvedencev ter z branjem pisne dokumentacije.⁶⁶ Na podlagi prvega odstavka 321. člena ZKP se glavna obravnavo začne z branjem obtožnice ali zasebne tožbe. Zapisniki o ogledu zunaj glavne obravnave, o hišni ali osebni preiskavi, prepoznavi oseb, predmetov ali kraja storitve in o zasegu stvari ter listine, knjige, spisi in druga pisanja, ki se uporabijo kot dokaz, pa se na glavni obravnavi preberejo in se njihova vsebina ugotovi na tak način (339. člena ZKP).⁶⁷

Evropsko sodišče za človekove pravice (ESČP) pravico do ustne obravnave priznava kot del pravice iz prvega odstavka 6. člena Evropske konvencije o človekovih pravicah⁶⁸ (EKČP), čeprav ta pravica stranke ni neomejena in je izjemoma mogoče, da sodišče odloči tudi brez glavne obravnave, ko je tak postopek predpisan zaradi učinkovitosti in ekonomičnosti postopka. Kot bistven kriterij pri presoji pogojev se kaže narava zadeve. Bistvo načela ustnosti pa je, da se dokazi izvajajo na glavni obravnavi v njihovi izvorni obliki, da lahko stranke takoj zavzamejo stališče o izjavah nasprotne stranke, kar jim je treba zagotoviti tudi pri opravi obravnave preko videokonference. Ob načelu kontradiktornosti je načelo ustnosti tudi pogoj za uresničevanje načela neposrednosti in načela javnosti.⁶⁹

4.1.3 Načelo neposrednosti

Bistvo načela neposrednosti, ki izhaja iz 6. člena EKČP, je v tem, da si sodnik ustvari neposredni vtis o dokazih. Sodno odločbo izda tisti sodnik, ki je sodeloval na glavni obravnavi, na kateri sta stranki postavljali svoje trditve, sodišče pa je izvajalo dokaze. Njegov namen je, da se pri izvedbi dokazov izogne posredniku med strankama in

⁶⁵ L. Ude, v: L. Ude, N. Betetto, A. Galič, V. Rijavec, D. Wedam-Lukič, J. Zobec, 2010, *Pravdni postopek, zakon s komentarjem*, str. 48–49.

⁶⁶ Š. Horvat, 2004, *Zakon o kazenskem postopku (ZKP) s komentarjem*, str. 708.

⁶⁷ Na podlagi prvega odstavka 340. člena ZKP se smejo zapisniki o izpovedbah prič, soobtožencev ali že obsojenih udeležencev pri kaznivem dejanju ter zapisniki in drugi izvidi o izvidu in mnenju izvedencev prebrati samo, če so zaslišane osebe umrle, duševno zbolele ali jih ni mogoče najti ali če iz tehtnih razlogov ne pridejo k sodišču ali če brez zakonskega razloga nočejo izpovedati na glavni obravnavi. Na podlagi drugega odstavka tega člena se s soglasjem strank lahko preberejo zapisniki o prejšnjem zaslišanju teh oseb ali njihovi izvidi in mnenja, ne glede na to, ali so bile vabljene na glavno obravnavo.

⁶⁸ CETS No. 005, 1950.

⁶⁹ Z. Dežman, 2003, *Kazensko procesno pravo Republike Slovenije*, str. 249–250.

sodiščem ter dokaznim gradivom in sodiščem, v zadevi pa sodi sodnik, ki je s svojimi čutili zaznal naravo in vsebino dokazov ter sprejemal trditve strank o pravno pomembnih dejstvih. Sodnik mora sam sodelovati pri izvedbi dokazov, da si lahko ustvari sliko o individualnostih oz. posebnostih dokazov, ta pa mu omogoča presojo njihove vrednosti, tako kot mu neposredno zaslišanje omogoči, da si ustvari mnenje o verodostojnosti prič. Uveljavljeno je predvsem na prvi stopnji na glavni obravnavi, pri sprejemanju navedb strank in pri izvajanju dokazov, na drugi stopnji pa v primeru razpisane pritožbene obravnava (drugi odstavek 347. člena ZPP), ki se opravi po pravilih, ki veljajo za obravnavo pred sodiščem prve stopnje. Sodišče druge stopnje zato ne sme spreminjati dejanskih ugotovitev sodišča prve stopnje, če bi to pomenilo kršitev načela neposrednosti. Sodnik, ki ugotavlja dejansko stanje, je zato praviloma sodnik prve stopnje (*Iudex facti*), ki neposredno sprejema navedbe strank in izvaja dokaze.⁷⁰

ZPP ureja tudi nekatere izjeme od načela neposrednosti, zlasti z zaslišanjem prič in izvajanjem določenih dokazov pred predsednikom senata ali sodnikom zaprosenega sodišča (prvi odstavek 217. člena ZPP). Sklep o takšni izvedbi dokazov senat sprejme izjemoma in iz tehtnih razlogov, tudi zaradi smotrnosti in zmanjšanja procesnih stroškov. Pogost primer izvedbe dokaza po sodniku zaprosenega sodišča je zahteva po zaslišanju priče, ki živi v tujini, ob razmeroma nizki vrednosti spornega predmeta, ali ko priča ne more k sodišču zaradi bolezni. Gre torej za razloge, ki so enaki razlogom za izvedbo dokazov z uporabo videokonference.⁷¹ Prvi odstavek 260. člena ZPP določa, da se za stranko, ki nima pravnomočne sposobnosti, zasliši njen zakoniti zastopnik, sodišče pa lahko namesto njega ali poleg njega zasliši še stranko, če je to zaslišanje mogoče. Mladolletne osebe zastopajo njihovi starši (prvi odstavek 145. člena Družinskega zakonika),⁷² zato sodišče kot stranko zasliši kateregakoli od njih, enako velja za pravne osebe, ki jih člani uprave delniške družbe zastopajo

⁷⁰ Opustitev zaslišanja izvedenca na glavni obravnavi predstavlja kršitev načela neposrednosti. Posredno obravnavanje procesnega gradiva iz drugega sodnega postopka, v katerem ena izmed strank ni sodelovala in ni imela možnosti postavljati vprašanj izvedencu, poleg načela neposrednosti krši tudi načelo kontradiktornosti in enakega obravnavanja strank v postopku. Z branjem zapisnikov o zaslišanjih je kršeno tudi načelo ustnosti.

⁷¹ L. Ude, v: L. Ude, N. Betetto, A. Galič, V. Rijavec, D. Wedam-Lukič, J. Zobec, 2010, Pravdni postopek, zakon s komentarjem, str. 49–52.

⁷² Uradni list RS, št. 15/17, 21/18 - ZNOrg, 22/19, 67/19 - ZMatR-C, 200/20 - ZOOMTVI, 94/22 odl. US, 94/22 - odl. US, 94/22 - odl. US in 5/23.

skupaj, če statut družbe ne določa drugače⁷³ (drugi odstavek 266. člena Zakona o gospodarskih družbah).⁷⁴

V kazenskem postopku to načelo ureja prvi odstavek 355. člena ZKP, ki določa, da sodišče sodbo opre samo na dejstva in dokaze, ki so bili pretreseni na glavni obravnavi.⁷⁵ To procesno pravilo hkrati obtožencu zagotavlja še pravico do učinkovite obrambe, saj mu omogoča, da se na glavni obravnavi sooči z vsemi dejstvi in dokazi, na katerih bo smela temeljiti sodba. Čeprav se dokazi na glavni obravnavi praviloma izvajajo neposredno, to ne pomeni, da sodišče ne more opreti sodbe na izpovedbe obtoženca, prič in izvedencev, ki so bile dane v predhodnem postopku preiskave, morajo pa biti za branje teh izpovedb izpolnjeni pogoji iz 340. člena ZKP. Sklepanje, ali je neko dejstvo dokazano, mora temeljiti na kritični, logični in življenjsko izkustveni presoji dokazov, ki jo mora sodišče argumentirano obrazložiti v sodbi. Ugotavljanje odločilnih dejstev z izvedbo dokazov in njihovo presojo po načelu proste presoje dokazov (prvi odstavek 18. člena ZKP) pa je najtežja sestavina funkcije sojenja.⁷⁶

Načelo neposrednosti je poleg načela ustnosti in načela javnosti zato načelo, ki zadeva tudi potek kazenskega postopka ter način uporabe dokaznih sredstev z namenom čim zanesljivejšega spoznanja njihove dokazne vrednosti.⁷⁷

4.1.4 Načelo javnosti

Na podlagi 24. člena Ustave RS so sodne obravnave javne, javno se izrekajo tudi sodbe, izjeme od načela javnosti pa so določene z zakonom. Na podlagi prvega odstavka 4. člena ZPP sodišče o tožbenem zahtevku odloči na podlagi ustnega, neposrednega in javnega obravnavanja. Javnost glavne obravnave je določena tudi s prvim odstavkom 293. člena ZPP, vse določbe o javnosti na glavni obravnavi pa veljajo smiselno tudi za narok zunaj glavne obravnave pred predsednikom senata in za narok pred zaprosenim sodnikom (297. člen ZPP). Javnost je že po zakonu

⁷³ J. Zobec, v: L. Ude, N. Betetto, A. Galič, V. Rijavec, D. Wedam-Lukič, J. Zobec, 2005, Pravdni postopek, zakon s komentarjem, str. 519.

⁷⁴ Uradni list RS, št. 65/09 - uradno prečiščeno besedilo, 33/11, 91/11, 32/12, 57/12, 44/13 - odl. US, 82/13, 55/15, 15/17, 22/19 - ZPosS, 158/20 - ZIntPK-C, 18/21, 18/23 - ZDU-1O in 75/23.

⁷⁵ Tudi listine, ki se uporabijo kot dokaz, se sodišču po možnosti predložijo v izvorniku ter se na glavni obravnavi zaradi ugotovitve vsebine preberejo (prvi odstavek 339. člena ZKP).

⁷⁶ Š. Horvat, 2004, Zakon o kazenskem postopku (ZKP) s komentarjem, str. 735–736.

⁷⁷ Z. Dežman, 2003, Kazensko procesno pravo Republike Slovenije, str. 243 in 250.

izključena v nekaterih pravnih in nepravdnih postopkih⁷⁸ in pri sklepanju sodne poravnave na pripravljalnem naroku (sedmi odstavek 279.c člena ZPP). Senat lahko na podlagi prvega odstavka 294. člena ZPP izključi javnost celotne glavne obravnave ali njenega dela, če to zahtevajo koristi uradne, poslovne ali osebne skrivnosti, koristi javnega reda ali razlogi morale. O tem odloči sodišče s sklepom, ki mora biti obrazložen, in zoper njega ni posebne pritožbe (296. člen ZPP). Na podlagi drugega odstavka tega člena se lahko javnost izključi tudi zaradi vzdrževanja reda na glavni obravnavi in zagotovitve njenega neoviranega poteka, izključitev javnosti pa je treba vpisati v zapisnik (drugi odstavek 123. člena ZPP).

Tudi v kazenskem postopku je glavna obravnava javna. Na njej smejo biti navzoče le polnoletne osebe (prvi in drugi odstavek 294. člena ZKP), senat pa sme po uradni dolžnosti ali na predlog strank javnost vse ali dela glavne obravnave izključiti, če je to potrebno za varovanje tajnosti, varstva javnega reda, morale, varstva osebnega ali družinskega življenja obtoženca, oškodovanca, priče ali koristi mladoletnika, ali če bi po mnenju senata javnost škodovala interesom pravičnosti (295. člen ZKP). O izključitvi javnosti odloči senat s sklepom, ki mora biti obrazložen in javno razglašen, enako kot v civilnem postopku pa se sme izpodbijati le v pritožbi zoper sodbo (297. člen ZKP).

Bistvo načela javnosti sodnih postopkov je njegov namen družbi omogočiti nadzor nad delom sodišč. Javno odločanje sodišč je zato pomembno za zagotavljanje pravne varnosti, navzven pa se odraža tako, da sme biti vsak polnoleten navzoč na naroku za glavno obravnavo ter jo sme komentirati in poročati o dogajanju na glavni obravnavi.⁷⁹ Le ustno izražene procesne izjave omogočajo javnosti, ki sicer nima vpogleda v sodni spis, seznanitev z delom sodišča.⁸⁰ Uresničevanje načela javnosti je zato treba zagotavljati tudi pri opravi obravnave preko videokonference in poskrbeti za možnost njenega spremljanja neposredno v sodni dvorani ali oddaljeno s prenosom zvoka in slike.

⁷⁸ Na podlagi 43. člena Zakona o nepravdnem postopku (Uradni list RS, št. 16/19; ZNP-1) je javnost izključena v postopkih za ureditev osebnih stanj in družinskih razmerij.

⁷⁹ L. Ude, 2002, Civilno procesno pravo, str. 129.

⁸⁰ Z. Dežman, 2003, Kazensko procesno pravo Republike Slovenije, str. 250.

4.2 Pogled na videokonferenco skozi temeljna načela

4.2.1 Splošno o temeljnih načelih pri opravi videokonference

Izvedba obravnave ali posameznih procesnih dejanj z uporabo videokonference ne nasprotuje nujno ustavnim garancijam, ki izhajajo iz temeljnih načel sodnega postopka, kljub temu pa je temeljna načela postopka treba razlagati na enak način kot v primeru izvedbe postopka pred sodiščem z vsemi udeleženci prisotnimi v razpravni dvorani. Ob tem je treba smiselno upoštevati še posebnosti, ki jih ima oprava procesnega dejanja z uporabo tehničnih sredstev za prenos zvoka in slike. Udeležencem sodnih postopkov je treba torej zagotoviti vse pravice, kot jim gredo pri klasični izvedbi postopka, z navzočnostjo vseh udeležencev v razpravni dvorani sodišča.

Tudi zaslišanje preko videokonference s prenosom zvoka in slike je opravljeno neposredno pred sodnikom, saj temeljna načela ne zahtevajo nujne fizične navzočnosti v razpravni dvorani sodišča. Ravno tako načela niso absolutna in so mogoči določeni odmiki od njih. Pri izvedbi postopka je zato treba slediti predpisom in njihovi razlagi, spet pa jih je treba razlagati na način, da razlaga ustreza posamezni konkretni situaciji, v kateri se jih uporabi. Prav takšno je načelo neposrednosti v zvezi s postopkom, izvedenim z uporabo videokonferenčne tehnologije. Namen načela neposrednosti je zato mogoče zagotoviti tako v primeru fizične navzočnosti v razpravni dvorani kot v primeru prenosa zvoka in slike preko videokonference. Drugače pa je v smislu psiholoških vidikov izvajanja dokazov na tak način. V primeru izvedbe dokazov v razpravni dvorani je tem zadoščeno, ni pa temu nujno tako pri izvedbi dokazov preko videokonference.⁸¹

4.2.2 Načelo neposrednosti in videokonferenca

Zaslišanje z uporabo tehničnih sredstev za prenos zvoka in slike spada na področje neposrednega pridobivanja dokazov. Naloga posameznih držav je dolgoročno gledano vzpodbujanje uporabe takšnih sredstev, v čezmejnih postopkih pa je posameznim državam še vedno prepuščeno, da izvedbo posameznega dokaza na

⁸¹ Tako M. Mayrhofer, *Digitale Kommunikationsmittel im Gerichtlichen Verfahren*, LIT Law Lab Digital Transformation and Law, A Comprehensive Perspective, Linz Institute of Technology, dostopno na: jku.at (2. 9. 2021).

podlagi Uredbe in Konvencije tudi odklonijo, če nasprotuje temeljnim načelom njihovega pravnega reda. Oprava ustne glavne obravnave z uporabo tehnične opreme za prenos zvoka in slike se glede na veljavno zakonsko ureditev lahko izvede brez posebnih vsebinskih sprememb in omejitev ter je domala enakovredna izvedbi glavne obravnave z navzočnostjo vseh udeležencev postopka v razpravni dvorani sodišča, ko na podlagi neposrednega obravnavanja sodnik po splošnih zakonih logike, psihologije, znanosti in izkušenj na splošno opravi dokazno oceno izvedenih dokazov.⁸² Na podlagi drugega odstavka 114.a člena ZPP se lahko pod pogoji, ki veljajo za opravo videokonference, izvede tudi dokaz z ogledom, listinami, zaslišanjem strank in prič ter dokaz z izvedencem.

V postopku, tudi če se izvede z uporabo videokonference, je še vedno treba paziti na temeljna načela. Če se obtožencu v kazenskem postopku ne omogoči, da se na glavni obravnavi v prisotnosti obremenilnih prič seznanj z njihovimi izpovedbami v prejšnjih postopkih, mu je tudi v primeru zaslišanja, opravljenega preko videokonference, s tem kršena pravica do enakega varstva pravic iz 22. člena Ustave RS ter okrnjena pravica do učinkovite obrambe.⁸³ Kršitev je storjena na enak način, kot bi bila z navzočnostjo zaslišanih prič v razpravni dvorani.⁸⁴ Tudi sodnik, ki sodi, se mora z dokazi seznaniti neposredno, saj se le tako lahko prepriča o njihovih avtentičnosti.⁸⁵ Sicer je podana kršitev načela neposrednosti, saj si sodnik, ki pri izvajanju dokazov ni sodeloval, ni mogel ustvariti neposrednega vtisa o izvedenih dokazih ter nato napraviti in obrazložiti dokazne ocene v skladu z lastnimi prepričanji in neposrednimi zaznavami. Sodnikovo neposredno zaznavanje ima še posebno velik pomen pri presoji osebnih (personalnih) dokazov, torej pri zaslišanju obdolženca in prič. Le v primeru, ko neposredno sodeluje pri izvajanju dokazov, si lahko na podlagi notranje psihološke presoje ustvari sliko o posebnostih posameznega dokaza ter subjektivno mnenje o verodostojnosti personalnih dokazov.⁸⁶

⁸² VSRS sodba II Ips 111/2018 z dne 5. 9. 2019, ECLI:SI:VSRS:2019:II.IPS.111.2018.

⁸³ Gl. VSRS sklep I Kp 50717/2017 z dne 10. 1. 2020, ECLI:SI:VSRS:2020:I.KP.50717.2017.

⁸⁴ Tudi če se zaslišanje priče opravi preko videokonference, sme sodišče na podlagi 335. člena ZKP v kazenskem postopku sodbo opreti samo na dejstva in dokaze, ki so bili pretreseni na glavni obravnavi. Predsednik senata lahko priči po potrebi prebere njeno prejšnjo izpovedbo ali del nje, če priča izpoveduje, pa se določenih dejstev ne spomni. Na tak način presoja tudi verodostojnost izpovedbe priče.

⁸⁵ M. Šepec, 2021, Zakon o kazenskem postopku (ZKP) z novelo ZKP-O, str. 49.

⁸⁶ Gl. VSRS sodba I Ips 6676/2010 z dne 19. 10. 2017, ECLI:SI:VSRS:2017:I.IPS.6676.2010.

Izvedba dokaza preko videokonference ne omejuje načela neposrednosti samo z vidika neposrednega dojetja zaslišanega, temveč tudi z vidika zakritja njegove mimike. Pri zaslišanju neposredno pred sodnikom v razpravni dvorani sodnik veliko lažje opazi neverbalni vtis, ki ga ustvarja zaslišani, saj se dokazna vrednost izpovedb zaslišanih strank ali prič ne izoblikuje le po izrečenih besedah, pač pa tudi po okoliščinah, v katerih so besede izrečene, po gestah zaslišanega, barvi in tonu njegovega glasu, odločnosti ali neodločnosti, samozavesti ali zmedenosti.⁸⁷ Ta je lahko zato drugačen, če gre za zaznavanje zaslišanca preko prenosa zvoka in slike, pa tudi zaslišanec težje naredi vtis na sodnika in udeležence postopka, saj lahko mimika in vzdušje, ki ga ustvarjajo osebe, navzoče v razpravni dvorani, pri videokonferenci izostane. Sodnik na podlagi neposrednega zaznavanja vtise interpretira in jih razlaga glede na način lastnega siceršnjega obravnavanja zadev. Iz tega razloga so tudi nekateri postopki primernejši za obravnavo preko videokonference.

Načelo neposrednosti je zato pri izvedbi sodnega postopka z uporabo tehnike za prenos zvoka in slike lahko ogrožena, saj se s komunikacijo preko zvočnika in mikrofona nadomešča osebni in neposredni kontakt med sodiščem in pričō.⁸⁸ Na Nizozemskem so bila zato v zvezi z uporabo sistema za izvedbo videokonference izdana navodila, v katerih je bilo ravno iz razloga zaznavanja vtisa, ki ga oseba ustvari, določeno, da morajo imeti vsi udeleženci postopka, ki se nahajajo v razpravni dvorani, enak vtis glede očesnega stika z udeleženci v drugi, oddaljeni razpravni dvorani. Poskrbeti je treba tudi, da se vtis o očesnem stiku z mesta, kjer sedi sodnik, ne razlikuje od vtisa, ki se ga dobi z mesta, kjer sedi odvetnik.⁸⁹ V zadevah, v katerih prevladujejo močna čustva in je za odločitev še toliko bolj pomembno celostno dojetje stranke ali priče, se zato obravnavanje z videokonferenco ne izkaže kot primerno. Tipičen tak primer so spori iz družinskih razmerij, v katerih že sicer ni dovolj, da se na obravnavi zagotovi pravica do navzočnosti strankinega pooblaščenca ali zastopnika, pač pa mora biti stranki sami omogočeno, da se udeleži postopka.⁹⁰

⁸⁷ VSRS sodba III Ips 4/2021 z dne 27. 7. 2021, ECLI:SI:VSRS:2021:III.IPS.4.2021.

⁸⁸ C. H. Rhee, A. Uzelac, 2015, Evidence in Contemporary Civil Procedure, Fundamental Issues in a Comparative Perspective, str. 8.

⁸⁹ B. Lesjak, Videokonferenčna zaslišanja za hitrejša in cenejša sodna postopka, 2008, str. 10.

⁹⁰ A. Galič, v: L. Šturm, 2011, Komentar Ustave Republike Slovenije, str. 306.

Sodnikova celostna zaznava zaslišanca je končno odvisna tudi od kvalitete prenosa zvoka in slike. Videokonferenčni prenos je zato z vidika zaznave treba čim bolj približati fizični prisotnosti udeležencev v razpravni dvorani, kar se pred tujimi sodišči poskuša doseči z vrtljivimi kamerami, ki samodejno izostrijo govorca ter z uporabo tehnologije deljenega zaslona. Glede na to, v kolikšni meri se je z videokonferenco mogoče približati izvedbi dokazov z navzočnostjo v razpravni dvorani, pa se postavlja tudi vprašanje enakosti orožij v tako izvedenih postopkih.⁹¹

5 Prednosti in slabosti izvedbe postopka z uporabo videokonference

5.1 Prednosti videokonferenčne oprave procesnih dejanj in narokov

Uporaba tehnologije za prenos zvoka in slike odpira številne možnosti za lažje in učinkovitejše pridobivanje dokazov, ki lahko strankam in sodiščem prihrani veliko časa in denarja.⁹² Naroki za ustne obravnave ter za izvedbo posameznih procesnih dejanj zaradi zaslišanj prič, izvedencev in drugih udeležencev sodnih postopkov se lahko izvedejo brez vsebinskih sprememb in omejitev ter hitro in ekonomično. Ker je videokonferenca enakovredna ustni obravnavi, ki se opravi z navzočnostjo vseh udeležencev postopka v sodni dvorani,⁹³ predstavlja tudi način neposredne izvedbe dokazov.

Prednost izvedbe postopka z uporabo videokonference je tudi v možnosti ureditve hitrega angažiranja tolmača, npr. pri opravah prvih zaslišanj ob odvzemu prostosti. Po zgledu nemških sodišč se izvedenca na tak način pritegne v postopek takoj, ko je ta potreben, kar občutno pohitri postopke, saj ni potrebe po prelaganju zaslišanj, hkrati pa se tolmaču prihrani pot do sodišča. To se izkaže še posebej za koristno, ko je pri sodišču potrebno tolmačenje jezika, za katerega tolmač prebiva v oddaljenem kraju. Smiselno na tak način je sicer že bilo urejeno tolmačenje znakovnega jezika s

⁹¹ Načelo enakosti orožij v civilnem postopku vključuje stališče, da imata obe stranki v zadevi pravico biti obveščeni o dejstvih in argumentih nasprotne stranke in da mora vsaka stranka imeti enako možnost odgovoriti drugi. Stranka mora imeti možnost drugi stranki predstaviti svoja stališča, vključno z dokazi, pod pogoji, ki je ne postavljajo v vsebinsko slabši položaj nasproti drugi stranki.

⁹² V. Rijavec, v: V. Rijavec, T. Keresteš, T. Ivanc, 2016, Dimensions of Evidence in European Civil Procedure, str. 7.

⁹³ Na podlagi drugega odstavka 114.a člena ZPP lahko sodišče na način, da se stranke in njihovi pooblaščenci nahajajo na drugem kraju kot v razpravni dvorani, izvede tudi dokaze z listinami, vendar še vedno velja, da sodišče te dokaze izvaja na način, da se mu predložijo v izvorniku, prepisu ali v elektronski (digitalizirani) kopiji (107. člen ZPP).

prej navedenim 102. členom ZIUPOPdVE v času trajanja epidemije bolezni COVID-19.⁹⁴

Odreditev oprave postopka z uporabo videokonference zahteva odobritev strank, zato strankam ni prepovedano, da se pojavijo v razpravni dvorani, razen če gre za kazenski postopek in so za takšno opravo naroka ali procesnega dejanja podani posebej utemeljeni razlogi ali zaradi veljave posebnih ukrepov, ki preprečujejo dostop strank in drugih udeležencev na sodišča, kot so veljali z razglasitvijo ukrepov za preprečevanje širjenja nalezljive bolezni COVID-19. Izvedba postopka s pomočjo sodobnih tehnologij za prenos zvoka in slike je dobila ravno z uveljavitvijo takšnih ukrepov možnost pridobivanja na veljavi.

5.2 Pomanjkljivosti izvedbe postopka z videokonferenco

Postopek, ki se opravi z uporabo videokonference, mora z vidika ustnosti in neposrednosti sodniku omogočati izvedbo naroka na enak način kot ob njegovem neposrednem soočenju s strankami, pričami in izvedenci ter drugimi udeleženci sodnih postopkov v razpravni dvorani. Zato je še posebno pozornost treba nameniti načelu neposrednosti, ki daje sodniku na podlagi neposrednega vtisa, ki si ga ustvari, možnost presojeti verodostojnost tako izvedenih dokazov, vsakršen izostanek pridobivanja takšnega vtisa pa spoznavne možnosti sodnika okrne.

Pomanjkljivosti so lahko podane tudi na strani udeležencev sodnih postopkov in se kažejo v njihovi kompetenci digitalne pismenosti, ki jim lahko preprečuje način samostojnega sodelovanja v sodnem postopku z uporabo videokonference. Sodišča lahko v nujnih zadevah tudi brez soglasja strank odredijo opravo naroka z uporabo tehničnih naprav za prenos zvoka in slike, zato je smiselno, da se predhodno preveri možnosti izvedbe postopka z uporabo videokonference tako, da se kontaktira s strankami ali njihovimi odvetniki.

Pomembna je tudi zmožnost sodnika med postopkom pri osebi zaznati pomanjkanje sposobnosti za sodelovanje v postopku, ki je lahko pri ponosu zvoka in slike okrnjena in zato predstavlja slabost takšne izvedbe postopka. Na drugi strani videokonferenčne povezave lahko gre za osebo, ki ni sama sposobna zavarovati

⁹⁴ Šlo je za postopke s področja invalidskega varstva.

svojih pravic v postopku, predvsem učinkovito zavarovati svoje pravice do izjavljanja in ji je zato treba zagotoviti ustrezno zastopanje, sodnik pa tega ne zazna. V našem pravnem redu se obstoj poslovne in s tem procesne sposobnosti domneva, šele sum na njeno pomanjkanje pri stranki pa od sodišča zahteva, da o tem opravi poizvedbe in prepreči kršitev pravic v postopku.⁹⁵

5.3 Odprta vprašanja v zvezi z uporabo videokonference

Kvalitetni prenos zvoka in slike preko videokonferenčne povezave je mogoče zagotoviti samo z ustrezno tehnično opremo, ki še ni na voljo v vseh razpravnih dvoranh sodišč. Tudi v tujini so s sodobno videokonferenčno opremo ponavadi opremljene le največje razpravne dvorane. Težave pa se kažejo tudi v tem, da sodišča različnih držav uporabljajo različno tehnično in programsko opremo.⁹⁶ Medsebojna povezljivost zahteva, da oprema ustreza standardom opreme pisarn sodnikov, odvetnikov in državnih organov, na strani končnih uporabnikov pa mora biti hkrati povezljiva s prenosnim računalnikom, ki razpolaga s spletno kamero, mikrofonom in zvočniki ali s telefonom, ki omogoča videokonferenčno povezavo. Sicer pa sodobna oprema sodišč za elektronsko poslovanje v veliki večini že zagotavlja takšno povezovanje in omogoča uporabo za videokonferenčne povezave.

Sodišče mora biti pripravljeno tudi na ustrezno odzivanje na motnje v povezavah, do katerih lahko pride zaradi nihanja kakovosti internetne povezave, nezadovoljivih hitrosti, ki so potrebne za prenos zvoka in slike ali celo biti pripravljeno na popolne prekinitve povezave med videokonferenčnim prenosom. Med samim videokonferenčnim prenosom se zato lahko zgodi, da se kak stavek »izgubi«, na kar je treba biti pozoren in v takih primerih udeležencem ponuditi, da povedano ponovijo.

Ravno tako med državami ni na enak način urejeno ugotavljanje identitete oseb, ki sodelujejo v postopkih, ki se opravljajo s pomočjo videokonference. V Nemčiji je to vprašanje še vedno odprto, medtem ko je pri nas na to vprašanje odgovorjeno v čezmejnem kazenskem postopku, ko to opravi pristojna oseba organa, ki opravlja

⁹⁵ A. Galič, v: L. Šturm, 2011, Komentar Ustave Republike Slovenije, str. 301–302.

⁹⁶ V nekaterih državah sodišča uporabljajo namensko razvito opremo za videokonferenčne povezave razpravnih dvoran, hkrati pa je vedno bolj razširjena uporaba aplikacij Skype, Zoom in MS Teams, ki so sicer uporabnikom prosto dostopne in enostavne za uporabo, vendar možnost uporabe različnih aplikacij za oddaljeno povezovanje kaže tudi pomanjkljivosti pri možnosti sočasnega vzpostavljanja večjega števila ločenih videokonferenčnih povezav.

zaslišanje, oz. se lahko identifikacija zaslišanega opravi na ustrezen način, razviden iz prenosa slike, ki mora biti zabeležen na posnetku videokonferenčnega prenosa.⁹⁷

Razlike med posameznimi ureditvami so tudi glede snemanja ustnih obravnav, ki se opravljajo preko videokonferenčnih prenosov. V skladu s slovensko zakonsko ureditvijo se prenos zvoka in slike lahko tudi posname, v tujini pa je lahko snemanje videokonferenčnih prenosov prepovedano tudi sodiščem. Tako je na podlagi par. 22 avstrijskega Zakona o medijih⁹⁸ (MedienG) prepovedano filmsko in zvočno snemanje obravnave sodišč, kar se nanaša tudi na uporabo tehnologije za prenos zvoka in slike.⁹⁹ Težavo pa predstavlja tudi prikrit način snemanja videokonferenčnega prenosa zvoka in slike s strani prič ali drugih udeležencev sodnih postopkov, ki se v prenos povezujejo s svojo napravo ter lahko posledično te posnetke delijo z javnostjo.¹⁰⁰

Med državami se razlikujejo tudi ureditve glede sodelovanja javnosti v postopkih, ki se opravljajo z uporabo tehnologije za prenos zvoka in slike, in s tem uresničevanja pravice iz 6. člena EKČP. Odgovor, da se javnost enostavno izključi iz tako opravljenih postopkov, ni ustrezen, ZPP in ZKP pa na to vprašanje v primeru oprave glavne obravnave preko videokonference ne odgovorita. Smiselno je razmišljanje v smeri, da se predvajanje videokonferenčnega prenosa zagotovi na zaslonu ali s projektorjem in zvočniki, ki se nahajajo v razpravni dvorani sodišča ali v kakšnem drugem prostoru sodišča, kjer lahko javnost glavno obravnavo ločeno spremlja, akreditiranim novinarjem pa se zagotovi možnost, da se povežejo v videokonferenčni prenos na način pasivnega spremljanja.

Kot predstavljeno, lahko da odgovore na ta in morebitna druga vprašanja v zvezi z izvedbo videokonferenčnega obravnavanja pred sodišči njihova interdisciplinarna obravnava ob primerjalnopravnem upoštevanju ureditev pred sodišči drugih držav. Smiselno je, da si ta ne nasprotujejo, saj je namen tudi v povezljivosti s sodišči in

⁹⁷ Na podlagi 244.a člena ZKP mora biti ob obdolžencu, prič ali izvedencu prisotna oseba pristojnega organa, ki zagotovi ustrezno identifikacijo zaslišane osebe. Če se zaslišanje posname s sredstvi za zvočno slikovno snemanje, se lahko identiteta zaslišane osebe preveri na drug ustrezen način zabeležen na posnetku. Na podlagi 304.a člena ZKP mora biti strankam pred opravo videokonference skupaj z vabilom na narok vročen sklep, v katerem predsednik senata odredi način preverjanja identitete.

⁹⁸ BGBl. Nr. 314/1981.

⁹⁹ Tako kot snemanje v kazenskih postopkih ni dovoljeno na podlagi 301. člena ZKP ter v civilnih na podlagi 17. člena Sodnega reda (Uradni list RS, št. 87/16 in 127/21).

¹⁰⁰ Do nedovoljenega zvočnega snemanja lahko pride tudi pri izvedbi naroka ali procesnega dejanja neposredno v razpravni dvorani, zato takšnega prikritega početja udeležencev postopkov že tako ni mogoče absolutno preprečiti.

organi drugih držav, ko se na ta način omogoči neposredno izvajanje dokazov, pričam, strankam in njihovim pooblaščenem pa prihrani nepotrebna dolgotrajna potovanja. V določeni meri je za težave v zvezi s čezmejnimi videokonferenčnimi zaslišanji ustrezno poskrbljeno s tem, da je pri izvedbi zaslišanj oz. videokonferenčnem prenosu določena uporaba prava države prosilke.

V nenujnih zadevah je postopek z uporabo videokonference mogoče izpeljati le s soglasjem strank. Če stranke ne soglašajo s takšno izvedbo postopka in pride do kršitve njihove pravice do sojenja brez nepotrebne odlašanja iz 23. člena Ustave RS, se postavi tudi vprašanje glede odgovornosti za takšne zamude v postopku. Še vedno pa lahko sodišča postopek izvedejo na način z uporabo videokonferenčnega prenosa brez soglasja strank, če tega drugače ni mogoče izvesti.

6 Zaključek

Čeprav je zakonodajalec že vzpostavil pogoje za izvedbo postopka z uporabo videokonference, se je sodišča ne poslužujejo pogosto, niti ni prišlo do posebnega razmaha njene uporabe v obdobju omejenega poslovanja sodišč kot posledici preprečevanja širjenja virusne bolezni COVID-19. Kljub temu je pričakovati, da bo tak način obravnavanja zadev pri sodiščih sčasoma obveljal kot običajen in splošno sprejet, ko priče in pooblašenci ne bodo rabili časa namenjati potovanju na oddaljena sodišča. Naloga zakonodajalca je, da uporabo videokonference uredi čim bolj podrobno in se izvedbo dokazov ter opravo glavne obravnave čim bolj približa neposredni ustni obravnavi izvedeni z navzočnostjo strank in drugih udeležencev postopka neposredno v razpravni dvorani. S tem so mišljeni poudarki na upoštevanju poglobitnih razlik pri vodenju obravnave, ki so sicer prisotne tudi med pisnim in ustnim postopkom, torej vzdušje razpravne dvorane, mimika udeležencev postopkov in posledično celotni vtis, ki ga udeleženci v razpravni dvorani ustvarijo pri sodniku. Ob tem ne smemo spregledati niti vloge pooblaščenec v civilnih in obrambe v kazenskih zadevah.

Širjenje virusne bolezni COVID-19 je pokazalo možnosti za izvedbo postopkov z uporabo tehničnih naprav za prenos zvoka in slike ter potrebo po sprejemu novih predpisov. S predpisi, sprejetimi na tej podlagi, se je še dodatno in podrobneje uredila izvedba videokonferenc, na spremembe pa je bilo treba reagirati hitro, kar je izpostavilo določene slabosti, ki so prispevale k razvoju na tem področju, tako v civilnih kot kazenskih postopkih. Sodni postopki se tudi sicer ves čas modernizirajo,

sledijo ureditvam v drugih državah in mednarodnemu delovanju pravnih in fizičnih oseb, kar je še posebej pomembno, ko se pospešeno kaže vedno večja mednarodna povezanost sodišč z drugimi državnimi organi. Sodišča morajo razvoju slediti z učinkovitimi sodnimi postopki ter tehnično opremljenostjo razpravnih dvoran. Posamezni ukrepi pa imajo učinke tudi na čezmejne sodne postopke, ki se vodijo na podlagi Uredbe in Konvencije, saj se videokonference izvedejo v skladu s pravom države prosilke.

Pri uporabi tehnične opreme mora biti poskrbljeno za varnost in zakonitost izvedbe postopkov tudi za v prihodnje. Prizadevanja morajo biti usmerjena v odstranjevanje tehničnih ovir pri izvedbi postopkov z uporabo tehnologije za prenos zvoka in slike, saj se na ta način olajša dostop do sodišč njihovim uporabnikom, kar končno prispeva tudi k učinkovitosti sodišč v smislu hitrejše in ekonomičnejše oprave postopkov. Stanje tehnologije ob stabilni internetni povezavi sodišč več ne bi smelo predstavljati ovir pri izpeljavi videokonferenc, saj jih je tudi glede na izkušnje v drugih državah mogoče izvesti s tehnično opremo, ki je danes splošno dosegljiva vsem uporabnikom spletnih storitev. Čeprav se lahko še vedno zgodi, da se v postopku, opravljenem z uporabo videokonference, del povedanega presliči ali pride do napak v povezavi na strani sodišča ali ostalih udeležencev, pa je na te pomanjkljivosti treba biti pripravljen, da se jih hitro in učinkovito odpravi na način, ki ne vpliva na kakovost izvedbe postopka.

Pravosodje se ves čas spreminja in modernizira, s tem pa njegovo poslovanje postaja vedno bolj brezpapirno, k čemur posebej pripomorejo tudi projekti, kot so e-sodstvo. V prihodnosti lahko pričakujemo, da bo takšnega elektronskega poslovanja vedno več in ne samo glede zavezujočih vlog, oddanih po elektronski poti, temveč tudi večje število opravljenih glavnih obravnav, zaslišanj strank, prič, izvedencev ter opravljenih tolmačenj z uporabo tehnologije za prenos zvoka in slike. Še vedno pa bo v tako izvedenih postopkih treba spoštovati temeljena načela, da ne bo prihajalo do kršitev pravic strank. Sodnik se bo moral ob upoštevanju načela neposrednosti z dokazi še vedno v čim večji meri seznaniti neposredno, sicer pa bo uporabo načela neposrednosti, javnosti in ostalih vedno znova treba presoјati z vidika poštene izvedbe postopka.

Dosedanje izkušnje na tem področju v tujini kažejo, da prednosti uporabe sodobnih načinov delovanja sodišč precej presegajo njihove slabosti. Potrebno je poznavanje obojih, saj je njihovo upoštevanje pri nadaljnjem razvoju bistveno za ustrezno reagiranje sodstva in posledično razširjenost uporabe sodobnih tehnologij pri vodenju postopkov. Sodišču bo še vedno prepuščena odločitev o tem, na kak način se bo izvedla obravnava posamezne zadeve, tudi glede na njeno naravo. Človeški vidik zaznave udeležencev, torej obnašanja zaslišanih prič in izvedencev, je v določenih zadevah še posebej pomemben, zato je presoja o tem, ali se bo obravnava izvedla s pomočjo videokonference, ko se ti ne nahajajo v razpravni dvorani sodišča, temveč na nekem drugem kraju, na strani sodnika, ki mora ocenjevati verodostojnost njihovega pričanja. Upoštevati je treba, da je uporaba videokonference v sodnih postopkih kljub preizkušnjam še vedno v začetnih fazah razvoja, ko je odprtih še veliko vprašanj, ki jih bo pred širokim sprejetjem takšnega poslovanja sodišč treba ustrezno nasloviti.

Literatura

- Avbelj Matej, Bardutzky Samo, Bele Ivan, Blaha Miran, Cerar Miro, Čebulj Janez et al. Komentar Ustave Republike Slovenije: dopolnitev - A, Fakulteta za državne in evropske študije, Kranj 2011.
- Dežman, Zlatan, Kazensko procesno pravo Republike Slovenije, GV Založba, Ljubljana 2003.
- Fuchs Helmut, Ratz Eckart, Wiener Kommentar zur Strafprozessordnung, 3. Band, 319. Lieferung, MANZ Verlag, Dunaj 2020.
- Fuchs Helmut, Ratz Eckart, Wiener Kommentar zur Strafprozessordnung, 3. Band, 339. Lieferung, MANZ Verlag, Dunaj 2021.
- Horvat, Štefan, Zakon o kazenskem postopku (ZKP) s komentarjem, GV Založba, Ljubljana 2004.
- Krüger Wolfgang, Rauscher Thomas, Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung, mit Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetzen, Band 1, 6. Auflage 2020, Verlag C.H.Beck, München 2020.
- Lesjak Benjamin, Videokonferenčna zaslišanja za hitrejše in cenejše sodne postopke, Pravna praksa, Let. 27 (2008), št. 43, str. 8–10.
- Mantz Reto, Spoenle Jan, Corona – Pandemie, Die Verhandlung per Videokonferenz nach 128a ZPO als alternative zur Präsenzverhandlung, Montsschrift für Deutsches Recht, (2020), št. 11.
- Mayrhofer Michel, Digitale Kommunikationsmittel im Gerichtlichen Verfahren, LIT Law Lab Digital Transformation and Law, A Comprehensive Perspective, Linz Institute of Technology, dostopno na: jku.at (2. 9. 2021).
- Plesec Petra, Gorkič Primož, Zakon o kazenskem postopku (ZKP), Uvodna pojasnila k noveli ZKP-O in stvarno kazalo, Uradni list RS, Ljubljana 2021.
- Rechberger, Walter H., Kommentar zum Außerstreitgesetz, Verlag Österreich, Dunaj 2013.
- Rechberger Walter H., Klicka Thomas, ZPO Zivilprozessordnung, 5. Auflage, Verlag Österreich, Dunaj 2019.
- Rhee C. H., Uzelac Alan, Evidence in Contemporary Civil Procedure, Fundamental Issues in a Comparative Perspective, Intersentia Ltd, Cambridge 2015.
- Rijavec Vesna, Keresteš Tomaž, Ivanc Tjaša, Dimensions of Evidence in European Civil Procedure, Kluwer Law International BV, Nizozemska 2016.

- Šepec, Miha, Zakon o kazenskem postopku (ZKP) z novelo ZKP-O, Lexpera, GV Založba, Ljubljana 2021.
- Ude, Lojze, Civilno procesno pravo, Uradni list RS, Ljubljana 2002.
- Ude Lojze, Betetto Nina, Galič Aleš, Rijavec Vesna, Wedam-Lukič Dragica, Zobec Jan, Pravdni postopek, zakon s komentarjem, 2. knjiga, Uradni list, GV Založba, Ljubljana 2005.
- Ude Lojze, Betetto Nina, Galič Aleš, Rijavec Vesna, Wedam-Lukič Dragica, Zobec Jan, Pravdni postopek, zakon s komentarjem, 1. knjiga, Uradni list, GV Založba, Ljubljana 2010.

SUMMARY

The connection of courts with each other, with state authorities and with foreign courts is becoming more and more intensive, and mutual cooperation takes place via electronic channels, which are also increasingly used by both individuals and organisations. The parties may file their applications electronically, the courts may hold hearings as well as main hearings by videoconference, and the parties may be served with court decisions electronically. The physical presence of the parties in the courtrooms is no longer necessary. The purpose of such modern management of court proceedings is to ensure speedy and economical proceedings (efficiency), as well as accessibility to persons who, due to illness or long distances, would find it difficult to access justice. In order to ensure the conduct of proceedings in modern ways, the courts need an appropriate legal basis and quality technical equipment. In civil and criminal proceedings, the use of videoconferencing was regulated by procedural laws as early as 2008, and in criminal proceedings videoconferencing was amended by the Criminal Procedure Act ZKP-O, which came into force on 13 May 2021. Article 304.a, added by the amendment, enabled the courts to use videoconferencing also to conduct main hearings. From a comparative point of view, the Austrian civil procedure based on the Zivilprozessordnung (ZPO) requires that evidence is to be taken directly using technical equipment for the transmission of sound and images, rather than through a requested judge. In criminal proceedings, the examination of defendants and witnesses by videoconference is regulated by the Austrian Strafprozessordnung (StPO). Measures to prevent the spread of the COVID-19 viral disease, which limited the operation of courts to urgent matters and restricted the travel of people, encouraged the use of videoconferencing in court proceedings, as it allowed hearings of parties, witnesses and experts and main hearings without the physical presence of these people in courtrooms. However, in court proceedings carried out using videoconferencing, special attention must be paid to the fundamental principles, namely the adversarial principle, the principle of orality, the principle of directness and the principle of publicity. They must be interpreted in the same way as if all the participants were present directly in the courtroom. Due to the psychological aspects of taking evidence using videoconferencing it is fitting to emphasize in particular the principle of immediacy, according to which the judge must become directly acquainted with the evidence so that, in accordance with the general laws of logic, psychology, science and experience, he can make an assessment of the evidence adduced. The judge must create a direct impression of the evidence taken in order to be convinced of its authenticity, which is especially important in personal evidence. The judge must perceive the facial expressions and non-verbal impression of the person being questioned. Carrying out a videoconference hearing limits the principle of immediacy from this point of view, as the impression created by the use of technical equipment for the transmission of sound and images may be different. This makes some procedures more suitable for videoconferencing, while others are better suited to be conducted in person. Another problem with the judge's reduced perception is that when conducting a videoconference hearing, he may also overlook and fail to perceive the interrogated person's ability to participate in the proceedings. In view of the above, special attention should be paid to the technical equipment of courts, which must be capable of high-quality videoconferencing transmission of sound and images in order to bring it closer to the direct perception of physically present participants in courtrooms. With regard to the use of videoconferencing in court proceedings, a number of questions still need to be answered, namely the handling of disturbances in the videoconferencing connection during the conduct of procedural actions, the recording of

videoconferencing and the participation of the public in such proceedings. The answers to these questions can be found through an interdisciplinary review of comparative law.

UGOTOVITVENA TOŽBA V SPORIH O PRENEHANJU DELOVNEGA RAZMERJA S PRIMERJALNOPRAVNIM POUDARKOM NA NEMŠKI UREDITVI

NATAŠA CIRAJ

Višje delovno in socialno sodišče, Ljubljana, Slovenija
natasa.ciraj@sodisce.si

Najpomembnejša procesna vidika uveljavljanja varstva zoper prenehanje pogodbe o zaposlitvi sta pravočasno uveljavljanje sodnega varstva pred delovnim sodiščem in ustrezna vrsta tožbe oz. vsebina tožbenega zahtevka. V slovenski sodni praksi se je pred časom izpostavila dilema o najustreznejši vrsti tožbe v sporih o odpovedi pogodbe o zaposlitvi. Odgovore na ključna vprašanja ponuja primerjalnopравни pregled značilnosti ugotovitvene tožbe v nekaterih tujih pravnih redih s poudarkom na nemški ureditvi, ki ima s slovensko ureditvijo na področju varstva zoper odpoved pogodbe o zaposlitvi največ skupnih značilnosti. Odklanjanje ugotovitvene tožbe v sporih o varstvu zoper odpoved pogodbe o zaposlitvi predstavlja negotovost in hkrati nevarnost, ki lahko vodi v zmanjšanje varstva zoper nezakonito odpoved. Zaradi oblikovalnega učinka odpovedi in njenih posledic je za varstvo zoper odpoved pogodbe o zaposlitvi najprimernejša na prekluzivni rok vezana ugotovitvena tožba, ki lahko zadosti zahtevam pravne varnosti ter zahtevam prednostnega in hitrega reševanja tovrstnih delovnih sporov.

DOI
[https://doi.org/
10.18690/um.pf.1.2024.8](https://doi.org/10.18690/um.pf.1.2024.8)

ISBN
978-961-286-817-8

Ključne besede:
odpoved pogodbe o
zaposlitvi,
delovni spori,
sodno varstvo,
procesne posebnosti,
delovno pravo



Univerzitetna založba
Univerze v Mariboru

DOI
[https://doi.org/
10.18690/um.pf.1.2024.8](https://doi.org/10.18690/um.pf.1.2024.8)

ISBN
978-961-286-817-8

Keywords:
termination of an
employment contract,
labour disputes,
judicial protection,
specific features of the
procedure,
labour law

DECLARATORY ACTION IN DISPUTES REGARDING EMPLOYMENT TERMINATION WITH A COMPARATIVE EMPHASIS ON GERMAN REGULATION

NATAŠA CIRAJ

Higher Labour and Social Court, Ljubljana, Slovenia
natasa.ciraj@sodisce.si

One of the most important procedural aspects of seeking protection against the termination of an employment contract are the timely application for judicial protection before a labour court and the appropriate type of lawsuit or the content of the legal claim. Some time ago, Slovenian case law raised the question of the most appropriate type of lawsuit in employment termination disputes. Key dilemmas are provided by a comparative law review of the action of declaratory judgment in some foreign jurisdictions, with a focus on the German system, which shares common features with the Slovenian system of protection against termination of an employment contract. The rejection to bring a declaratory action in disputes involving the protection against unlawful termination is both an uncertainty and a risk that may lead to a reduction in the protection against unfair termination. Given the formative effect of the termination and its consequences, the most appropriate action for protection against termination is a declaratory action linked to the time limit, which can satisfy the requirements of legal certainty and the requirements of priority and expeditious settlement of such employment disputes.



1 Uvod

Prenehanje delovnega razmerja predstavlja pomembno pravno področje in svojevrstno posebnost delovnega prava. Delovno razmerje predstavlja delavcu največkrat zagotavljanje eksistenčnih življenjskih pogojev in tudi pravic iz socialne varnosti, zato je avtonomija strank pri ustanavljanju in prenehanju delovnih razmerij omejena. Predpisi, ki normirajo zaščito pred neupravičenimi prenehanji delovnega razmerja, so kogentni, kar narekujejo tudi standardi Mednarodne organizacije dela.

Oblikovanje postopkovnih in materialnih predpisov, njihovo izvrševanje in interpretacija morajo upoštevati interese delavcev in delodajalcev ter poskrbeti, da lahko obe strani enakovredno uveljavljata svoje interese nasproti drugi. Čeprav je v postopkovnih določbah sodnega reševanja delovnih sporov značilna naslonitev na pravdni postopek, pa je v nekaterih pomembnih segmentih bistveno zagotoviti odklon od splošnih civilnih postopkovnih pravil. Ta odklon determinira socialna težnja, da se pusti postopku reševanja delovnih sporov samosvojo pot z namenom hitro, enostavno in cenovno ugodno doseči rešitev, ki bo zagotavljala ustrezno zaščito podrejenemu, ekonomsko odvisnemu delavcu in hkrati omogočala delodajalcu, da čim manj obremenjeno izvaja svojo dejavnost.

Za uresničevanje navedenih ciljev se je v nemški ureditvi reševanja delovnih sporov oblikovala teorija in praksa o najustreznejših vrstah tožb za uveljavitev pravic iz delovnih razmerij. Nemška ureditev je posebej primerna za pregled in primerjavo, ker je vplivala na slovensko ureditev tako materialne kot procesne delovnopravne zakonodaje in sta posledično ureditvi v bistvenih točkah enaki ali podobni ter zato ustrezno primerljivi.¹ Stališča in spoznanja nemške teorije in sodne prakse zato lahko služijo za razlago in rešitev nastalih ali bodočih dilem pri reševanju delovnih sporov.

¹ Konstituiranje slovenskega delovnega prava je potekalo pod vplivom nemškega delovnega prava, kar izkazuje tudi angažiranje nemških strokovnjakov ob snovanju Zakona o delovnih razmerjih iz leta 2003 in ob pripravah Zakona o delovnih in socialnih sodiščih iz leta 2004. Več o tem glej M. Brus, Pomen sodne prakse SES in nemškega delovnega prava za slovensko delovno pravo, 2004, str. 1280 – 1287. *Klampferjeva* navaja, da je bila ob noveliranju Zakona o delovnih in socialnih sodiščih, ki velja od leta 2004, po vzoru nemškega Zakona o delovnih sodiščih (ArbGG) predlagana zlasti uvedba takšnih institutov, ki bi v delovnih sporih služili odstranjevanju konfliktov skozi učinkovito, hitro in času primerno sojenje. M. Klampfer, Postopek pred delovnimi sodišči, 2004, str. 1257 in 1258.

V naši sodni praksi se je pred časom izpostavilo vprašanje o najustreznejši vrsti tožbe v sporih o varstvu zoper odpoved pogodbe o zaposlitvi. V sklepu Vrhovnega sodišča RS VIII Ips 163/2018² je bilo sprejeto stališče, da ugotovitevna tožba v skladu s 181. členom Zakona o pravdnem postopku³ (ZPP) ni ustrezna za uveljavljanje varstva zoper odpoved pogodbe o zaposlitvi, ki predstavlja le enostransko dejanje delodajalca in ne pravice ali pravnega razmerja. Posledično posebna odločitev o nezakonnosti odpovedi pogodbe o zaposlitvi naj ne bi spadala v izrek sodbe, temveč v obrazložitev razlogov sodbe, za nasprotovanje odpovedi pogodbe o zaposlitvi pa zadošča pravočasni dajatveni zahtevek za reintegracijo in reparacijo. Navedeno stališče posega v dosedanje prakso uveljavljanja sodnega varstva zoper delodajalčevo odpoved pogodbe o zaposlitvi. Zoper sprejeto odločitev sta dva vrhovna sodnika v senatu peterice podala skupno odklonilno ločeno mnenje.

V tem prispevku so obravnavane značilnosti instituta odpovedi pogodbe o zaposlitvi in uveljavljanje sodnega varstva zoper odpoved pogodbe o zaposlitvi delodajalca s poudarkom na značilnostih ugotovitvene tožbe in s primerjalnopravnim pregledom predvsem nemške ureditve, teorije in sodne prakse. Predstavljene značilnosti, primerjave in ugotovitve lahko vzpodbudijo k razmišljanju o poenotenju stališč glede postavljanja primernejših ali pravilnejših tožbenih zahtevkov na področju sodnega varstva zoper odpoved pogodbe o zaposlitvi ali morda vzpodbudijo k razmišljanju o morebitni potrebi po dopolnitvi in prilagoditvi slovenske delovne zakonodaje *de lege ferenda*.

Za uvodnim poglavjem drugo poglavje prispevka obravnava pomen varstva zoper odpoved pogodbe o zaposlitvi, v katerem so predstavljene in analizirane vrste tožb v delovnih sporih. V tretjem poglavju so obravnavane posebne značilnosti ugotovitvene tožbe. Četrto poglavje obravnava tožbo za varstvo zoper odpoved pogodbe o zaposlitvi v nemški in slovenski ureditvi. Zaključne ugotovitve so strnjene v petem poglavju.

² VSRS sklep VIII Ips 163/2018 z dne 10. 9. 2019, ECLI:SI:VSRS:2019:VIII.IPS.163.2018.

³ Uradni list RS, št. 73/07 – uradno prečiščeno besedilo, 45/08 – ZArbit, 45/08, 111/08 – odl. US, 57/09 – odl. US, 12/10 – odl. US, 50/10 – odl. US, 107/10 – odl. US, 75/12 – odl. US, 40/13 – odl. US, 92/13 – odl. US, 10/14 – odl. US, 48/15 – odl. US, 6/17 – odl. US, 10/17, 16/19 – ZNP-1 in 70/19 – odl. US, 1/22 – odl. US in 3/22 – ZDeb.

2 Pomen varstva zoper odpoved pogodbe o zaposlitvi

2.1 Splošno

Odpoved pogodbe o zaposlitvi je eden izmed najznačilnejših načinov prenehanja delovnega razmerja. V nemški in slovenski pravni teoriji se opredeljuje kot enostranska izjava volje, ki po prispetju k nasprotni pogodbeni stranki povzroči prenehanje delovnega razmerja z učinkom *ex nunc* bodisi takoj bodisi po poteku določenega (odpovednega) roka.⁴ Ima pravnooblikovalni učinek (*rechtsgestaltende Wirkung*), ne dopušča pogojev, po prispetju k nasprotni pogodbeni stranki je praviloma nepreklicna.⁵ Z odpovedjo pogodbe o zaposlitvi se odpoveduje delovno razmerje v celoti, kar pomeni, da delna odpoved ni dopustna.⁶ V primeru, da želi delodajalec le delno spremeniti delovno razmerje, ima na voljo institut odpovedi pogodbe o zaposlitvi s ponudbo nove (*Änderungskündigung*) ali pa da v sporazumu z delavcem sklene spremembo pogodbe o zaposlitvi (*Änderungsvertrag*).⁷

Specialni zakon za varstvo zoper odpoved - *Kündigungsschutzgesetz*⁸ (KSchG) v nemškem pravu delavcu že od leta 1951 zagotavlja varstvo zoper odpoved, ki bi bila podana iz socialno neutemeljenih razlogov. V skladu z načelom socialne države je zasebna avtonomija na področju prava varstva zoper odpoved občutno omejena, vzpostavljena je specifična odpovedna zaščita, ki ustvarja zaupanje v zanesljivost in trajnost delovnega razmerja. Namen KSchG je preprečiti, da bi delavcu prenehalo delovno razmerje brez ustreznega, tj. socialno upravičenega razloga.⁹ Hkrati pa se v nemški teoriji utemeljuje tudi upoštevanje zaščite gospodarske svobode delodajalca, ki se ga s kogentnimi predpisi ne sme prekomerno vezati na enkrat obstoječa delovna razmerja.¹⁰

⁴ H. Reichold, 2019, *Arbeitsrecht*, str. 231; A. Busemann, H. Schäfer, 2006, *Kündigung und Kündigungsschutz im Arbeitsverhältnis*, str. 25; N. Scortegagna Kavčnik, v: M. Šercer, N. Scortegagna Kavčnik, 2017, *Odpoved pogodbe o zaposlitvi*, str. 57.

⁵ Preklic odpovedi praviloma ni možen zaradi pravnooblikovalnih učinkov. Morebiti podani preklic pomeni ponudbo za nadaljevanje delovnega razmerja pod istimi pogoji. Tako W. Hromadka, F. Maschmann, 2018, *Arbeitsrecht Band 1, Individualarbeitsrecht*, str. 521; H. Reichold, 2019, *Arbeitsrecht*, str. 231.

⁶ N. Scortegagna Kavčnik, v: M. Šercer, N. Scortegagna Kavčnik, 2017, *Odpoved pogodbe o zaposlitvi*, str. 58.

⁷ C. Schoof, 2012, *Betriebsratpraxis von A bis Z*, str. 1138.

⁸ BGBl. I S. 1317 – BGBl. I S. 1762.

⁹ H. Reichold, 2019, *Arbeitsrecht*, str. 229; H. H. Haas, 2013, *Recht und Praxis der verhaltensbedingten Kündigung*, str. 8.

¹⁰ H. Reichold, 2019, *Arbeitsrecht*, str. 229.

Tudi v slovenskem pravu je prenehanje pogodbe o zaposlitvi eno najpomembnejših področij delovnega prava. Temeljne določbe o prenehanju pogodbe o zaposlitvi vsebuje Zakon o delovnih razmerjih¹¹ (ZDR-1) v členih od 77 do 119. Primerljivo z nemško ureditvijo se tudi v naši ureditvi poudarja smiselna in učinkovita zaščita delavcev pred odpovedjo pogodbe o zaposlitvi, ki mora preprečevati zlorabe in ne sme biti obremenjena s formalnimi omejitvami, zapletenimi, nejasnimi ali nesmiselnimi zahtevami.¹² Po drugi strani se prav tako kot v nemški ureditvi utemeljuje, da je treba delodajalcem zagotoviti možnost odločanja o številu zaposlenih delavcev ter o poklicni, izobrazbeni in nasploh ustrezni strukturi delavcev, ki bo služila potrebam uresničevanja delovnega procesa. Glede na to morajo biti delodajalcem zagotovljene razumne možnosti odpuščanja, hkrati pa delavcem zagotovljeno ustrezno varstvo pred nezakonito izgubo zaposlitve.¹³ Ta diskrepanca na področju varstva zoper odpoved pogodbe o zaposlitvi zahteva iskanje ustreznih rešitev, ki bodo vzpostavljale ustrezno ravnovesje med delodajalsko in delavsko stranjo.

Iskanju tega ravnovesja v primeru prenehanja delovnega razmerja so namenjeni tudi mednarodni dokumenti, med katerimi so pomembni Konvencija MOD št. 158 o prenehanju delovnega razmerja na pobudo delodajalca¹⁴ s spremljajočim Priporočilom št. 166, Konvencija MOD št. 183 o varstvu materinstva¹⁵ in Konvencija MOD št. 135 o varstvu in olajšavah za predstavnike delavcev v podjetju,¹⁶ nadalje so varstvu zaposlitve namenjene tudi posamezne določbe Evropske socialne listine¹⁷ (4., 8., 19., 20., 24., 25. in 28. člen), na ravni EU pa je pomembna predvsem Direktiva Sveta 98/59/ES z dne 20. julija 1998 o približevanju zakonodaje držav članic v zvezi s kolektivnimi odpusti¹⁸ (Direktiva o kolektivnih odpustih).¹⁹

¹¹ Uradni list RS, št. 21/13, 78/13 – popr., 47/15 – ZZSDT, 33/16 – PZ-F, 52/16, 15/17 – odl. US, 22/19 – ZPosS, 81/19 in 203/20 – ZIUPOPĐVE, 119/21 – ZČmlS-A, 202/21 – odl. US, 15/22 in 54/22 – ZUPŠ-1

¹² B. Kresal, v: I. Bečan, N. Belopavlovič, E. Korpič Horvat, B. Kresal, K. Kresal Šoltes, Š. Mežnar et al., 2019, Zakon o delovnih razmerjih (ZDR-1) s komentarjem, str. 469.

¹³ Prav tam, str. 468.

¹⁴ Uradni list SFRJ – MP, št. 4/84.

¹⁵ Uradni list RS – MP, št. 18/09.

¹⁶ Uradni list SFRJ – MP, št. 14/82.

¹⁷ Uradni list RS – MP, št. 7/99.

¹⁸ UL EU L 225, 12. 8. 1998.

¹⁹ Več o mednarodnih dokumentih v zvezi s prenehanjem zaposlitve B. Kresal, v: I. Bečan, N. Belopavlovič, E. Korpič Horvat, B. Kresal, K. Kresal Šoltes, Š. Mežnar et al., 2019, Zakon o delovnih razmerjih (ZDR-1) s komentarjem, str. 469 – 471.

Načeloma velja za obe stranki delovnega razmerja prosta, redna pravica do odpovedi. Ker pa pomeni delovno razmerje največkrat eksistenčno podstat za delavca, zakonodajalec omejuje svobodo delodajalca pri odpovedi pogodbe o zaposlitvi, in sicer v slovenski ureditvi predvsem z določbami ZDR-1, v nemški ureditvi pa z določbami KSchG in drugimi določbami v posameznih specialnih zakonih, ki so namenjeni zaščiti šibkejših kategorij delavcev (npr. invalidov, nosečnic, mater po porodu, oseb na služenju vojaškega roka, mladoletnih, starejših delavcev itd.). Te zaščitne določbe predstavljajo kogentno pravo, razen če so v zakonu izrecno dopustna odstopanja ali če so za delavca pogodbeno dogovorjene ugodnejše določbe.

Tako kot v slovenski, se tudi v nemški ureditvi loči redna odpoved pogodbe o zaposlitvi (ordentliche Kündigung), ki je vezana na odpovedni rok v skladu s par. 622. Bürgerliches Gesetzbuch²⁰ (BGB) in izredna odpoved (ausserordentliche Kündigung), za katero odpovedni rok ne velja (par. 626 BGB).

V slovenski ureditvi je redna odpoved pogodbe o zaposlitvi dopustna zaradi obstoja poslovnega razloga, razloga nesposobnosti, krivdnega razloga, zaradi invalidnosti ali zaradi neuspešno opravljenega poskusnega dela (89. člen ZDR-1). V nemški ureditvi so primerljive redne odpovedi, ki so pogojene s poslovnim razlogom (betriebsbedingte Kündigung), razlogom, povezanim z osebo (personenbedingte Kündigung) ali z obnašanjem delavca (verhaltensbedingte Kündigung).²¹

Odpovedi iz poslovnega razloga so v primerjavi z ostalimi oblikami odpovedi načeloma bolj predvidljive zaradi lažje določljivih predpostavk. Tovrstne odpovedi lahko opravičuje tudi posledica gospodarskih kriz, ki povzročijo, da delodajalci za ohranitev poslovanja posežejo po ukrepih zmanjševanja stroškov dela v smeri ukinitve delovnih mest, reorganizacije, optimizacije procesov ipd., kar vodi do odpovedi pogodb o zaposlitvi iz poslovnega razloga. Zaradi vpliva na delovanje trga dela se pri odpovedih večjemu številu delavcev v nacionalni zakonodaji in mednarodnih dokumentih²² predpisujejo nekatere dodatne zahteve, kot so izvedba socialne izbire, sestava seznamov, preverjanja zaposlitvenih možnosti na drugih

²⁰ BGBl. I S. 42, 2909; 2003 I S. 738, BGBl. I S. 1982 – BGBl. 2023 I Nr. 272.

²¹ Tako drugi odstavek par. 1 KSchG.

²² Med temi sta na ravni EU pomembni predvsem Direktiva o kolektivnih odpustih in Direktiva 2002/14/ES Evropskega parlamenta in Sveta z dne 11. 3. 2002 o določitvi splošnega okvira za obveščanje in posvetovanje z delavci v Evropski skupnosti (UL L 80, 23. 3. 2002).

delovnih mestih, obveščanje urada za zaposlovanje itd. Če delodajalec vsa ta pravila dosledno upošteva in so kriteriji razlogov odpovedi resnični in objektivni, bo na izpolnjene navedene predpostavke oprta odpoved iz poslovnega razloga praviloma uspešna.

Drugače pa je v primeru odpovedi pogodbe o zaposlitvi iz krivdnega razloga ali iz razloga nesposobnosti (v nemški ureditvi so s tovrstnimi odpovedmi primerljive verhaltens- ali personenbedingte Kündigungen) ter v primeru izredne odpovedi (v nemški ureditvi ausserordentliche Kündigung), kjer podrobnih predpostavk ni mogoče vnaprej določiti. Določene so lahko le predpostavke obličnosti odpovedi, zahteva po obrazložitvi odpovednih razlogov,²³ poseben postopek pred podajo odpovedi ali način podaje odpovedi, ki pa pomenijo le formalen okvir za podajo odpovedi (prim. 85. in 87. člen ZDR-1 ter par. 623 in drugi odstavek par. 626 BGB). V vsebinskem pogledu pa je v vsakem posameznem primeru merodajno vrednotenje sodnika, ali določeno lastnost, obnašanje ali ravnanje delavca presodi kot podani odpovedi ustrezno ali pa ne. Nadalje je relevantna sodnikova presoja, ali je kljub ugotovljenemu ravnanju ali obnašanju delavca utemeljena možnost nadaljnje zaposlitve delavca. Za pravilno presojo v sporu je nujno sodnikovo znanje in ustrezna izkušnost ter upoštevanje posledic odločitve za obe stranki spora.

Neizogibno potrebno je ob tem zavedanje, da odpoved iz krivdnega razloga ali izredna odpoved delavca zadeva čisto osebno. Tovrstne odpovedi lahko uničijo ne le aktualno delovno razmerje, temveč se lahko kažejo kot ovira na delavčevi nadaljnji karierni poti.²⁴ Zaradi tega je nujno, da se delavcu v primeru odpovedi iz razloga, ki temelji na njegovem obnašanju ali ravnanju, omogoči, da se brani v postopku pred sodiščem, tudi če se zaveda, da se bo v primeru zmage vrnil v (obremenjeno) delovno razmerje. Prav tako mora biti delodajalcu omogočeno, da utemelji očitke o kršitvah, ki morebiti ovirajo delovni proces in delovne odnose. Vsekakor je v interesu obeh strank, da se sporno razmerje temeljito, a hkrati hitro raziše.

²³ Dolžnost obrazložitve odpovednega razloga je delodajalcu naložena v drugem odstavku 87. člena ZDR-1, zato ne zadostuje le navedba odpovednega razloga. *Ratio* določbe je v možnosti preizkusa resničnosti in objektivnosti odpovednega razloga. Prim. VSRS sodba in sklep VIII Ips 150/2016 z dne 10. 1. 2017, ECLI:SI:VSRS:2017:VIII.IPS.150.2016.

²⁴ Drugače kot pri odpovedi iz poslovnega razloga, kjer delodajalec morda še želi sodelovati z delavcem, vendar zaradi ovir poslovanja tega ne more več.

Pri uveljavljanju sodnega varstva je predmet spora v prosti presoji tožnika, merodajen pa je tožbeni zahtevek, ki ga mora v primeru nejasnosti skupaj s strankami raztolmačiti sodišče v okviru materialnega procesnega vodstva.²⁵ V tej zvezi je posebej pomembno védenje o tem, kakšen mora biti ustrezen oz. pravilen tožbeni zahtevek, o katerem bo sodišče lahko odločilo v okviru želenega varstva pravic.

2.2 Vrste tožb

Tako v nemški kot slovenski ureditvi so glede na vsebino pravne zaščite v delovnih sporih uporabljive vse tri temeljne vrste tožb: dajatvena, ugotovitvena in konstitutivna. Za ustrezno razvrstitev je merodajna vsebina tožbenega zahtevka. Vse tri vrste tožb se dozdevajo medsebojno neodvisne, njihova dopustnost pa je odvisna od izpolnitve posebnih predpostavk.

Vsaka od navedenih tipov tožb omogoča svojevrstno obliko pravnega varstva: dajatvena je namenjena represivnemu pravnemu varstvu že obstoječih pravic, ugotovitvena tožba preventivnemu pravnemu varstvu potencialno ogroženih pravic, konstitutivna tožba pa ustvarjanju spremembe pravnih razmerij, ki se kaže bodisi v ustvarjanju novih bodisi v spreminjanju ali ukinjanju obstoječih pravnih razmerij.²⁶

Glede obveznih sestavin tožbe in procesnih predpostavk v delovnih sporih načeloma ne veljajo drugačne zahteve kot v splošnem civilnem procesu.²⁷ Tako kot slovenska, se tudi nemška ureditev procesa v delovnih sporih naslanja na splošni civilni postopek. Medtem ko je v 19. členu Zakona o delovnih in socialnih sodiščih²⁸ (ZDSS-1) določena subsidiarna uporaba ZPP, se Arbeitsgerichtsgesetz²⁹ (ArbGG) le v posameznih členih sklicuje na določbe Zivilprozessordnung³⁰ (ZPO) ali določbe

²⁵ *Hromadka in Maschmann* pojasnjujeta, da se predmet spora določi po dvočlenski teoriji pravnega predmeta spora (Zweigliedrige Streitgegenstandstheorie), kar pomeni, da se upošteva tožnikova tožba oz. tožbeni zahtevek in navedena oz. opisana dejstva v utemeljitvi. W. Hromadka, F. Maschmann, 2018, *Arbeitsrecht, Individualarbeitsrecht*, str. 518.

²⁶ A. Galič, v: L. Ude, N. Betetto, A. Galič, V. Rijavec, D. Wedam Lukić, J. Zobec, 2006, *Pravdni postopek, zakon s komentarjem*, str. 118 in 119; H. W. Fasching, 1990, *Lehrbuch des österreichischen Zivilprozessrechts*, str. 546 in 547.

²⁷ W. Zimmerling, v: N. Schwab, S. Weth (ur.), 2018, *Arbeitsgerichtsgesetz, Kommentar*, str. 532; C. H. Germelmann, v: C. H. Germelmann, C. H. Matthes, R. Müller-Glöge, H. Prütting, 2002, *Arbeitsgerichtsgesetz, Kommentar*, str. 677; A. Galič, v: L. Ude, N. Betetto, A. Galič, V. Rijavec, D. Wedam Lukić, J. Zobec, 2006, *Pravdni postopek, zakon s komentarjem*, 2. knjiga, str. 148.

²⁸ Uradni list RS, št. 2/04, 10/04 – popr., 45/08 – ZArbit, 45/08 – ZPP-D, 47/10 – odl. US, 43/12 – odl. US in 10/17 – ZPP-E.

²⁹ BGBl. I S. 853, 1036 – BGBl. 2023 I. Nr. 10.

³⁰ BGBl. I S. 3202; 2006 I S. 431; 2007 I S. 1781 – BGBl. 2023 I. Nr. 272.

drugih zakonov. Za vse tožbe v delovnih sporih so v skladu s par. 8 ArbGG na vseh instancah pristojna specializirana delovna sodišča. Podobno v slovenski ureditvi določata 2. in 3. člen ZDSS-1, s to razliko, da delovna sodišča organizacijsko delujejo skupaj s socialnimi sodišči, na tretji sodni instanci pa odloča poseben oddelek za delovne in socialne spore.

V nemški sodni praksi sta v delovnih sporih najpogostejši obliki ugotovitvena in dajatvena tožba, relativno redka pa je oblikovalna tožba, ki v posledici s svojo pravno oblikovalno ali pravno spreminjajočo sodbo spreminja pravna razmerja. Specifične značilnosti delovnih razmerij in posledično delovnih sporov se uveljavljajo skozi različne kombinacije temeljnih tipov tožb. Kot posebnost pa se skozi sodno prakso nemških delovnih sodišč kaže ugotovitvena tožba, ki je na splošno normirana v par. 256 nemškega ZPO in je za delovne spore uporabljiva preko drugega odstavka par. 46 ArbGG.

Sodna praksa nemških delovnih sodišč kaže, da se daje ugotovitveni tožbi v postopkih delovnih sporov izstopajoče širok prostor.³¹ Tako se ugotovitvena tožba uporablja kot generalna podlaga za spore o odpovedi pogodbe o zaposlitvi, kjer se specialno uporablja KSchG, nadalje se uporablja za spore o obstoju ali nadaljnjem obstoju delovnega razmerja (t. i. Bestandstreitigkeiten),³² o ugotovitvi lastnosti delavca,³³ o učinkovitosti odpovedi, ki jo poda delavec,³⁴ o neučinkovitosti delovnega razmerja za določen čas,³⁵ o nadaljnjem obstoju delovnega razmerja v primeru sporazumne odpovedi pogodbe o zaposlitvi,³⁶ o pravni naravi pogodbe o zaposlitvi (t. i. Statusklage),³⁷ o uporabljivosti tarifne pogodbe,³⁸ o dopustnosti premesitve ter celo v sporih o obsegu dopusta in o preračunu dopustniških dni.³⁹

³¹ W. Zimmerling, v: N. Schwab, S. Weth (ur.), 2018, Arbeitsgerichtsgesetz, Kommentar, str. 539 in 540.

³² BAG – 7 AZR 72/19 sodba z dne 20. 5. 2020.

³³ BAG – 9 AZR 102/20 sodba z dne 1. 12. 2020.

³⁴ BAG – 6 AZR 158/16 sodba z dne 26. 10. 2017, BAG – 2 AZR 894/07 sodba z dne 12. 3. 2009.

³⁵ BAG – 9 AZR 856/11 sodba z dne 8. 4. 2014.

³⁶ BAG – 6 AZR 1108/06 sodba z dne 28. 11. 2007.

³⁷ BAG – 10 AZR 282/12 sodba z dne 25. 9. 2013.

³⁸ BAG – 4 AZR 573/06 sodba z dne 6. 6. 2007; BAG – 4 AZR 796/08 sodba z dne 19. 5. 2010.

³⁹ BAG – 9 AZR 340/11 sodba z dne 15. 1. 2013.

3 Ugotovitvena tožba

3.1 Splošne značilnosti

Ugotovitvena tožba je v slovenskem civilnem pravu povzeta po nemški in avstrijski ureditvi,⁴⁰ poznata pa jo tudi npr. hrvaška in švicarska ureditev civilnega postopka.⁴¹ Primerjalnopravni pregled navedenih ureditev pokaže nekatere temeljne skupne značilnosti.

Z ugotovitveno tožbo tožnik zahteva ugotovitev obstoja pravice, dolžnosti ali pravega razmerja. Uporaba ugotovitvene tožbe se praviloma zavrača v primerih zahtevkov za ugotavljanje dejstev,⁴² načelnih, abstraktnih pravnih vprašanj,⁴³ ugotovitev vsebine, razlage, značaja pravnih predpisov ali pogodbene interpretacije⁴⁴ ter za ugotavljanje pravic tretjih.⁴⁵ Namen ugotovitvene tožbe je na splošno v tem, da se spor strank o pravnem razmerju z ugotovitveno sodbo zavezujoče razjasni.⁴⁶ Sodno ugotovitev pravnega razmerja ali pravice je mogoče zahtevati s samostojno ugotovitveno tožbo ali z vmesno obliko ugotovitvene tožbe (t. i. vmesna ali incidenčna ugotovitvena tožba).⁴⁷

⁴⁰ A. Galič, 1995, Ugotovitvena tožba v pravnem postopku, str. 139.

⁴¹ Prim. 181. člen ZPP, par. 256 nemškega ZPO, par. 228 avstrijskega Zivilprozessordnung (RGrBl. Nr. 113/1895 – BGBl. I Nr. 61/2022), par. 88 švicarskega Zivilprozessordnung (AS 2010 1861 – AS 2105 4299) in 187. člen hrvaškega Zakona o parničnom postopku (NN 53/91 – 114/22).

⁴² Izjemo predstavlja ugotavljanje resničnosti listine, sicer pa se ugotavljanje dejstev z ugotovitveno tožbo zavrača, ker dejstva niso pravna razmerja. M. Jacobs, 2005, Der Gegenstand des Feststellungsverfahrens, str. 43 in 44; E. Wieser, 1994, Arbeitsgerichtsverfahren, str. 59; H. W. Fasching, 1990, Lehrbuch des österreichischen Zivilprozessrechts, str. 562.

⁴³ C. H. Germelmann, v: C. H. Germelmann, C. H. Matthes, R. Müller-Glöge, H. Prütting, 2002, Arbeitsgerichtsgesetz, Kommentar, str. 685; H. W. Fasching, 1990, Lehrbuch des österreichischen Zivilprozessrechts, str. 561; W. Zimmerling, v: N. Schwab, S. Weth (ur.), 2018, Arbeitsgerichtsgesetz, Kommentar, str. 541.

⁴⁴ M. Jacobs, 2005, Der Gegenstand des Feststellungsverfahrens, str. 195; S. Triva, M. Dika, 2004, Gradansko parnično procesno pravo, str. 399.

⁴⁵ M. Jacobs, 2005, Der Gegenstand des Feststellungsverfahrens, str. 46–51.

⁴⁶ E. Wieser, 1994, Arbeitsgerichtsverfahren, str. 59.

⁴⁷ H. W. Fasching, 1990, Lehrbuch des österreichischen Zivilprozessrechts, str. 555.

3.2 Prevenција in deklaratornost

Pravno razmerje, katerega ugotovitev se uveljavlja, mora biti konkretno in praviloma obstajati v času sojenja.⁴⁸ Za zahtevek za v preteklost usmerjeno ugotovitev, iz katere ne izhajajo nikakršne pravne posledice za sedanost ali prihodnost, načeloma ne obstaja potreba po pravnem varstvu.⁴⁹ Ugotovitvena tožba ima namreč namen zagotavljati pravno varstvo pravicam, ki so ogrožene in tako nudi preventivno pravno varstvo.⁵⁰ Negotovost in spornost določenega pravnega razmerja predstavlja resno grožnjo, da bo do kršitve pravice iz tega razmerja v bodoče prišlo. Tako se z ugotovitveno tožbo sodno varstvo civilnih pravic širi preko primerov že kršenih pravic.

Ugotovitvene sodbe imajo samo deklaratorni učinek, saj pravnega položaja ne spreminjajo in zato tudi ne podležejo izvršbi.⁵¹ Moč deklaratorne sodbe se nahaja v njeni pravnomočnosti, v avtoriteti sodišča oz. države, ki stoji za njeno vsebino.⁵² Pravica do deklaratorne zaščite ima zato izrazito avtonomen, procesnopравни značaj.⁵³

Ker se pravno razmerje z deklaratorno sodno odločitvijo pravnomočno razjasni, predstavlja temelj in pravno predpostavko, zato manifestira prejudicialno pravno zaščito, ki naj kršitev pravic vnaprej prepreči, strankam pa daje zanesljive smernice za obnašanje v prihodnosti.⁵⁴ Z lastnostjo prejudicialnosti se ugotovitvena tožba razume za najvišjo obliko pravosodne aktivnosti, ker zagotavlja redni razvoj pravnih

⁴⁸ Nedopustna je ugotovitvena tožba za ugotavljanje hipotetičnih pravnih razmerij. Tako M. Jacobs, 2005, *Der Gegenstand des Feststellungsverfahrens*, str. 84 in 85 in S. Triva, M. Dika, 2004, *Građansko parnično procesno pravo*, str. 398.

⁴⁹ M. Jacobs, 2005, *Der Gegenstand des Feststellungsverfahrens*, str. 81 – 84; C. H. Germelmann, v: C. H. Germelmann, C. H. Matthes, R. Müller-Glöge, H. Prütting, 2002, *Arbeitsgerichtsgesetz*, Kommentar, str. 686; W. Zimmerling, v: N. Schwab, S. Weth (ur.), 2018, *Arbeitsgerichtsgesetz*, Kommentar, str. 553.

⁵⁰ A. Galič, v: L. Ude, N. Betetto, A. Galič, V. Rijavec, D. Wedam Lukić, J. Zobec, 2006, *Pravdni postopek, zakon s komentarjem*, 2. knjiga, str. 147; H. W. Fasching, 1990, *Lehrbuch des österreichischen Zivilprozessrechts*, str. 554; S. Triva, M. Dika, 2004, *Građansko parnično procesno pravo*, str. 401; M. Jacobs, 2005, *Der Gegenstand des Feststellungsverfahrens*, str. 239.

⁵¹ H. W. Fasching, 1990, *Lehrbuch des österreichischen Zivilprozessrechts*, str. 554.

⁵² S. Triva, M. Dika, 2004, *Građansko parnično procesno pravo*, str. 397; B. Bessenich, L. Bopp, v: T. Sutter-Somm, F. Hasenböhler, C. Leuenberger (ur.), 2013, *Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO)*, str. 731.

⁵³ S. Triva, M. Dika, 2004, *Građansko parnično procesno pravo*, str. 398; H. W. Fasching, 1990, *Lehrbuch des österreichischen Zivilprozessrechts*, str. 555.

⁵⁴ S. Triva, M. Dika, 2004, *Građansko parnično procesno pravo*, str. 397 in 398; B. Bessenich, L. Bopp, v: T. Sutter-Somm, F. Hasenböhler, C. Leuenberger (ur.), 2013 str. 733.

razmerij s tem, da preprečuje bodoče kršitve, namesto da na že nastale kršitve reagira *post festum* z represijo.⁵⁵

3.3 Zaščitni interes in subsidiarnost

Predpostavka dopustnosti vsake vrste tožbe je obstoj pravnega interesa, ki naj se ga zaščiti. Pri dajatveni in oblikovalni tožbi se obstoj pravnega interesa domneva, le pri ugotovitelni tožbi se izpostavlja obstoj pravnega interesa kot procesno predpostavko.⁵⁶ Obstoj pravnega (ugotovitelnega) interesa je *condictio sine qua non* ugotovitelne tožbe, ki ga mora sodišče preverjati po uradni dolžnosti v vseh fazah postopka.⁵⁷ *Ratio legis* predpostavke pravnega interesa je v preprečitvi možnosti nepotrebni in nesmiselni obremenjevanj sodišča in nasprotne stranke.⁵⁸

Ugotovitelna tožba je dopustna, če je v konkretnem sporu izključno primerno sredstvo za odpravo negotovosti.⁵⁹ Tožnik ne sme poseči po ugotovitelni tožbi, če ima na voljo enostavnejšo in učinkovitejšo pot. S tem v zvezi je še posebej pomembna lastnost ugotovitelne tožbe, da nima izvršljive vsebine. Ugotovitelna tožba je tako v primerjavi z dajatveno tožbo subsidiarna.⁶⁰ Navedeno pomeni, da tožnik načeloma nima proste izbire med obema vrstama tožbe.⁶¹

Podstat tradicionalne subsidiarne značilnosti ugotovitelne tožbe se utemeljuje s procesnoekonomskimi težnjami, ki so povezane prav z manjkajočo izvršljivostjo ugotovitelne sodbe. V primerjavi z dajatveno tožbo ugotovitelna tožba namreč ne vsebuje dajatvenega ukaza (*Leistungsbefehl*) in v sodnem izreku ni izvršljiva, zato onemogoča tožniku, da bi uveljavil subjektivne pravice proti volji dolžnika po poti prisilne izvršbe. *Jacobs* obravnava potencialne pomisleke o dopustnosti ugotovitelne tožbe v primerjavi z dajatveno, saj naj bi se s slednjo priboril izvršilni naslov v enem samem postopku, medtem ko naj bi ugotovitelnemu postopku sledil še en dajatveni

⁵⁵ S. Triva, M. Dika, 2004, Građansko parnično procesno pravo, str. 397.

⁵⁶ E. Wieser, 1994, Arbeitsgerichtsverfahren, str. 115.

⁵⁷ S. Triva, M. Dika, 2004, Građansko parnično procesno pravo, str. 400 in 401.

⁵⁸ A. Galič, 1995, Ugotovitelna tožba v pravdnem postopku, magistrska naloga, str. 39.

⁵⁹ W. Zimmerling, v: N. Schwab, S. Weth (ur.), 2018, Arbeitsgerichtsgesetz, Kommentar, str. 540; A. Galič, 2006, v: L. Ude, N. Betetto, A. Galič, V. Rijavec, D. Wedam Lukić, J. Zobeč, 2006, Pravdni postopek, zakon s komentarjem, 2. knjiga, str. 152.

⁶⁰ H. W. Fasching, 1990, Lehrbuch des österreichischen Zivilprozessrechts, str. 564; B. Bessenich, L. Bopp, v: T. Sutter-Somm, F. Hasenböhler, C. Leuenberger (ur.), 2013, Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), str. 733.

⁶¹ M. Jacobs, 2005, Der Gegenstand des Feststellungsverfahrens, str. 67.

postopek. V vsakem dajatvenem izreku naj bi bila poleg izvršitve zmožnega dajatvenega zahtevka hkrati konkludentno vsebovana ugotovitev dajatvene obveznosti. Potemtakem bi se z dajatveno tožbo dosegel isti cilj kot z ugotovitveno tožbo, le da bi dajatvena omogočila izvršbo, ugotovitvena pa (še) ne.⁶² Takšen pogled na ugotovitveno tožbo kaže njeno pomanjkljivost tudi v primerjavi z oblikovalno tožbo, ker se z ugotovitveno tožbo ne spreminja in ne preoblikuje pravnega razmerja.

Kljub navedenim potencialnim zadržkom pri uporabi ugotovitvene tožbe pa *Jacobs* ugotavlja, da je opaziti naraščajočo tendenco nemških sodišč v dopuščanju ugotovitvenih tožb, kljub možnosti dajatvenih ter s tem razširjanje kroga izjem od opisanega pravila subsidiarnosti. Nemška judikatura utemeljuje dopustnost ugotovitvene tožbe, kljub možnosti dajatvene, z argumentom zdrave procesne ekonomije, ki v ospredje postavlja uporabo ugotovitvene tožbe, da dokončno uredi sporno materijo enostavneje, ceneje ali bolje kot dajatvena tožba.⁶³ Iz teh razlogov naj bi bila dopustitev ugotovitvene tožbe procesnoekonomsko bolj smiselna kot okorna preveritev možnosti dajatvene tožbe. Tako se v nemški in avstrijski literaturi utemeljuje, da ob preveciji služijo ugotovitvene tožbe tudi procesni ekonomiji. Vodijo naj k enostavni in celoviti rešitvi spornega pravnega razmerja ter tako pripomorejo k prihranku nadaljnjih procesov.⁶⁴ Sama zahteva posebnega ugotovitvenega interesa za dopustnost ugotovitvene tožbe namreč predpostavlja tudi tožnikov interes, da bi bilo sporno pravno razmerje čim prej rešeno s sodno odločitvijo, s čimer naj se čim prej ustvari pravni mir.⁶⁵

Kritiko subsidiarnosti in specifične prioritete ugotovitvene tožbe v primerjavi z dajatveno izpostavljajo tudi švicarski teoretiki, ki ne vidijo prepričljivega razloga za to, da bi tožečo stranko omejevali v njeni privatni avtonomiji s kriterijem drugačnih možnosti odprave negotovosti v sporu. Če tožeča stranka izkaže zaščitni interes v

⁶² *Jacobs* primeroma izpostavlja izjeme, normirane v avstrijskem Arbeits- und Sozialgerichtsgesetz (ASGG; BGBl. Nr. 104/1985 idF BGBl. Nr. 612/1986 – BGBl. I Nr. 60/2023), ki izrecno dopuščajo možnost ugotovitvenih zahtevkov, ne glede na možnost dajatvenih (peti odstavek par. 54 ASGG). M. Jacobs, 2005, Der Gegenstand des Feststellungsverfahrens, str. 68 in 69.

⁶³ Prav tam, str. 69 in 70.

⁶⁴ *Fasching* navaja, da ugotovitvena tožba še posebej jasno kaže svoj ekonomični učinek v primerih, ko dajatveni ali pravnooblikovalni zahtevki ne more izčrpno urediti celotnega spornega pravnega razmerja med strankama. H. W. Fasching, 1990, Lehrbuch des österreichischen Zivilprozessrechts, str. 555; *Jacobs* pa ugotavlja, da v nemškem pravu sega zasledovanje procesne ekonomije pri ugotovitveni tožbi celo tako daleč, da se deloma odpove preveritvi ugotovitvenega interesa. M. Jacobs, 2005, Der Gegenstand des Feststellungsverfahrens, str. 67.

⁶⁵ W. Zimmerling, v: N. Schwab, S. Weth (ur.), 2018, Arbeitsgerichtsgesetz, Kommentar, str. 542.

smislu neke negotovosti, nevarnosti ali ogrožanja pravnega položaja ali možnost nadaljnega trajanja te pravne negotovosti, ji je treba dopustiti izbiro. Medtem ko je cilj dajatvene tožbe doseči izvršilni naslov, ugotovitvena tožba cilja na avtoritarno razjasnitev pravnega položaja. Nadalje švicarski teoretiki utemeljujejo, da so učinki samostojne ugotovitvene tožbe drugačni kot reševanje ugotovitvenega predhodnega vprašanja v okviru dajatvene tožbe, ker v tem primeru ugotovitveno vprašanje ni predmet izrecne sodniške ugotovitve s pravnim učinkom.⁶⁶

Tudi *Jacobs* ugotavlja, da se v nemški judikaturi prepričljivo utemeljuje mehčanje načela subsidiarnosti. Prednost ugotovitvene tožbe se kaže v intenciji namenskosti tožbenega zahtevka. Preveritev primernosti ugotovitvene tožbe v primerjavi z dajatveno pa naj se obravnava v zvezi z vprašanjem pričakovanega zakonsko skladnega ravnanja tožene stranke, ki izhaja iz pravnomočne ugotovitvene sodbe, v zvezi z vprašanjem težavnosti postavljanja višine dajatvenega tožbenega zahtevka in tudi v zvezi z vprašanjem smiselnosti prisile oz. težavnosti izvršbe dajatvenega zahtevka.⁶⁷

Upoštevajoč posebnosti delovnih sporov in zahtevo po prednostni oz. hitri rešitvi sporov v zvezi z obstojem, nadaljnjim obstojem in prenehanjem delovnega razmerja, je v nemški teoriji in sodni praksi uveljavljeno ustaljeno stališče, da se tovrstna sporna razmerja rešujejo po poti ugotovitvene tožbe. Generalno podlago za tovrstne tožbe predstavlja par. 256 ZPO, na katerem temelji tudi specialna ugotovitvena tožba par. 4 KSchG.

4 Tožba za varstvo zoper odpoved pogodbe o zaposlitvi

4.1 Posebna ugotovitvena tožba v nemškem pravu:

Kündigungsschutzklage

V nemški ureditvi je pravo varstva zoper odpoved pogodbe o zaposlitvi *lex specialis*. Tožba za varstvo zoper odpoved (*Kündigungsschutzklage*) je specifična ugotovitvena tožba, ki jo normira KSchG.⁶⁸ Njena posebnost se kaže v predmetu

⁶⁶ B. Bessenich, L. Bopp, v: T. Sutter-Somm, F. Hasenböhler, C. Leuenberger (ur.), 2013, Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), str. 736.

⁶⁷ M. Jacobs, 2005, Der Gegenstand des Feststellungsverfahrens, str. 71 in 72.

⁶⁸ Glej par. 4 KSchG.

spora, ker se z njo izpodbija učinkovitost določene odpovedi pogodbe o zaposlitvi, ki jo je delodajalec podal delavcu.⁶⁹ S tožbo za varstvo zoper odpoved v skladu s prvim odstavkom par. 4 KSchG delavec zahteva ugotovitev, da delovno razmerje na podlagi določene odpovedi v določenem trenutku ni prenehalo (punktuelle Feststellung). Gre za edinstveno posebnost nemškega prava, ker sama odpoved ni pravno razmerje, ki se ga lahko ugotovi v smislu par. 256 ZPO, temveč se ugotavlja le učinkovitost enega elementa, ki je v zvezi s pravnim razmerjem.⁷⁰ Nemška ureditev v delovnih sporih torej dopušča, da so predmet ugotovitvene tožbe tudi posamezni elementi pravnega razmerja ali tudi njegove posledice, hkrati pa predpostavlja, da taka ugotovitvena tožba vodi do končne razjasnitve pravnega zahtevka po enostavnejši poti in do vzpostavitve pravnega miru.⁷¹

Delavec se z ugotovitveno tožbo brani zoper prenehanje delovnega razmerja. Tako ima tožba za varstvo zoper odpoved značaj negativne ugotovitvene tožbe, ker delavec v skladu s par. 4 in 13 KSchG zahteva ugotovitev neučinkovitosti (Unwirksamkeit) določene odpovedi. Obvezna vsebina ugotovitvene tožbe po prvem odstavku par. 4 KSchG je ugotovitev, da delovno razmerje zaradi odpovedi pogodbe o zaposlitvi ni prenehalo oz. ni razvezano.⁷² Ob tem pa se (tudi brez posebne vloge) pozitivno ugotovi (nadaljnji) obstoj delovnega razmerja v trenutku prejema izpodbijane odpovedi.⁷³ Tako lahko govorimo delno o negativni in delno o pozitivni ugotovitveni tožbi.⁷⁴

Tožba za varstvo zoper odpoved po KSchG je namenjena izpodbijanju redne kot tudi izredne odpovedi pogodbe o zaposlitvi, prav tako izpodbijanju redne ali izredne odpovedi s ponudbo nove (Änderungskündigung). Pogoj za dopustnost tožbe za varstvo zoper odpoved je, da je moralo v trenutku podaje izpodbijane odpovedi med

⁶⁹ W. Hromadka, F. Maschmann, 2018, *Arbeitsrecht Band 1, Individualarbeitsrecht*, str. 519.

⁷⁰ V nemški teoriji se takšna posebna vrsta ugotovitvene tožbe imenuje »elementarna tožba« (Elementenklage) in je dovoljena zgolj v z zakonom predvidenih izjemnih primerih (npr. drugi odstavek par. 256 ZPO in par. 4 KSchG). Navedena sta primera tožbenega zahtevka za varstvo zoper odpoved pogodbe o zaposlitvi: »Es wird festgestellt, dass das Arbeitsverhältnis durch die Kündigung vom...nicht aufgelöst worden ist.« ali »Es wird festgestellt, dass die Kündigung vom ... rechtsunwirksam ist.« Prav tam, str. 518 in 519.

⁷¹ W. Zimmerling, v: N. Schwab, S. Weth (ur.), 2018, *Arbeitsgerichtsgesetz, Kommentar*, str. 539 in 542.

⁷² R. Linck, v: G. von Hoyningen-Huene, R. Linck, R. Krause, 2013, *Kündigungsschutzgesetz, Kommentar*, str. 519.

⁷³ Hromadka in Maschmann razlagata, da v primeru ugotovitve tožbenemu zahtevku za varstvo zoper odpoved v skladu s par. 4 KSchG sodišče s sodbo odloči, da delovno razmerje z odpovedjo ni bilo končano. S tem je tudi ugotovljeno, da je v trenutku vročitve odpovedi delavcu med strankama obstajalo delovno razmerje, ker je ta okoliščina predpogoj za ugotovitev, da se odpoved delovnega razmerja ni prekinila oz. končala. Glej W. Hromadka, F. Maschmann, 2018, *Arbeitsrecht Band 1, Individualarbeitsrecht*, str. 525.

⁷⁴ E. Wieser, 1994, *Arbeitsgerichtsverfahren*, str. 59 in 60.

strankama obstajati učinkovito delovno razmerje, kar pomeni, da ni smelo predhodno prenehati na nek drugačen način ali da je prenehalo zaradi poteka odpovednega roka.⁷⁵ Primarni cilj tožbe za varstvo zoper odpoved je »odprava« odpovedi delovnega razmerja, ki je predmet spora, praviloma pa so poleg ugotovitvenega zahtevka postavljeni še drugi zahtevki.⁷⁶

Tudi pri *lex specialis* normirani tožbi za varstvo zoper odpoved po par. 4 KSchG se zahteva utemeljitev pravnega interesa kot pri institutu splošne ugotovitvene tožbe po prvem odstavku par. 256 ZPO. Delavec izkazuje pravni interes za čimprejšnjo ugotovitev obstoja delovnega razmerja oz. (v primeru odpovedi) nadaljnega obstoja delovnega razmerja. Tudi v tem primeru se lahko pojavi pomislek o primernosti ugotovitvene tožbe glede na možnost delavca, da vloži dajatveno tožbo na plačilo plače, kjer bi bilo vprašanje nadaljnega obstoja delovnega razmerja enostavneje rešiti kot predhodno vprašanje v okviru take dajatvene tožbe. Takšna rešitev se v nemškem pravu zavrača z obrazložitvijo, da je dajatvena tožba dopustna le za primere, ko je že prišlo do kršitve pravice in posledično do nastanka materialnopravnega zahtevka, torej lahko zajema dajatvena tožba le že zapadle plače, ne pa tudi tiste, ki bodo zapadle v prihodnosti. Ta fundamentalna lastnost dajatvene tožbe bi delavca prisiljevala, da vsak mesec po zapadlosti posamezne mesečne plače vlaga nove dajatvene tožbe. Posledično je v nemški sodni praksi in teoriji sprejeto ustaljeno stališče, da zgolj dajatvena tožba na plačilo plače, nadomestila plače ali odpravnine v primeru procesov za varstvo zoper odpoved ne zadostuje in tudi ne omogoča izoginitve prekluziji po par. 7 KSchG.⁷⁷ Enako velja za dajatveno tožbo za nadaljnjo zaposlitev (*Weiterbeschäftigung*), kjer se v nemški teoriji dodatno argumentira, da odločitev z dajatveno sodbo o tem zahtevku ne predpostavlja nujno ugotovitve pomanjkanja socialne upravičenosti oz. nezakonitosti odpovedi pogodbe o zaposlitvi.⁷⁸ To pa je vsekakor primarni delavčev interes in predstavlja podlago

⁷⁵ W. Zimmerling, v: N. Schwab, S. Weth (ur.), 2018, *Arbeitsgerichtsgesetz, Kommentar*, str. 551; W. Hromadka, F. Maschmann, 2018, *Arbeitsrecht Band 1, Individualarbeitsrecht*, str. 520.

⁷⁶ BAG - 2 AZR 682/12 sodba z dne 26. 9. 2013; H. H. Haas, 2013, *Recht und Praxis der verhaltensbedingten Kündigung*, str. 209.

⁷⁷ W. Hromadka, F. Maschmann, 2018, *Arbeitsrecht Band 1, Individualarbeitsrecht*, str. 518; E. Wieser, 1994, *Arbeitsgerichtsverfahren*, str. 60; H.-W. Friedrich, v: F. Becker, P. Bader, G. Etzel, E. Fischermeier, H. W. Friedrich, I. Gallner et al., 2013, KR, *Gemeinschaftskommentar zum Kündigungsschutzgesetz und zu sonstigen kündigungsschutzrechtlichen Vorschriften*, str. 428.

⁷⁸ H. W. Friedrich, v: F. Becker, P. Bader, G. Etzel, E. Fischermeier, H. W. Friedrich, I. Gallner et al., 2013, KR, *Gemeinschaftskommentar zum Kündigungsschutzgesetz und zu sonstigen kündigungsschutzrechtlichen Vorschriften*, str. 428; R. Linck, v: G. von Hoyningen-Huene, R. Linck, R. Krause, 2013, *Kündigungsschutzgesetz, Kommentar*, str. 518.

tako za zahtevek za nadaljnjo zaposlitev kot tudi za vse reparacijske zahtevke (npr. plače, regres, morebitne odškodninske zahtevke v posledici nezakonite odpovedi, uveljavljanje zahtevkov iz socialne varnosti itd.).

Prav zaradi učinka prekluzije se v nemški ureditvi še posebej decidirano utemeljuje postulat ugotovitvenega interesa. Za izpodbijanje pisne odpovedi pogodbe o zaposlitvi je namreč v par. 4 KSchG predpisan tritedenski prekluzivni rok. V primeru, da delavec v tem prekluzivnem roku tožbe za varstvo zoper odpoved ne vložijo, se po par. 7 KSchG fingira učinkovitost odpovedi, neodvisno od njene vsebinske upravičenosti. Torej obstaja ugotovitveni interes že samo zaradi tega, ker ugotovitvena tožba prepreči fikcijo učinkovanja odpovedi,⁷⁹ saj predstavlja pravočasna vložitev ugotovitvene tožbe za varstvo zoper odpoved edini način za izognitev prekluziji. V primeru, da sodišče ugotovi zahtevku ugotovitvene tožbe, hkrati ugotovi nadaljnji obstoj delovnega razmerja v času zadnje ustne obravnave, s tem pa je utemeljen ugotovitveni interes in daljnosežni učinek ugotovitvene tožbe.⁸⁰

Smisel in namen časovne omejitve vložitve tožbe za varstvo zoper odpoved je doseči čimprejšnjo jasnost o nadaljevanju ali o prenehanju delovnega razmerja. Torej, delodajalec naj se v roku treh tednov seznanijo, ali bo sprožen postopek za varstvo zoper odpoved ali pa lahko nadomesti delavca na delovnem mestu brez pričakovanja, da bo morda moral na to delovno mesto vrniti delavca, ki izpodbija odpoved.⁸¹

Z vidika možnosti izvršbe *Zimmerling* izpostavlja, da je zaradi posebne dejanske situacije v delovnih razmerjih zgrešena razlaga, da bi morala biti tudi pri tožbi v zvezi z obstojem delovnega razmerja preverjena prednost dajatvene tožbe zaradi možnosti izvršbe.⁸² V primeru obstoječega delovnega razmerja je namreč od delavca neupravičeno zahtevati, da izbere dajatveno tožbo namesto ugotovitvene, ker izvršbo dajatvene sodbe po pravni praksi opravičuje vsaj postavitve vloge na razvezo

⁷⁹ G. Ring, S. Vogel, 2014, Individualarbeitsrecht, str. 200; W. Hromadka, F. Maschmann, 2018, Arbeitsrecht Band 1, Individualarbeitsrecht, str. 524 in 525.

⁸⁰ W. Hromadka, F. Maschmann, 2018, Arbeitsrecht Band 1, Individualarbeitsrecht, str. 520.

⁸¹ H. W. Friedrich, v: F. Becker, P. Bader, G. Etzel, E. Fischermeier, H. W. Friedrich, I. Gallner et al., 2013, KR, Gemeinschaftskommentar zum Kündigungsschutzgesetz und zu sonstigen kündigungsschutzrechtlichen Vorschriften, str. 422 in 423; R. Linck, v: G. von Hoyningen-Huene, R. Linck, R. Krause, 2013, Kündigungsschutzgesetz, Kommentar, str. 512.

⁸² W. Zimmerling, v: N. Schwab, S. Weth (ur.), 2018, Arbeitsgerichtsgesetz, Kommentar, str. 543.

delovnega razmerja po par. 9 in 10 KSchG,⁸³ kar posledično vodi do prenehanja delovnega razmerja.⁸⁴

V nemški teoriji se nadalje prepričljivo navajajo razlogi, zakaj tožba za varstvo zoper odpoved ne ustreza značilnostim oblikovalne tožbe.⁸⁵ Delovno sodišče z odločitvijo v sporu o odpovedi pogodbe o zaposlitvi namreč ne oblikuje ali preoblikuje pravnega razmerja s tem, da bi razvezalo delovno razmerje in ga potem ponovno vzpostavilo, temveč ugotovi učinkovanje ali neučinkovanje odpovedi, v primeru splošne ugotovitvene tožbe pa ugotovi obstoj ali neobstoj delovnega razmerja.⁸⁶ Odpoved pogodbe o zaposlitvi namreč ni že od začetka učinkovita in kasneje s sodnim oblikovanjem razveljavljena.⁸⁷

Nemška teorija in sodna praksa torej prepričljivo utemeljujeta, da sodišče pri odločanju o učinkovanju oz. neučinkovanju odpovedi pogodbe o zaposlitvi ne spreminja delovnega razmerja in ga tudi na novo ne ustanavlja. Tožba za varstvo zoper odpoved namreč cilja na ugotovitev, da določena odpoved ni povzročila prenehanja delovnega razmerja.⁸⁸ V primeru, da sodišče ugotovi neučinkovitost oz. nezakonitost določene odpovedi, hkrati (konkludentno) ugotovi nadaljnji obstoj že obstoječega (istega) delovnega razmerja med delavcem in delodajalcem, ki ga je odpoved nezakonito prekinila. Delavec namreč s tožbo za varstvo zoper odpoved ne želi spremembe ali preoblikovanja obstoječega pravnega stanja, temveč njegovo ohranitev.

⁸³ Par. 9 KSchG ureja prenehanje delovnega razmerja na podlagi sodbe sodišča, ki se lahko uporabi v primeru, ko ni mogoče pričakovati nadaljevanja delovnega razmerja med delavcem in delodajalcem. Sodišče o tem odloči na podlagi zahteve delavca ali delodajalca, ki mora biti vložena najkasneje do konca zadnje ustne obravnave na pritožbeni instanci. Delavec je upravičen do odpravnine (Abfindung) v skladu s par. 10 KSchG. Določbi sta primerljivi z ureditvijo prenehanja pogodbe o zaposlitvi na podlagi sodbe sodišča po 118. členu ZDR-1.

⁸⁴ W. Zimmerling, v: N. Schwab, S. Weth (ur.), 2018, Arbeitsgerichtsgesetz, Kommentar, str. 544 in 545.

⁸⁵ W. Zimmerling, v: N. Schwab, S. Weth (ur.), 2018, Arbeitsgerichtsgesetz, Kommentar, str. 547; H. W. Friedrich, v: F. Becker, P. Bader, G. Etzel, E. Fischermeier, H. W. Friedrich, I. Gallner et al., 2013, KR, Gemeinschaftskomentar zum Kündigungsschutzgesetz und zu sonstigen kündigungsschutzrechtlichen Vorschriften, str. 427.

⁸⁶ Drugače je v primeru, ko je postavljen predlog za prenehanje delovnega razmerja na podlagi sodbe sodišča po par. 9 KSchG. Tako W. Hromadka, F. Maschmann, 2018, Arbeitsrecht Band 1, Individualarbeitsrecht, str. 518.

⁸⁷ G. Ring, S. Vogel, 2014, Individualarbeitsrecht, str. 200.

⁸⁸ Prim. BAG - 2 AZR 67/18 sodba z dne 24. 5. 2018.

4.2 Sodno varstvo zoper odpoved pogodbe o zaposlitvi v slovenski ureditvi

Časovna omejitev uveljavljanja sodnega varstva v primerih prenehanja delovnega razmerja je predpisana tudi v slovenski delovnopravni ureditvi. Tretji odstavek 200. člena ZDR-1 predpisuje 30-dnevni rok za uveljavljanje sodnega varstva, ki začne teči od dneva vročitve odpovedi pogodbe o zaposlitvi oz. od dneva, ko je delavec zvedel za kršitev pravice. V teoriji in sodni praksi velja ustaljeno stališče, da gre za materialni prekluzivni rok, ki ima za posledico izgubo pravice do sodnega varstva zoper odpoved pogodbe o zaposlitvi.⁸⁹

Podlaga za rokovno omejitev uveljavljanja sodnega varstva zoper odpoved je podana tudi v Konvenciji MOD št. 158, ki v 8. členu določa, da ima delavec pravico do pritožbe zoper prenehanje delovnega razmerja pri nepristranskem organu, kot so sodišče, delovno sodišče ali neodvisna arbitraža. Šteje pa se, da delavec ne bo uveljavljal svoje pravice zoper prenehanje delovnega razmerja, če je ni uveljavil v določenem roku po prenehanju delovnega razmerja.⁹⁰

Tako kot v nemškem pravu ima torej tudi v našem pravu nepravočasno uveljavljanje sodnega varstva zoper odpoved delodajalca enak učinek, torej prekluzijo varstva zoper odpoved, ne glede na njeno vsebinsko upravičenost ali oblikovno pravilnost. Iz tega razloga lahko tudi v našem pravu veljajo isti argumenti za utemeljitev pravnega interesa za ugotovitveno tožbo kot v nemškem pravu.

Drugi bistveni procesni vidik uveljavljanja sodnega varstva zoper odpoved pogodbe o zaposlitvi je pravilno formuliran tožbeni zahtevek. Po zgledu nemške ureditve so za našo ureditev povsem sprejemljivi argumenti, da je za varstvo zoper odpoved pogodbe o zaposlitvi po obstoječi zakonski diktaciji tretjega odstavka 200. člena ZDR-1 predvidena ugotovitvena tožba, ki je zaradi svojih lastnosti in funkcije za doseganje želenih učinkov tudi najustreznejša. Sama diktacija zakonske določbe namreč kaže, da je imel zakonodajalec namen za varstvo zoper odpoved pogodbe o zaposlitvi določiti

⁸⁹ I. Robnik, v: I. Bečan, N. Belopavlovič, E. Korpič Horvat, B. Kresal, K. Kresal Šoltes, Š. Mežnar et al., 2019, Zakon o delovnih razmerjih (ZDR-1) s komentarjem, str. 1082; VDSS sklep Pdp 122/2021 z dne 27. 3. 2021, ECLI:SI:VDSS:2021:PDP.122.2021; VDSS sklep Pdp 38/2021 z dne 6. 2. 2021, ECLI:SI:VDSS:2021:PDP.38.2021; VDSS sklep Pdp 469/2020 z dne 7. 10. 2020, ECLI:SI:VDSS:2020:PDP.469.2020.

⁹⁰ I. Robnik, v: I. Bečan, N. Belopavlovič, E. Korpič Horvat, B. Kresal, K. Kresal Šoltes, Š. Mežnar et al., 2019, Zakon o delovnih razmerjih (ZDR-1) s komentarjem, str. 1081.

ugotovitveno tožbo in ne kakšne druge. Tretji odstavek 200. člena ZDR-1 namreč določa, da lahko delavec pred pristojnim delovnim sodiščem zahteva⁹¹ ugotovitev nezakonitosti odpovedi pogodbe o zaposlitvi, drugih načinov prenehanja veljavnosti pogodbe o zaposlitvi ali odločitev o disciplinski odgovornosti delavca v roku 30 dni od dneva vročitve oz. od dneva, ko je zvedel za kršitev pravice. Vsebinsko je navedena zakonska določba podobna določbi prvega odstavka par. 4 KSchG, ki določa, da če želi delavec uveljavljati, da je odpoved socialno neupravičena ali neučinkovita iz drugih razlogov, mora znotraj treh tednov po prejemu pisne odpovedi vložiti tožbo pri delovnem sodišču za ugotovitev, da delovno razmerje na podlagi odpovedi ni prenehalo.⁹² Bistveno je poudariti eksplicitnost zakonske diktije za formiranje pravilnega tožbenega zahtevka; ta kot vsebino tožbenega zahtevka za varstvo zoper odpoved jasno narekuje zahtevek za ugotovitev, da delovno razmerje zaradi odpovedi pogodbe o zaposlitvi ni prenehalo. Specialna ugotovitvena tožba po par. 4 KSchG je skladna z generalno ugotovitveno tožbo po ZPO. Opredeljena je v prvem odstavku par. 256 ZPO kot tožba za ugotovitev obstoja ali neobstoja pravnega razmerja, za priznanje listine ali ugotovitev njene neresničnosti, če ima tožnik pravni interes v tem, da se pravno razmerje ali resničnost ali neresničnost listine čim prej ugotovi s sodno odločbo. Podobno opredelitev ugotovitvene tožbe vsebuje prvi odstavek 181. člena ZPP, ki določa, da lahko tožeča stranka s tožbo zahteva, da sodišče le ugotovi obstoj oz. neobstoj kakšne pravice ali pravnega razmerja ali pa pristnost oz. nepristnost kakšne listine.⁹³ Po drugem odstavku 181. člena ZPP so dopustne ugotovitvene tožbe, če je tako določeno s posebnimi predpisi. Tožba za varstvo zoper odpoved pogodbe o zaposlitvi je dopustna na podlagi tretjega odstavka 200. člena ZDR-1.⁹⁴ Ustreznejša bi bila jasnejša diktija tretjega odstavka 200. člena ZDR-1 ali ureditev specialne ugotovitvene tožbe za varstvo zoper odpoved pogodbe o zaposlitvi v ZDSS-1 z določno opredelitvijo zahtevane vsebine tožbenega zahtevka po zgledu par. 4 KSchG.

⁹¹ Zakonska določba uporablja splošen izraz »zahteva«, ki pa jo je nedvomno treba razumeti v smislu uveljavljanja tožbenega zahtevka v roku 30 dni pred delovnim sodiščem, ker sicer izognitev prekluziji ni mogoča. Prav tako zakonska določba z besedo »ugotovitev« jasno kaže na ugotovitveno zahtevo, torej ugotovitveno tožbo.

⁹² Prvi stavek par. 4 KSchG se glasi: »Will ein Arbeitnehmer geltend machen, dass eine Kündigung sozial ungerechtfertigt oder aus anderen Gründen rechtsunwirksam ist, so muss er innerhalb von drei Wochen nach Zugang der schriftlichen Kündigung Klage beim Arbeitsgericht auf Feststellung erheben, dass das Arbeitsverhältnis durch die Kündigung nicht aufgelöst ist.«

⁹³ V primerjavi z diktijo prvega odstavka par. 256 nemškega ZPO pa v slovenski diktiji ni zahteve za čimprejšnjo ugotovitev. Ta zahteva se v nemški ureditvi povezuje z zahtevo procesne ekonomije in s tem zasleduje cilj hitre rešitve spornega razmerja.

⁹⁴ Prim. odklonilno ločeno mnenje z dne 8. 10. 2019 vrhovnega sodnika Puppisa v zadevi VIII Ips 163/2018, ECLI:SI:VSR:2019:VIII.IPS.163.2018, ki se mu pridružuje vrhovna sodnica Lubinič.

Kot utemeljujeta nemška teorija in sodna praksa, je dajatvena tožba, predvsem zaradi svoje fundamentalne namenskosti iztoževanja že zapadlih terjatev, nezadostna za uveljavljanje varstva zoper odpoved pogodbe o zaposlitvi. Cilj izpodbijanja odpovedi pogodbe o zaposlitvi je odprava odpovedi pogodbe o zaposlitvi. V mejah prekluzivnega roka za izpodbijanje odpovedi mnogi dajatveni zahtevki še niso zapadli, niti jih ni mogoče natančno časovno in zneskovno opredeliti.⁹⁵ Tako zgolj ugotovitvena tožba zadosti temeljnemu cilju procesa varstva zoper odpoved in nadaljnji dajatveni tožbeni zahtevki niti niso potrebni. S tem ko bi sodišča dajala prednost dajatvenim zahtevkom oz. izvršilnim naslovom, ne bi spodbujala k spoštovanju deklaratorne zaščite, ki lahko zadostuje za izpolnitev nadaljnjih dajatvenih zahtevkov v primerih predhodne ugotovitve nezakonite odpovedi pogodbe o zaposlitvi ali nezakonitega prenehanja delovnega razmerja.

5 Zaključek

Primerjalnopravni pregled temeljnih značilnosti ugotovitvene tožbe in njenih učinkov pokaže, da prav ta oblika tožbe zadosti temeljnemu cilju v sporih o varstvu zoper odpoved pogodbe o zaposlitvi. V nemški teoriji in sodni praksi velja ustaljeno stališče, da v primeru odpovedi pogodbe o zaposlitvi zgolj dajatvena tožba ne zadosti namenu procesov varstva zoper odpoved, prav tako ne zagotavlja izoginitve učinku prekluzije glede na predpisani rok za uveljavljanje sodnega varstva zoper odpoved pogodbe o zaposlitvi. Zaradi oblikovalnega učinka odpovedi in njenih posledic je s svojo preventivsko lastnostjo za varstvo zoper odpoved pogodbe o zaposlitvi najprimernejša na prekluzivni rok vezana ugotovitvena tožba, ki lahko zadosti tudi zahtevam procesne ekonomije in s tem prednostnemu reševanju delovnih sporov ter končno pravni varnosti.

Negotovost, ki jo sporoča sklep Vrhovnega sodišča RS VIII Ips 163/2018 z odklonilnim ločenim mnenjem, vsekakor zahteva podrobno analizo problematike in sprejetje decidirane stališča, ki bo nastalo negotovost odpravilo. Dobrodošel bi bil razmislek o spremembi zakonodaje v smislu jasnejše diktije tretjega odstavka 200. člena ZDR-1 ali ureditev specialne ugotovitvene tožbe za varstvo zoper odpoved

⁹⁵ *Zimmerling* navaja, da je Zvezno delovno sodišče izrecno postuliralo, da procesnoekonomski nagibi govorijo proti prisili z dajatveno tožbo v smislu, da naj se (težki) preračuni dajatev in podlage zanje strankama naložijo šele takrat, ko je razjasnjeno, ali delavcu uveljavljani zahtevki sploh gre (BAG – 3 AZR 415/96 sodba z dne 27. 1. 1998). W. Zimmerling, v: N. Schwab, S. Weth (ur.), 2018, *Arbeitsgerichtsgesetz, Kommentar*, str. 542 in 543.

pogodbe o zaposlitvi v ZDSS-1. Ob tem bi bilo po zgledu nemške ureditve koristno upoštevati poudarek na procesni ekonomiji, ki naj se uresničuje prav skozi ugotovitveno tožbo. To je skladno z naravo delovnih sporov v zvezi z obstojem in prenehanjem delovnega razmerja, ki zahtevajo hitro in prednostno reševanje.

Sodno reševanje delovnih sporov naj zagotavlja učinkovito varovanje in uresničitev pravic materialnega prava. V ta namen naj bodo oblikovana jasna in razumna postopkovna pravila, ki bodo čim popolnejši pripomoček strankam, njihovim pooblaščenecem in sodnikom pri reševanju sporov. Tako normativna ureditev kot izvajanje postopkov v praksi ne smeta nerazumno oteževati ali omejevati uveljavljanja sodnega varstva. Ob tem je pomembno zavedanje učinkov, ki jih kaže sodno reševanje delovnih sporov, ne samo v konkretnem sporu med delavcem in delodajalcem, temveč tudi v širših družbenih sferah, kjer se ustvarjajo medsebojni odnosi, pravna in nasploh družbena kultura.

Literatura

- Becker Friedrich, Bader Peter, Etzel Gerhard, Fischermeier Ernst, Friedrich Hans Wolf, Gallner Inken et al., KR, Gemeinschaftskomentar zum Kündigungsschutzgesetz und zu sonstigen kündigungsschutzrechtlichen Vorschriften (10. izdaja), Luchterhand Verlag, Köln 2013.
- Bečan Irena, Belopavlovič Nataša, Korpič Horvat Etelka, Kresal Barbara, Kresal Šoltes Katarina, Mežnar Špelca et al., 2019, Zakon o delovnih razmerjih (ZDR-1) s komentarjem (2. izdaja), Lexpera, GV Založba, Ljubljana 2019.
- Brus Marko, Pomen sodne prakse SES in nemškega delovnega prava za slovensko delovno pravo, Podjetje in delo, (2004), št. 6-7, str. 1280 – 1287.
- Busemann Andreas, Schäfer Horst, Kündigung und Kündigungsschutz im Arbeitsverhältnis (5.izdaja), Erich Schmidt Verlag, Berlin 2006.
- Fasching Hans W., Lehrbuch des österreichischen Zivilprozessrechts, (2. izdaja), Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, Dunaj 1990.
- Galič Aleš, Ugotovitvena tožba v pravnem postopku, magistrska naloga, Univerza v Ljubljani, Pravna fakulteta, Ljubljana 1995.
- Germelmann Claas-Hinrich, Matthes Hans-Christoph, Müller-Glöge Rudi, Prütting Hanns, Arbeitsgerichtsgesetz (4. izdaja), Verlag C.H. Beck, München 2002.
- Haas Herman Heinrich, Recht und Praxis der verhaltensbedingten Kündigung, Walter de Gruyter GmbH, Berlin 2013.
- Hromadka Wolfgang, Maschmann Frank, Arbeitsrecht Band 1, Individualarbeitsrecht (7. izdaja), Springer Verlag, Berlin Heidelberg 2018.
- Jacobs Matthias, Der Gegenstand des Feststellungsverfahrens, Rechtsverhältnis und rechtliche Interesse bei Feststellungsstreitigkeiten vor Zivil- und Arbeitsgerichten, Mohr Siebeck, Tübingen 2005.
- Klampfer Marta, Postopek pred delovnimi sodišči, Podjetje in delo, (2004), št. 6-7, str. 1257 – 1279.
- Hoyningen-Huene Gerrick, Linck Rüdiger, Krause Rüdiger, Kündigungsschutzgesetz, Kommentar (15. izdaja), Verlag C.H. Beck, München 2013.
- Reichold Hermann, Arbeitsrecht (6. izdaja), Verlag C. H. Beck, München 2019.

- Ring Gerhard, Vogel Steffen, Individualarbeitsrecht, UTB GmbH Verlag, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2014.
- Schoof Christian, Betriebsratpraxis von A bis Z, Das Lexikon für die betriebliche Interessenvertretung (10. izdaja), Bund-Verlag GmbH, Frankfurt am Main 2012.
- Schwab Norbert, Weth Stephan (ur.), Arbeitsgerichtsgesetz, Kommentar, 5. Auflage, Verlag Dr. Otto Schmidt KG, Köln 2018.
- Sutter-Somm Thomas, Hasenböhler Franz, Leuenberger Christoph (ur.), Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO) (2. izdaja), Schulthess Juristische Medien AG, Basel 2013.
- Šercer Miha, Scortegagna Kavčnik Nina, Odpoved pogodbe o zaposlitvi, Uradni list Republike Slovenije, Ljubljana 2017.
- Triva Siniša, Dika Mihajlo, Građansko parnično procesno pravo, 7. spremenjena in dopolnjena izdaja, Narodne novine d.d., Zagreb 2004.
- Ude Lojze, Betetto Nina, Galič Aleš, Rijavec, Vesna, Wedam-Lukić Dragica, Zobec Jan, Pravdni postopek, zakon s komentarjem, 2. knjiga, Uradni list Republike Slovenije: GV Založba, Ljubljana 2006.
- Wieser Eberhard, Arbeitsgerichtsverfahren, Eine systematische Darstellung aufgrund der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgericht, J.C.B., Mohr (Paul Siebeck), Tübingen 1994

SUMMARY

The specific legal regulation of employment termination is intended to protect employment relationships, which most often serve as the employee's subsistence basis and allow access to social security rights. The parties' autonomy in the field of termination law is limited to the extent that it protects employees from unlawful termination of employment while allowing employers to carry out the work process smoothly. Regulation in the field of substantive and procedural law must strike a balance between the employee's and the employer's positions, as well as the proportionality of interventions in both the employee's and the employer's interests.

The special significance and consequences of the termination of employment are also reflected in the field of regulation of judicial settlement of labour disputes. The most important procedural aspects of exercising termination protection are the timely exercise of judicial protection before the labour court and the appropriate type of action or claim content. As a result, understanding what the appropriate or correct claim must be, on which the court will be able to decide in the context of the desired right protection, is critical.

The dilemma of the most appropriate type of lawsuit in disputes over the termination of an employment contract was recently highlighted in Slovenian case law. The Supreme Court of the Republic of Slovenia held in its decision VIII Ips 163/2018 of 10. 9. 2019 that declaratory actions are not appropriate for exercising judicial protection against the termination of an employment contract because the termination is only a unilateral act of the employer and not a right or legal relationship. A timely tax claim for reintegration and reparation is sufficient to oppose termination of the employment contract. The aforementioned Supreme Court of the Republic of Slovenia decision interferes with the current practice of exercising judicial protection against employer dismissal and raises concerns about the adequacy and effectiveness of protection against termination of the employment contract.

A comparative legal review of the characteristics of a declaratory action in some foreign legal orders, with an emphasis on German law, which has the most common foundations with the Slovenian regulation in the field of termination law, provides answers to the dilemma. In German law, the specific characteristics of employment relationships, and thus labor disputes, are asserted through various combinations of fundamental types of actions that are otherwise typical of the general civil process.

Because of its characteristics and effects, the declaratory type of action is highlighted in the case of performance and in rem actions.

The general purpose of a declaratory action is to reach a binding solution to a dispute by establishing the existence of a right, duty, or legal relationship. The preventive effect of a declaratory judgment eliminates uncertainty and controversy, ensuring judicial protection of civil rights in cases where rights have already been violated and preventing future violations. The declaratory decision has a preliminary and definitive effect, but no effect on enforceability. The existence of a legal interest that must be protected is established by the *conditio sine qua non* of a declaratory action. The procedural-economic tendencies associated with the declaratory judgment's lack of enforceability give the declaratory action a secondary character in comparison to the performance action. However, the softening of subsidiarity and the specific priorities of the declaratory action demonstrate that it is the most appropriate type of action for resolving disputes concerning the existence, continuation, and termination of employment.

The main provisions on employment contract termination protection in German law are contained in the Protection against Termination Act (*Kündigungsschutzgesetz - KSchG*), which regulates a specific declaratory action for protection against termination (*Kündigungsschutzklage*). It is a *lex specialis*, according to the general declaratory action defined by Article 256 of the German Civil Code (*Zivilprozessordnung - ZPO*). It is a distinctive feature of German law because it prohibits the termination of an employment contract, which is not a legal relationship, but only establishes the effectiveness of one element of the legal relationship.

German theory and case law consistently and convincingly argue that a performance action is insufficient to protect against termination of an employment contract due to its fundamental purpose of recovering claims already due. The mere claim for reintegration and reparation claims for protection against dismissal do not allow for the avoidance of the three-week limitation period prescribed by KSchG Article 4. According to German theory, an action for protection against dismissal does not correspond to the characteristics of an in rem action. Specifically, in a labour dispute over the termination of an employment contract, the labour court does not change or re-establish the employment relationship.

The purpose of employment contract termination protection is to establish that a specific termination did not result in the termination of the employment relationship. The employee demonstrates a legal interest in such an action by requesting that the employment relationship be established as soon as possible. At the same time, the legal interest is justified by the effect of the limitation period, which, if missed, has the constitutive effect of terminating the employment contract, regardless of its substantive justification. As a result, the preconditions for a declaratory action, which provides the best protection against unlawful termination of an employment contract, are fully met.

The Employment Relationships Act contains the main provisions of termination law in Slovenian regulation (ZDR-1). Concerning the exercise of judicial protection against the termination of the employment contract, the provision of the third paragraph of Article 200 of ZDR-1 states that the employee may petition the competent labour court to establish the illegality of the termination of the employment contract, alternative methods of terminating the employment contract, or a decision on disciplinary liability within 30 days of the date of service or the day the employee learned of the violation. The provision is comparable to Article 4 of the KSchG in terms of the effects of the time limit on the exercise of protection against dismissal as well as the need for far-reaching effects, which can only be obtained through a declaratory action.

The effective protection and exercise of substantive rights must be ensured by judicial resolution of labour disputes. The responsibility of the legislator is to create an effective system of exercising rights, and this goal must be pursued through the interpretation of norms in case law. The dismissal of a

declaratory action in disputes over the protection against termination of an employment contract creates uncertainty while also posing a risk of reducing protection against unlawful termination. Because of the formative effect of dismissal and its consequences, a declaratory action tied to a preclusive period is the most appropriate for protection against termination of an employment contract, which can satisfy the requirements of legal certainty as well as priority and prompt resolution of such labour disputes.

KIBERNETSKA VARNOST IN PREKRŠKI S PODROČJA KIBERNETSKE VARNOSTI

ANDREJA PRIMEC,¹ BOJAN TIČAR^{2,3}

¹ Univerza v Mariboru, Ekonomsko-poslovna fakulteta, Maribor, Slovenija
andreja.primec@um.si

² Univerza v Mariboru, Fakulteta za varnostne vede Ljubljana
bojan.ticar@um.si

³ Univerza v Mariboru, Pravna fakulteta Maribor, Slovenija
bojan.ticar@um.si

Kibernetska varnost je presegla okvirje informatike in zajema že vsa področja družbenega življenja. Vendar poleg ugodnosti, ki jih prinaša digitalizacija, le-ta predstavlja tudi nevarnost zlorabe elektronskega informacijskega potenciala. V Sloveniji ima pravica do kibernetske varnosti ustavne pravne podlage, sama informacijska varnost kot ožji del kibernetske pa je urejena v uredbah in direktivah EU. Kibernetska varnost igra ključno vlogo v delujoči ureditvi varnega pretoka informacij, integriteti celotnega informacijskega sistema in v preprečevanju zlorab pri uporabi digitalnih informacij. Pravna ureditev kibernetske in informacijske varnosti pomeni zagotavljanje ustreznega normativnega okvira, ki pravno omogoča nemoteni pretok elektronskih informacij brez nepooblaščenega dostopa tretjih, kakor tudi varuje uporabnike pred zlorabo ali uničenjem le-teh. Kibernetska varnost vključuje zaupnost, integriteto in dostopnost informacij, pa naj bodo le-te v digitalni, tiskani obliki ali kakšni drugi obliki. Poleg tega prispevek predstavlja analizo pravne ureditve predpisovanja in sankcioniranja prekrškov na področju kibernetske oz. informacijske varnosti z vidika sodobne slovenske informacijske zakonodaje.

DOI
[https://doi.org/
10.18690/um.pf.1.2024.9](https://doi.org/10.18690/um.pf.1.2024.9)

ISBN
978-961-286-817-8

Ključne besede:
kibernetska varnost,
kibernetska ureditev,
informacijski prekrški,
sodobna informacijska
zakonodaja,
informacijski sistemi



Univerzitetna založba
Univerze v Mariboru

DOI
[https://doi.org/
10.18690/um.pf.1.2024.9](https://doi.org/10.18690/um.pf.1.2024.9)

ISBN
978-961-286-817-8

CYBER SECURITY AND MINOR OFFENSES IN CYBER SECURITY

ANDREJA PRIMEC,¹ BOJAN TIČAR^{2,3}

¹ University of Maribor, Economic-Business Faculty, Maribor, Slovenia
andreja.primec@um.si

² University of Maribor, Faculty for Criminal Justice and Security, Ljubljana, Slovenia
bojan.ticar@um.si

³ University of Maribor, Faculty of Law, Maribor, Slovenia
bojan.ticar@um.si

Keywords:
cyber security,
cyber regulation,
information offenses,
modern information
legislation,
information systems

Cybersecurity has expanded beyond IT to encompass all areas of social life. However, in addition to the benefits of digitisation, it also poses a risk of misusing the potential of electronic information. In Slovenia, the right to cybersecurity has a constitutional legal basis and the right to information security as a narrower partsubset of cybersecurity is regulated in the cybersecurity plays a crucial role in a functioning regime for the secure flow of information, the integrity of the entire of the information system and in preventing abuse in the use of digital information. The legal framework for cyber and information security entails ensuring an appropriate normative framework that legally enables the smooth flow of electronic information without unauthorised access by third parties and protects users against misuse or destruction. Cybersecurity includes the confidentiality, integrity and availability of data, whether digital, hard copy or otherwise. In addition, the contribution presents an analysis of the legal regulatory and sanctioning regime of offences in the cyber or information security field from the perspective of contemporary Slovenian information legislation.



1 Uvod

Zaradi nenehnega tehnološkega razvoja postajamo vedno bolj digitalno usmerjena družba. Odvisnost od digitalnih naprav, orodij in od njihove povezljivosti – mednarodnega spleta, se povečuje. Ker se gospodarsko in družbeno življenje vse bolj seli v digitalna okolja, posledično tudi kriminaliteta prerašča standardne okvire. Skrb za varnost družbe in gospodarstva pred kibernetskimi napadi postaja vedno večji izziv tudi za Evropsko unijo (EU).

Komisija EU je aktivno posegla v to dogajanje s Strategijo Varnostne unije EU za obdobje od leta 2020 do 2025.¹ V njej so navedeni glavni ukrepi in orodja za zagotavljanje evropske varnosti v fizičnem in digitalnem svetu. Ključna sestavina strategije varnostne unije je Strategija EU za kibernetsko varnost, ki naj bi EU zagotovila tehnološko suverenost in s tem odpornost celotne EU pred kibernetskimi grožnjami.

Kibernetska varnost je eden izmed ključnih dejavnikov za izgradnjo digitalne Evrope. Poleg varstva podatkov, temeljnih pravic in varnosti, predstavlja kibernetska varnost enega od štirih stebrov družbe, ki izkorišča moč podatkov. EU mora za svoj nadaljnji razvoj in ohranjanje položaja med svetovno najuspešnejšimi gospodarstvi izkoristiti priložnosti digitalne dobe za krepitev industrijskih in inovacijskih zmogljivosti ter hkrati zagotoviti varne in etične okvire za uporabo sodobnih tehnologij, ki omogočajo shranjevanje, obdelovanje in prenašanje ogromne množice podatkov.²

Med ukrepi, s katerimi bo uresničila zastavljene cilje, sodi tudi oblikovanje ustreznega regulativnega okvira. Najpomembnejši zakonodajni akt EU s področja kibernetske varnosti je Direktiva 2016/1148/ES Evropskega parlamenta in Sveta z dne 6. julija 2016 o ukrepih za visoko skupno raven varnosti omrežij in informacijskih sistemov v Uniji³ (NIS direktiva). Republika Slovenija (RS) je direktivo implementirala leta 2018 z Zakonom o informacijski varnosti⁴ (ZinfV). Kako hitro potekajo spremembe na področju kibernetske varnosti dokazuje tudi dejstvo, da je konec leta 2020 Komisija EU predlagala novo direktivo o ukrepih za

¹ Komisija a, 2020.

² Komisija b, 2020.

³ UL L 194, 19. 7. 2016.

⁴ Uradni list RS, št. 30/18, 95/21, 130/22 – ZEKom-2, 18/23 – ZDU-1O in 49/23.

visoko skupno raven kibernetске varnosti v EU, ki bo nadgradila obstoječa pravila in hkrati razveljavila prvotno direktivo.

V nadaljevanju predstavljamo evropski in slovenski zakonodajni okvir kibernetске varnosti ter njeno institucionalno ureditev v RS. Največ pozornosti namenjamo prekrškom s področja kibernetске varnosti, njihovi materialnopravni ureditvi ter organom, ki na tem področju izvajajo dolžno nadzorstvo in izrekajo sankcije. Posebej izpostavljam vprašanje odgovornosti za te prekrške. Medtem ko je določitev kazni (ki morajo biti učinkovite, sorazmerne in odvračilne) za kršitve nacionalnih določb, sprejetih na podlagi NIS direktive, v pristojnosti držav članic,⁵ nova Direktiva (EU) 2022/2555 Evropskega parlamenta in Sveta z dne z dne 14. decembra 2022 o ukrepih za visoko skupno raven kibernetске varnosti v Uniji, spremembi Uredbe (EU) št. 910/2014 in Direktive (EU) 2018/1972 ter razveljavitvi Direktive (EU) 2016/1148⁶ (NIS 2 direktiva) glede sankcioniranja kršitev prinaša pomembne spremembe. Po vzoru Uredbe (EU) 2016/679 Evropskega parlamenta in Sveta z dne 27. aprila 2016 o varstvu posameznikov pri obdelavi osebnih podatkov in o prostem pretoku takih podatkov ter o razveljavitvi Direktive 95/46/ES⁷ (Splošna uredba o varstvu podatkov, GDPR) predvideva za najhujše kršitve maksimalne kazni, ki so po višini enake kaznim za najhujše kršitve določb GDPR. Tudi to nakazuje, kako pomembno je (in bo) učinkovito izvajanje zahtev, postavljenih v evropski zakonodaji o kibernetски varnosti.

Pri pravni analizi ureditve kibernetских prekrškov je uvodoma potrebno imeti v mislih tudi ustavno ureditev pravice do varnosti. Sodobno pojmovanje osebne varnosti tako na eni strani zajema osebno varnost pred nasiljem ali škodo, na drugi strani pa dostop do osnovnih človekovih in družbenih dobrin, kamor sodi tudi splet. Med drugim pravica do varnosti vključuje zaščito pred osebnim in strukturnim nasiljem in kriminaliteto ter varstvo pred drugimi družbenimi in naravnimi pojavi, ki ogrožajo posameznikovo osebno varnost. Sodobno razumevanje pojma osebne varnosti je v širšem smislu tesno prepleteno tudi s pojmom trajnostnega človekovega razvoja.⁸

⁵ Določbe 21. člena NIS direktive.

⁶ UL L 338, 27. 12. 2022.

⁷ UL L 119, 4. 5. 2016.

⁸ B. Flander, B. Tičar, *The Right to Security - An Outline of the Legal Regulation at the State and Local Levels in Slovenia*, 2019, str. 422–438.

V skladu s 34. členom Ustave RS⁹ ima vsakdo pravico do varnosti. To ustavno določbo vsebinsko napolnjujeta ustavna teorija in ustavno sodna praksa. Ustavno sodišče RS je v odločbi iz leta 1997¹⁰ med drugim pojasnilo, da je pravica do osebne varnosti v prvi vrsti pravica negativnega statusa. Kot taka ta pravica državi, lokalnim skupnostim, drugim nosilcem javnih pooblastil in na splošno vsakomur nalaga dolžnost vzdržati se naklepnih nedopustnih posegov v integriteto in varnost posameznika, kamor sodi tudi kibernetska dejavnost posameznikov. Po ustavi je prepovedan vsakršen poseg v pravico do osebne varnosti, razen tistih, ki so izrecno dovoljeni.¹¹

Po drugi strani pa je pravica do varnosti tudi pravica pozitivnega statusa, na kar je Ustavno sodišče RS opozorilo v odločbi iz leta 2013.¹² Državi in lokalnim skupnostim je naložena dolžnost, da si aktivno prizadeva zagotavljati najvišjo mogočo razumno dosegljivo stopnjo varnosti prebivalcev.

V okviru te dolžnosti morajo vsi organi, tudi na področju kibernetske varnosti, s svojimi pristojnostmi vsem prebivalcem zagotoviti učinkovito pravno varstvo pred posegi v njihovo osebno varnost na spletu.¹³

V prispevku najprej opredelimo pojma kibernetska in informacijska varnost v drugem poglavju. Nadaljujemo s predstavitvijo zakonodajnega okvira kibernetske varnosti v EU in RS v tretjem in četrtem poglavju. Sledi materialno-pravna ureditev prekrškov s področja kibernetske varnosti v slovenski zakonodaji v petem poglavju. V šestem poglavju namenjamo posebno pozornost enemu izmed pomembnejših vprašanj na področju prekrškovnega prava, to je odgovornosti za prekrške. Svoje ugotovitve smo strnili v zadnjem, sedmem poglavju.

⁹ Uradni list RS, št. 33/91-I, 42/97 – UZS68, 66/00 – UZ80, 24/03 – UZ3a, 47, 68, 69/04 – UZ14, 69/04 – UZ43, 69/04 – UZ50, 68/06 – UZ121,140,143, 47/13 – UZ148, 47/13 – UZ90,97,99, 75/16 – UZ70a in 92/21 – UZ62a.

¹⁰ USRS odločba U-I-25/95 z dne 27. 11. 1997, ECLI:SI:USRS:1997:U.I.25.95.

¹¹ Prav tam.

¹² USRS odločba Up-1082/12 z dne 2. 4. 2013, ECLI:SI:USRS:1997:U.I.25.95.

¹³ Prav tam.

2 Opredelitev pojmov kibernetika in informacijska varnost

Na področju, ki ga proučujemo v prispevku, se srečujemo z dvema pojmom: kibernetike in informativne varnosti. Izraz kibernetika varnost se uporablja v strategiji za kibernetiko varnost EU in RS, medtem ko se izraz informacijska varnost pojavlja v naslovu temeljnega zakona s področja informacijske varnosti v RS.

S pomočjo jezikovne razlage lahko ugotovimo, da izraz »kibernetika« izvirata iz besede kibernetika, ki pomeni: »vedo, ki raziskuje podobnost med delovanjem strojev in živo naravo«,¹⁴ beseda »informativna« se nanaša na informacijo, le-ta pa v splošnem smislu označuje »kar se o določeni stvari pove, sporoči«, medtem ko izraz varnost označuje »stanje varnega«. ¹⁵ Že iz te razlage lahko razberemo, da je pojem kibernetike varnosti bistveno širši od pojma informacijske varnosti, saj se prvi nanaša dejansko na vse, kar povezuje stroje (računalnike) z živo naravo (človekom), medtem ko se drugi »omejuje« na informacije (podatke).

»Kibernetika« predpona (kiber) se pogosto uporablja tudi kot sinonim za kibernetiki prostor. Izraz kibernetiki prostor se danes pojmuje kot zlitje vseh komunikacijskih omrežij, podatkovnih baz in virov informacij v ogromno, zapleteno in raznoliko odejo elektronske izmenjave. Tako se ustvari »omrežni ekosistem«, kraj, ki ni del fizičnega temveč virtualnega sveta. Naloga kibernetike varnosti je, da kibernetiki prostor ohranja varen in ga štiti pred kibernetiki grožnjami.¹⁶

Kibernetika varnost je po splošni definiciji:

- skupek aktivnosti in drugih ukrepov, tehničnih in netehničnih, katerih namen je zaščititi računalnike, računalniška omrežja, strojno in programsko opremo ter informacije, ki jih le-ta vsebuje in obravnava, kar vključuje programsko opremo in podatke kot tudi druge elemente kibernetike prostora pred vsemi grožnjami, vključno z grožnjami nacionalni varnosti;
- stopnja zaščite, ki jo aktivnosti in ukrepi lahko zagotovijo;

¹⁴ Prim. z J. Dokl, Kibernetika varnost omrežij, 2012, str. 35 in 36.

¹⁵ SSKJ, 2014.

¹⁶ M. Dunn, Comparative Analysis of Cybersecurity Initiatives Worldwide, ITU, WSIS Thematic Meeting on Cybersecurity, 2005, str. 3.

- združena področja profesionalnih naporov, vključno z raziskavami in razvojem na področju implementiranja in izboljševanja ukrepov ter dvigovanja kakovosti le-teh.¹⁷

Informacijska varnost pomeni varstvo podatkov in informacijskih sistemov pred nezakonitim dostopom, uporabo, razkritjem, ločitvijo, spremembo ali uničenjem. Informacijska varnost šteje kot zaupnost, neokrnjenost in razpoložljivost podatkov ne glede na njihovo obliko: elektronsko, tiskano ali katero drugo. Informacijska varnost se nanaša na vse vidike varovanja informacij. Zaupnost vključuje zaščito informacij pred razkritjem nepooblaščenim osebam, neokrnjenost ali integriteta pomeni zaščito informacij v tem smislu, da jih nepooblaščenice osebe ne morejo spreminjati, medtem ko razpoložljivost omogoča, da so informacije na voljo pooblaščenim strankam, kadar jih le-te zahtevajo.¹⁸

Tudi iz primerjave obeh definicij je razvidno, da je kibernetska varnost širši pojem od informacijske varnosti ali varnosti podatkov, kljub temu pa je z obema tesno povezana, saj je varnost informacij v ospredju tudi pri kibernetski varnosti.

Ker iz definicije kibernetske varnosti jasno izhaja njen namen zaščititi računalnike, računalniška omrežja, strojno in programsko opremo, informacije, itd. pred kibernetskimi grožnjami, kar je med drugim tudi namen slovenskega ZInfV, lahko zaključimo, da ZInfV kljub svojemu imenu ne posega le na področje informacijske varnosti, temveč obravnava širšo problematiko kibernetske varnosti.

3 Zakonodajni okvir kibernetske varnosti v EU

3.1 Splošno

Konec leta 2020 sta Komisija EU in Visoki predstavnik EU za zunanje zadeve predstavila strategijo EU za kibernetsko varnost. Njen namen je zagotoviti globalni in odprt internet z močnimi zaščitnimi ukrepi, kjer obstajajo tveganja za varnost in temeljne pravice ljudi v Evropi. Uresničevanje strategije bo potekalo z uporabo treh glavnih instrumentov: regulativnimi, naložbenimi in političnimi pobudami.¹⁹

¹⁷ Prav tam, str. 4.

¹⁸ Dostopno na: <https://www.gov.si/teme/informacijska-varnost> (30. 10. 2023).

¹⁹ Dostopno na: <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/policies/cybersecurity-policies> (30. 10. 2023).

Med pomembnejše regulativne ukrepe sodita dva zakonodajna predloga Komisije EU:

- Predlog Direktive Evropskega parlamenta in Sveta o ukrepih za visoko skupno raven kibernetске varnosti v Uniji in razveljavitvi Direktive (EU) 2016/1148 (NIS 2 direktiva) in
- Predlog Direktive Evropskega parlamenta in Sveta o odpornosti kritičnih subjektov in razveljavitvi Direktive Sveta 2008/114 (angl.: Critical Entities Resilience; CER direktiva).

Obe predlagani direktivi sta bili sprejeti konec leta 2022.²⁰ Skladno z njunimi zahtevami morajo članice sprejeti in objaviti ukrepe za uskladitev z NIS 2 in CER direktivo do 17. oktobra 2024. V RS bo to pomenilo predvsem spremembo ZInfV in Zakona o kritični infrastrukturi²¹ (ZKI).

Medtem ko je NIS 2 direktiva namenjena »digitalni« varnosti, se CER direktiva ukvarja predvsem z vprašanji »fizične« varnosti (notranje grožnje, pandemije, velike prometne in industrijske nesreče, terorizem itd.). Vključuje tudi digitalna tveganja, posebno nevarnost pa predstavljajo hibridne grožnje, ki bodo za kritične subjekte poseben izziv.²² Dejstvo, da uporaba novih tehnologij (5G, brezpilotna letala ipd.) prinaša dodatna tveganja, povečuje soodvisnost držav članic in zahteva njihovo usklajeno ravnanje, za kar je potreben enoten zakonodajni okvir. Komisija EU je pri pripravi predlogov direktiv sledila tej zahtevi ter ju vsebinsko uskladila. Tako direktivi pooblašča pristojne organe za sprejem dopolnilnih ukrepov in izmenjavo informacij o kibernetски in nekibernetски odpornosti »kritičnih« oz. »bistvenih« subjektov. Poleg tega se z NIS 2 direktivo v celoti zagotavlja tudi fizična varnost omrežij in informacijskih sistemov subjektov v sektorju digitalne infrastrukture kot del obveznosti teh subjektov (obvladovanje tveganj in poročanje o kibernetске varnosti). Podobne zahteve veljajo tudi za subjekte iz sektorjev bančništva, infrastrukture finančnih trgov in digitalne infrastrukture. Zaradi tega je bilo treba

²⁰ Direktiva (EU) 2022/2555 Evropskega parlamenta in Sveta z dne 14. decembra 2022 o ukrepih za visoko skupno raven kibernetске varnosti v Uniji, spremembi Uredbe (EU) št. 910/2014 in Direktive (EU) 2018/1972 ter razveljavitvi Direktive (EU) 2016/1148 (UL L 338, 27. 12. 2022; NIS 2 direktiva) in Direktiva (EU) 2022/2557 Evropskega parlamenta in Sveta z dne 14. decembra 2022 o odpornosti kritičnih subjektov in razveljavitvi Direktive Sveta 2008/114 (UL L 333, 27. 12. 2022; CER direktiva).

²¹ Uradni list RS, št. 75/17 in 189/21 – ZDU-1M.

²² C. Pursiainen, E. Kytömaa, From European Critical Infrastructure Protection to the Resilience of European Critical Entities: What Does It Mean?, 2022, str. 97.

bistvene subjekte iz teh sektorjev opredeliti kot enakovredne kritičnim subjektom v CER direktivi, pri čemer jim slednja ne nalaga dodatnih obveznosti.

Pomemben pravni akt EU na področju kibernetske varnosti je Akt EU o kibernetski varnosti, natančneje Uredba (EU) 2019/881 Evropskega parlamenta in Sveta z dne 17. aprila 2019 o Agenciji Evropske unije za kibernetsko varnost (ENISA) in o certificiranju informacijske in komunikacijske tehnologije na področju kibernetske varnosti ter razveljavitvi Uredbe (EU) št. 526/2013²³ (Akt EU o kibernetski varnosti). Ta akt zagotavlja ENISI, Agenciji Evropske unije za kibernetsko varnost, trajni mandat in krepi njeno vlogo. Vzpostavlja tudi okvir EU za certificiranje kibernetske varnosti, s čimer se krepi kibernetska varnost digitalnih izdelkov in storitev v Evropi. Kar zadeva vsebino in področje uporabe, je Akt EU o kibernetski varnosti uveden z namenom zagotavljanja pravilnega delovanja notranjega trga ob hkratnem doseganju visoke ravni kibernetske varnosti, kibernetske odpornosti in zaupanja v EU.²⁴

Skupina italijanskih raziskovalcev je izvedla študijo različnih pravnih virov EU na področju kibernetske varnosti, na podlagi katere je opredelila tri glavne elemente regulativnega pristopa EU:

- ravnotežje med določbami, ki temeljijo na načelih in tehničnimi pravili,
- različne tehnološke rešitve, ki jih zakonodaja obravnava kot ključne za doseganje ciljev EU na področju varstva in varnosti podatkov, in
- združevanje celotnega pravnega okvira okoli petih temeljnih elementov (ocena tveganja, pristop ob zasnovi, obveznosti poročanja, odpornost in sheme certificiranja).²⁵

3.2 Direktivi NIS in NIS 2

NIS 2 direktiva temelji na NIS direktivi in jo razveljavlja. Namen NIS direktive je bil v zagotovitvi visoke skupne ravni varnosti omrežij in informacij z izboljšanjem varnosti interneta ter zasebnih omrežij in informacijskih sistemov, ki podpirajo

²³ UL L 151, 7. 6. 2019.

²⁴ V. Papakonstantinou, *Cybersecurity as Praxis and as a State: The EU Law Path Towards Acknowledgement of a New Right to Cybersecurity?*, 2022, str. 9, ki pri tem citira prvi odstavek 1. člena Akta EU o kibernetski varnosti.

²⁵ A. Mantelaro, G. Vaciago, M. S. Esposito, N. Monte, *The Common EU Approach to Personal Data and Cybersecurity Regulation*, 2020, str. 328.

delovanje družbe in gospodarstva.²⁶ V skladu z zahtevami NIS direktive so bili v državah članicah ustanovljeni organi, pristojni za kibernetško varnost ter centri za odzivanje na računalniške grožnje. Članice so sprejele nacionalne strategije in načrte sodelovanja na področju kibernetške varnosti. Državni organi in podjetja v nekaterih kritičnih sektorjih so morali izdelati ocene tveganj, s katerimi se soočajo, ter sprejeti ustrezne in sorazmerne ukrepe za zagotovitev kibernetške varnosti. Tem subjektom je bilo tudi naloženo, da pristojnim organom poročajo o vseh incidentih, ki resno ogrožajo njihova omrežja in informacijske sisteme ter znatno vplivajo na neprekinjenost kritičnih storitev in dobavo blaga.

Ker se s tehnološkim razvojem povečuje odvisnost delovanja notranjega trga od zanesljivega izvajanja kritične infrastrukture in ker je število kibernetških napadov, še zlasti med koronavirusno krizo, močno naraslo, je bilo potrebno obstoječa pravila NIS direktive nadgraditi.

Izmed sprememb, ki jih prinaša NIS 2 direktiva, poleg splošnih sprememb (kot je npr. širjenje uporabe direktive na dodatne sektorje, razlikovanje med skupinami zavezancev, ki so dolžni spoštovati določbe direktive), skladno z vsebino poglavja, izpostavljamo spremembe v zvezi z usklajevanjem sistemov sankcioniranja v državah članicah.

NIS 2 direktiva širi področje uporabe NIS direktive na dodatne sektorje, ki so bili izbrani glede na njihov pomen za gospodarstvo in družbo. Priloga I tako določa poleg dosedanjih sedmih (elektrika, promet, bančništvo, infrastruktura finančnega trga, zdravstveni sektor, oskrba s pitno vodo in njena distribucija, digitalna infrastruktura) štiri nove sektorje: odpadna voda, upravljanje storitev IKT med podjetji, javna uprava in vesolje. V Prilogi II so na novo določeni sektorji: poštni in kurirske storitve, ravnanje z odpadki, izdelava, proizvodnja in distribucija kemikalij, pridelava, predelava in distribucija živil, proizvodnja (medicinskih pripomočkov in vitro diagnostičnih medicinskih pripomočkov, računalnikov in elektronskih ter optičnih izdelkov, električnih naprav, strojne opreme, motornih in drugih vozil ter prikolic in polprikolic plovil) in digitalni ponudniki (spletne tržnice, spletni iskalniki in platforme za storitve družbenega mreženja ter raziskave.²⁷

²⁶ Komisija, 2013, str. 2.

²⁷ Priloga I (visoko kritični sektorji) in priloga II (drugi kritični sektorji) NIS 2 direktive.

Nadalje NIS 2 direktiva odpravlja razlikovanje med izvajalci bistvenih storitev in ponudniki digitalnih storitev. To razlikovanje ni odražalo dejanskega pomena sektorjev ali storitev za družbene in gospodarske dejavnosti na notranjem trgu. Po novem so subjekti razvrščeni v skupino bistvenih subjektov, če izvajajo dejavnost na področju sektorjev iz Priloge I ali v skupino pomembnih subjektov, če izvajajo storitve na področjih iz Priloge II (gl. prejšnji odstavek). Za obe skupini subjektov veljajo enake zahteve glede obvladovanja tveganj in obveznosti poročanja, različno pa je urejen sistem nadzora in sankcioniranja. Prilogi poleg sektorjev in podsektorjev določata tudi »bistvene« (Priloga I) in »pomembne« (Priloga II) subjekte. Tako npr. Priloga I za sektor odpadnih vod kot bistvene subjekte določa podjetja, ki zbirajo, odvajajo ali čistijo komunalno odpadno vodo, odpadno vodo iz gospodinjstev in tehnološko odpadno vodo iz točk 1 do 3 2. člena Direktive Sveta 91/271/EGS z dne 21. maja 1991 o čiščenju komunalne odpadne vode.²⁸

NIS 2 direktiva uvaja enotno merilo za podjetja, ki spadajo na področje uporabe direktive. To bi naj bila v bodoče vsa srednja in velika podjetja, kot so opredeljena v Priporočilu Komisije 2003/361/ES z dne 6. maja 2003 o opredelitvi mikro, majhnih in srednje velikih podjetij,²⁹ ki delujejo v sektorjih, vključenih v področje uporabe direktive, ali opravljajo storitve, zajete s to direktivo. Mikro in mala podjetja so izključena iz uporabe direktive, razen izjem (podjetja, ki imajo ključno vlogo za gospodarstvo ali družbo držav članic ali za določene sektorje ali vrste storitev).³⁰

Od držav članic NIS 2 direktiva zahteva, da bistvenim in pomembnim subjektom naložijo upravne globe za kršitve njenih določb. Hkrati določa nekatere najvišje globe za najhujše kršitve (najmanj 10 000 000 EUR ali 2 odstotka skupnega svetovnega letnega prometa podjetja, ki mu pripada bistveni subjekt, v preteklem proračunskem letu; upošteva se višji znesek).³¹ Višina upravne globe iz NIS 2 direktive, kot tudi pogoji za njen izrek, so enaki globi za najhujše kršitve varstva osebnih podatkov, določene z GDPR.³² Poleg denarnih kazni NIS 2 direktiva uvaja tudi druge sankcije, kot je začasni preključ certifikata ali dovoljenja za del storitev ali vse storitve, ki jih opravlja bistveni subjekt, in začasno prepoved opravljanja vodstvenih funkcij za fizično osebo, ki pa se lahko uporabijo le kot skrajni ukrep

²⁸ UL L 135, 30. 5. 1991.

²⁹ UL L 124, 20. 5. 2003.

³⁰ Podrobneje gl. drugi, tretji in četrti odstavek 2. člena NIS 2 direktive.

³¹ Določbe četrtega odstavka 34. člena NIS 2 direktive.

³² Prim. s četrtrim odstavkom 83. člena GDPR.

(*ultima ratio*), ko so bili uporabljeni vsi drugi »nadzorni« ukrepi, in le dokler subjekti ne sprejmejo potrebnih ukrepov za odpravo pomanjkljivosti ali izpolnitev zahtev pristojnega organa, zaradi katerih so bile takšne sankcije naložene.³³

Kadar se upravne globe naložijo podjetjem, bi se podjetje v te namene moralo razumeti kot podjetje v skladu s 101 in 102. členom Pogodbe o delovanju EU³⁴ (PDEU). Kadar se upravne globe naložijo osebam, ki niso podjetje, bi moral nadzorni organ pri določanju ustreznega zneska globe upoštevati splošno raven dohodka v državi članici in ekonomski položaj osebe. Države članice bi morale določiti, ali bi se morale upravne globe uporabljati tudi za javne organe in v kakšnem obsegu. Naložitev upravne globe ne vpliva na uporabo drugih pooblastil pristojnih organov ali drugih sankcij, določenih v nacionalnih pravilih, s katerimi je prenesena NIS 2 direktiva, pri čemer bi bilo potrebno spoštovati načelo *ne bis in idem*.³⁵

3.3 Predlog CER direktive

CER direktiva bo nadomestila predhodno Direktivo Sveta (ES) št. 114/2008 z dne 8. decembra 2008 o ugotavljanju in določanju evropske kritične infrastrukture ter o oceni potrebe za izboljšanje njene zaščite.³⁶ Trenutno veljavna direktiva se uporablja le za energetske in prometni sektor. Osredotoča se zgolj na zaščitne ukrepe t. i. evropskih subjektov kritične infrastrukture ter določa postopek za njihovo opredeljevanje.

Splošni cilj CER direktive je zagotoviti neprekinjeno zagotavljanje bistvenih storitev na notranjem trgu s krepitvijo odpornosti kritičnih subjektov. Po določbah nove direktive se področje uporabe iz prvotnih dveh sektorjev širi na deset sektorjev (na energetiko, promet, bančništvo, infrastrukturo finančnega trga, zdravje, pitno vodo, odpadno vodo, digitalno infrastrukturo, javno upravo in vesolje), ki so skladni s sektorji iz NIS 2 direktive. Direktiva opredeljuje postopek, po katerem države članice opredelijo kritične subjekte z uporabo skupnih meril na podlagi nacionalne ocene tveganja. CER direktiva določa obveznosti za države članice in kritične subjekte, ki jih te opredelijo, vključno s tistimi, ki so posebnega evropskega pomena, tj. kritičnimi subjekti, ki zagotavljajo bistvene storitve več kot šestim ali več državam članicam ali

³³ Podrobneje 32. člen NIS 2 direktive.

³⁴ UL C 326, 26. 10. 2012.

³⁵ NIS 2 direktiva, tč. 130.

³⁶ UL L 345, 23. 12. 2008.

v šestih ali več državah članicah, ki so izpostavljeni posebnemu nadzoru Komisije EU.³⁷ Komisija EU v ta namen organizira svetovalno misijo za oceno ukrepov, ki jih je kritični subjekt sprejel za izpolnjevanje svojih obveznosti v skladu z direktivo, bodisi na zahtevo države članice, ki je ta kritični subjekt prijavila, bodisi na zahtevo ene ali več držav članic, v katerih kritični subjekt izvaja bistveno storitev ali na lastno zahtevo.³⁸

4 Pravna ureditev kibernetske varnosti v RS

4.1 Institucionalna ureditev

Posebni državni organ na področju informacijske varnosti je Urad Vlade RS za informacijsko varnost (v URSIV),³⁹ ki deluje kot samostojna vladna služba. URSIV deluje kot osrednji koordinacijski organ na strateški ravni nacionalnega sistema zagotavljanja informacijske varnosti, obenem pa je tudi enotna kontaktna točka države pri mednarodnem sodelovanju na tem področju. Sestavni del omenjene službe je tudi skupina za obravnavo incidentov s področja varnosti elektronskih omrežij in informacij organov državne uprave (CSIRT organov državne uprave),⁴⁰ ki obravnava incidente informacijske varnosti v državni upravi in se nanje odziva.

URSIV je v Sloveniji glavni pristojni nacionalni organ za informacijsko varnost. Njegovo osnovno poslanstvo je dvig odpornosti na kibernetske grožnje, ki lahko ogrozijo posameznike, podjetja, državne organe in družbo v celoti. URSIV v ta namen povezuje deležnike v nacionalnem sistemu informacijske varnosti in na strateški ravni koordinira operativne zmogljivosti v sistemu. Posebno pozornost posveča zavezancem po ZInfV iz skupine izvajalcev bistvenih storitev na področjih energije, digitalne infrastrukture, oskrbe s pitno vodo in njene distribucije, zdravstva, prometa, bančništva, infrastrukture finančnega trga, preskrbe s hrano in varstva okolja, iz skupine ponudnikov digitalnih storitev in iz skupine organov državne uprave. Poleg tega URSIV izvaja naloge enotne kontaktne točke za zagotavljanje čezmejnega sodelovanja z ustreznimi organi drugih držav članic EU in z evropsko

³⁷ Določbe 17. člena CER direktive.

³⁸ Podrobneje gl. 18. člen CER direktive.

³⁹ Dostopno na: <https://www.gov.si/drzavni-organi/vladne-sluzbe/urad-vlade-za-informacijsko-varnost/o-uradu/> (1. 10. 2023).

⁴⁰ Predlog Zakona o spremembah in dopolnitvah Zakona o informacijski varnosti (ZinfV-A), dostopen na: <https://imss.dz-rs.si/IMiS/ImisAdmin.nsf/ImisnetAgent?OpenAgent&2&DZ-MSS-01/156842f84cdd96263e4dcb82fa49756484939dd99d0297546daec874200edd17> (3. 10. 2023), str. 4.

mrežo skupin CSIRT ter druge naloge mednarodnega sodelovanja. Z lastno inšpekcijsko službo izvaja nadzor nad izvajanjem ZInfV.

URSIV je z obveščanjem vlade in Sveta za nacionalno varnost (SNAV) o stanju povečane ogroženosti zaradi verjetnosti realizacije kritičnega incidenta ali kibernetkega napada umeščen v sistem nacionalne varnosti.

Na operativni ravni deluje SI-CERT kot nacionalni odzivni center za kibernetko varnost pri javnem zavodu Akademska in raziskovalna mreža Slovenije (ARNES), ki je pristojen tudi za prigrasitev varnostnih incidentov. Prijave le-teh morajo obvezno sporočiti vsi, ki so po sklepu Vlade RS določeni kot izvajalci bistvenih storitev ali ponudniki digitalnih storitev ali operaterji elektronskih komunikacij po Zakonu o elektronskih komunikacijah⁴¹ (ZEKom-2). Vsi ostali (pravne in fizične osebe, javne ustanove) varnostne incidente prijavljajo prostovoljno.

Pomembno vlogo imajo še Uprava RS za zaščito in reševanje s sistemom varstva za zaščito pred naravnimi in drugimi nesrečami (organ v sestavi Ministrstva za obrambo RS), Slovenska obveščevalna agencija na področju protiobveščevalnega delovanja (služba Vlade RS pod neposredno pristojnostjo predsednika Vlade), Policija (organ v sestavi Ministrstva za notranje zadeve) oz. njen Urad za informatiko in telekomunikacije, Uprava kriminalistične policije - predvsem Center za računalniško preiskovanje z zmogljivostmi za zatiranje kibernetkega kriminala.⁴²

4.2 Zakonodajni okvir

Temeljni pravni vir na področju kibernetke varnosti v RS je ZInfV. Poleg celovite ureditve področja informacijske varnosti in zagotovitve visoke stopnje varnosti omrežij in informacijskih sistemov v RS je namen zakona tudi v določitvi varnostnih zahtev in obveznosti prigrasitve incidentov zavezancev. Zakon o državni upravi⁴³ (ZDU-1) določa, da naloge na področjih informacijske družbe, elektronskih komunikacij, informatizacije državne uprave, upravljanja informacijsko-komunikacijskih sistemov in zagotavljanja elektronskih storitev javne uprave,

⁴¹ Obveznost prigrasitve smiselno velja tudi za izvajalce posebnih obdelav osebnih podatkov, v skladu s 23. členom Zakona o varstvu osebnih podatkov (Zvop-2, Uradni list RS, št. 163/22 (dostopno na: <https://www.cert.si/prijava-incidenta/> (1. 10. 2023))).

⁴² Vlada RS, 2016, str. 1.

⁴³ Uradni list RS, št. 113/05 – uradno prečiščeno besedilo, 89/07 – odl. US, 126/07 – ZUP-E, 48/09, 8/10 – ZUP-G, 8/12 – ZVRS-F, 21/12, 47/13, 12/14, 90/14, 51/16, 36/21, 82/21, 189/21, 153/22 in 18/23.

zagotavljanja delovanja državnega portala eUprava, varnih predalov ter centralne storitve za spletno prijavo in elektronski podpis opravlja Ministrstvo za digitalno preobrazbo.⁴⁴

Poleg ZInfV na področje kibernetske varnosti v RS posega tudi ZEKom-2. Sprejet je bil septembra 2022 in je nadomestil predhodnika ZEKom-1. Glavnina sprememb, ki jih je ZEKom-2 uvedel na področju informacijske varnosti, natančneje v VIII. poglavju (Varnost omrežij in storitev ter delovanje v stanjih ogroženosti), je posledica sprememb regulativnega okvira ter implementacije ukrepov, namenjenih varni uvedbi tehnologije 5G v EU. Za operaterje se krepijo zahteve in pogoji glede varnosti omrežij in storitev v luči varnostnih tveganj, ki jih prinaša tehnologija 5G, še posebej za operaterje mobilnih komunikacijskih omrežij, ki zagotavljajo ta omrežja določenim subjektom, ki z vidika države in družbe zagotavljajo t. i. kritične storitve.⁴⁵

4.3 Nadzor

Prekrškovni organ je tisti organ, ki po zakonu, ki določa prekrške, izvaja nadzorstvo nad izvajanjem posameznega predpisa.⁴⁶ ZInfV določa, da nadzor nad izvajanjem njegovih določb kot tudi določb predpisov, sprejetih na njegovi podlagi in nad izvajanjem upravnih odločb, ki jih izda pristojni nacionalni organ v okviru določil četrtega odstavka 21. člena in četrtega odstavka 22. člena, opravljajo inšpektorji za informacijsko varnost pristojnega nacionalnega organa.⁴⁷

V skladu s citirano zakonsko določbo je pri Upravi RS za informacijsko varnost organizirana posebna enota Inšpekcija za informacijsko družbo. Inšpektorji so osebe s posebnimi pooblastili in odgovornostmi. Pri izvajanju nadzora so dolžni upoštevati določila Zakona o inšpekcijskem nadzoru⁴⁸ (ZIN) in določila področne zakonodaje. Pri izrekanju ukrepov na področju informacijske varnosti tako lahko izrekajo tudi ukrepe, predvidene v ZInfV. Delo inšpektorjev kot prekrškovnih organov se bo tako v praksi začelo pri izvajanju njihove nadzorstvene funkcije ob morebitni ugotovitvi kršitve, ki jo ZInfV opredeljuje kot prekršek. Če inšpektor za

⁴⁴ Določbe 28. a člena ZDU-1.

⁴⁵ Predlog Zakona o elektronskih komunikacijah (ZEKom-2), dostopen na: <https://e-uprava.gov.si/drzava-in-druzba/e-demokracija/predlogi-predpisov/predlog-predpisa.html?id=10097> (3. 10. 2023), str. 17.

⁴⁶ P. Čas, N. Orel, v: Zakon o prekrških (ZP-1) s komentarjem, 2018, str. 231.

⁴⁷ Določbe prvega odstavka 31. člena ZInfV.

⁴⁸ Uradni list RS, št. 43/07 – uradno prečiščeno besedilo in 40/14.

informacijsko varnost pri svojem delu ugotovi kršitev varstva osebnih podatkov ali sum te kršitve, o tem obvesti Informacijskega pooblaščenca za varstvo osebnih podatkov.⁴⁹

Nadzor nad izvajanjem določb ZEKom-2 in na njegovi podlagi izdanih predpisov ter splošnih aktov izvaja Agencija za komunikacijska omrežja in storitve Republike Slovenije (Agencija), razen v primerih, ki spadajo v pristojnosti informacijskega pooblaščenca na podlagi 229. člena ZEKom-2 ali organa, pristojnega za informacijsko varnost, na podlagi 128. člena ZEKom-2.

Prekrškovni organi, ki odločajo o prekrških za kršitve ZEKom-2 in na njegovi podlagi izdanih predpisov, so prav tako Agencija, Informacijski pooblaščenec in Inšpekcija za informacijsko varnost. Odločajo v skladu z določbami Zakona o prekrških⁵⁰ (ZP-1), vsak na svojem področju nadzora. Prekrškovni postopki potekajo po hitrem postopku, pri čemer je kršitelj lahko sankcioniran z globo v znesku, višjem od najnižje predpisane mere za posamezni prekršek.

5 Prekrški na področju kibernetске varnosti

5.1 Splošno o prekrških

Na splošno je v Sloveniji po veljavnem zakonu prekršek tisto dejanje, ki pomeni kršitev zakona, uredbe vlade ali odloka samoupravne lokalne skupnosti, ki je določeno kot prekršek ter je zanj predpisna sankcija za prekršek.⁵¹

Pravo o prekrških, ki je del kaznovalnega pravnega sistema RS, daje tudi državi in občinam pooblastilo za predpisovane prekrškov. To sicer veljavno zakonsko pooblastilo v teoriji ni povsem nesporno. Tako je *Jakulin* že leta nazaj opozarjal, da je v zvezi s prekrški problematično dejstvo, da se lahko določajo tudi s podzakonskimi akti.⁵² To še zlasti velja za prekrške, ki jih na podlagi pooblastila v 21. členu Zakona o lokalni samoupravi⁵³ (ZLS) določajo občine z odloki. Vendar

⁴⁹ Določbe tretjega odstavka 31. člena ZInfV.

⁵⁰ Uradni list RS, št. 29/11 – uradno prečiščeno besedilo, 21/13, 111/13, 74/14 – odl. US, 92/14 – odl. US, 32/16, 15/17 – odl. US, 73/19 – odl. US, 175/20 – ZIUOPDVE in 5/21 – odl. US).

⁵¹ Določbe 6. člena ZP-1.

⁵² V. Jakulin, *Kazniva dejanja in prekrški zoper javni red in mir*, 2002, str. 1457.

⁵³ Uradni list RS, št. 94/07 – uradno prečiščeno besedilo, 76/08, 79/09, 51/10, 40/12 – ZUJF, 14/15 – ZUUJFO, 11/18 – ZSPDLS-1, 30/18, 61/20 – ZIUZEOP-A in 80/20 – ZIUOOPE.

na področju kibernetske varnosti ni materialnopravne ureditve prekrškov, ki bi jih urejale občine. Vsi prekrški so določeni z državnimi zakoni o informacijski varnosti in elektronskem poslovanju, ki jih obravnavamo v nadaljevanju.

Sicer splošno prekrški pomenijo obliko kršitve družbene discipline oz. družbene vrednote. Po *Tratarju* prekrškovno pravo s pregonom prekrškov nedvomno prispeva tudi k občutku varnosti v družbi in posredno tudi k varovanju ustavnih vrednot oz. človekovih pravic.⁵⁴ Država z institucijo prekrškov zagotavlja varnost v družbi kot družbeno in politično vrednoto. *Senčar* poudarja, da je naloga prekrškovnih organov pri obravnavanju prekrškov usmerjena v obravnavanje in po potrebi sankcioniranje oseb, ki ne spoštujejo predpisov in s svojim protipravnim ravnanjem delajo prekrške.⁵⁵ Temelj, da govorimo o prekrškovnih organih, je njihova nadzorstvena funkcija, ki je tem organom podeljena z materialnim predpisom, s katerim so urejena posamezna področja in so z njimi določeni prekrški.

V slovenskem pravnem redu je pravo o prekrških sestavljeno iz splošnega in posebnega dela. Določbe posebnega dela so razdrobljene in urejene z zakonskimi in podzakonskimi besedili, ki vsebujejo opise posameznih prekrškov. Kako je to na področju kibernetske varnosti, je prikazano v nadaljevanju.

Splošni del prava o prekrških je enotno zakonodajno urejen na podlagi ZP-1. Gre za sistemski zakon, ki opredeljuje splošne pogoje za predpisovanje prekrškov in sankcije zanje, splošne pogoje glede odgovornosti za storitev prekrškov, za izrekanje in izvrševanje sankcij, prekrškovne postopke ter organe in sodišča za odločanje o njih.⁵⁶ Kateri organi so pristojni na področju kibernetske varnosti, smo prikazali v delu poglavja o nadzoru.

⁵⁴ B. Tratar, Pomen pregona prekrškov za varnost v družbi, 2009, str. 375.

⁵⁵ A. Senčar, Kaznovalna praksa policije za prekrške, 2011, str. 110–125.

⁵⁶ L. Selinšek, Predpisovanje prekrškov v odlokih samoupravnih lokalnih skupnosti skladno z ZP-1, 2003, str. 103–119.

5.2 Prekrški, določeni z ZInfV

5.2.1 Kazenske določbe

Kot je bilo navedeno, je ZInfV materialni *lex specialis*, ki določa prekrške v XI. poglavju z naslovom Kazenske določbe v 36. do 39.b členu. ZInfV razlikuje med štirimi skupinami zavezancev,⁵⁷ za katere predpisuje tudi različne obveznosti. Posledično tudi ločeno določa prekrške za različne možne kršitelje obveznosti, in sicer: 37. člen določa prekrške za izvajalce bistvenih storitev, 38. člen določa prekrške za ponudnike digitalnih storitev, 39. člen za prekrške organov državne uprave, 39.a pa za prekrške povezanih subjektov. Določena sta tudi dva prekrška upravljavca centralnega informacijsko-komunikacijskega sistema (kadar le-ta ne omogoča vpogleda v delovanje informacijske infrastrukture centralnega informacijsko-komunikacijskega za CSIRT organov državne uprave oz. ne izvede odrejenih ukrepov CSIRT organov državne uprave v svojem informacijsko-komunikacijskem sistemu; kot storilec prekrška je določena odgovorna oseba upravljavca).⁵⁸

5.2.2 Prekrški izvajalcev bistvenih storitev

Izvajalci bistvenih storitev so subjekti, ki izvajajo storitve na (za družbo in gospodarstvo) pomembnih področjih in so bistvene za ohranitev ključnih družbenih in gospodarskih dejavnosti.⁵⁹ Pomembna področja oz. sektorji so povzeti po NIS direktivi: energija, digitalna infrastruktura, oskrba s pitno vodo in njena distribucija, zdravstvo, promet, bančništvo, infrastruktura finančnega trga, preskrba s hrano in varstvo okolja.⁶⁰

Vlada RS je z Uredbo o določitvi bistvenih storitev in podrobnejši metodologiji za določitev izvajalcev bistvenih storitev⁶¹ na področju energije in prometa določila še podpodročja ter pripravila seznam bistvenih storitev, ki se nahaja v prilogi uredbe.

Kot izvajalci bistvenih storitev štejejo torej subjekti, ki izvajajo (bistvene) storitve, določene z vladno uredbo.

⁵⁷ Določbe prvega odstavka 5. člena ZInfV.

⁵⁸ Določbe 39. b člena ZInfV.

⁵⁹ Določbe 1. točke 4. člena ZInfV.

⁶⁰ Določbe drugega odstavka 5. člena ZInfV.

⁶¹ Uradni list RS, št. 39/19.

Kot kršitve, ki jih lahko zagrešijo izvajalci bistvenih storitev, ZInfV⁶² določa:

- neizpolnitev obveznosti iz prvega ali petega odstavka 10. člena tega zakona (določitev kontaktne osebe za informacijsko varnost in njenega namestnika ter posredovanje njunih kontaktnih podatkov nacionalnemu pristojnemu organu; posredovanje sprememb o kontaktnih podatkih nacionalnemu pristojnemu organu),
- neizpolnitev obveznosti iz 11. člena tega zakona (neizpolnitev varnostnih zahtev kot npr. določitev ključnih, krmilnih in nadzornih informacijskih sistemov ter delov omrežja, s katerimi zagotavljajo izvajanje bistvenih storitev, vrednotenje tveganj in izvedba ukrepov za obvladovanje tveganj glede varnosti omrežij in informacijskih sistemov),⁶³
- neizpolnitev obveznosti iz prvega, drugega ali petega odstavka 12. člena tega zakona (obveznost vzpostavitve in vzdrževanja varnostne dokumentacije; priprava in izvedba potrebnih varnostnih ukrepov (organizacijskih, logično-tehničnih in tehničnih ukrepov; zagotavljanje in ohranjanje dnevniških zapisov o delovanju svojih ključnih, krmilnih ali nadzornih informacijskih sistemov ali delov omrežja za obdobje šestih mesecev na ozemlju RS, razen za področja digitalne infrastrukture, bančništva in infrastrukture finančnega trga, glede katerih se lahko zagotavlja na ozemlju EU),
- neizpolnitev obveznosti iz prvega ali drugega odstavka 13. člena tega zakona (priglasitev incidentov SI-CERT-u, ki lahko pomembno vplivajo na neprekinjeno izvajanje bistvenih storitev, ki jih zagotavljajo, zavarovanje dnevniških zapisov oz. revizijskih sledi, če te obstajajo, ob prijavi incidenta),
- neizpolnitev obveznosti iz šestega odstavka 14. člena tega zakona (priglasitev SI-CERT-u znatnega vpliva na neprekinjeno izvajanje bistvenih storitev tistega izvajalca, ki je odvisen od tretjega ponudnika digitalnih storitev, nastalega kot posledica incidenta, ki vpliva na delovanje ponudnika digitalnih storitev),
- neizpolnitev obveznosti iz odločbe, izdane na podlagi četrtega odstavka 21. člena tega zakona (neizpolnitev ukrepov, ki jih zavezancu z odločbo naloži pristojni nacionalni organ za zaustavitev težjega ali kritičnega incidenta ali v primeru kibernetskega napada ali odpravo njegovih posledic),

⁶² Določbe prvega odstavka 37. člena ZInfV.

⁶³ Podrobneje gl. 11. člen ZInfV.

- neizpolnitev obveznosti iz odločbe, izdane na podlagi četrtega odstavka 22. člena tega zakona (neizpolnitev ukrepov, ki jih izvajalcu bistvene storitve v stanju povečane ogroženosti z odločbo naloži pristojni nacionalni organ za preprečitev incidenta kot tudi za zmanjšanje pričakovanih škodljivih posledic ob morebitni realizaciji incidenta).⁶⁴

Naštete prekrške lahko izvrši pravna oseba, samostojni podjetnik posameznik ali posameznik, ki samostojno opravlja dejavnost, ter njihove odgovorne osebe. Kot sankcija je predvidena globa v višini od 200 do 2.000 evrov za odgovorno osebo (najnižja globa) ter od 10.000 do 50.000 evrov za pravno osebo, ki izpolnjuje merila Zakona o gospodarskih družbah⁶⁵ (ZGD-1) za srednjo ali veliko gospodarsko družbo.⁶⁶

Bistveno storitev lahko izvaja tudi državni organ ali organ lokalne skupnosti (ali druga oseba javnega prava),⁶⁷ ki pa za prekršek ne odgovarja kot pravna oseba, temveč odgovarja za njegove prekrške le odgovorna oseba.⁶⁸

5.2.3 Prekrški ponudnikov digitalnih storitev

Ponudnik digitalnih storitev je vsaka fizična ali pravna oseba, ki zagotavlja digitalno storitev. ZInfv kot digitalne storitve šteje informacijske storitve, in sicer: storitve spletne tržnice, spletnega iskalnika in računalništva v oblaku.⁶⁹ Ponudniki digitalnih storitev so druga skupina zavezancev, ki morajo spoštovati določila ZInfV. Izjema so ponudniki, ki imajo manj kot 50 zaposlenih in imajo letni promet oz. letno bilančno vsoto, ki ne presega deset milijonov evrov.⁷⁰

⁶⁴ Prim. A. Primec, Materialnopravna ureditev prekrškov (administrativnih kršitev) na področju informacijske varnosti, 2020, str. 108–120.

⁶⁵ Uradni list RS, št. 65/09 – uradno prečiščeno besedilo, 33/11, 91/11, 32/12, 57/12, 44/13 – odl. US, 82/13, 55/15, 15/17, 22/19 – ZPosS, 158/20 – ZIntPK-C, 18/21, 18/23 – ZDU-1O in 75/23.

⁶⁶ Določbe 55. člena ZGD-1.

⁶⁷ Določbe tretjega odstavka 37. člena ZInfV.

⁶⁸ Določbe 13. a člena ZP-1.

⁶⁹ Določbe 4. člena ZInfv.

⁷⁰ Določbe drugega odstavka 8. člena ZInfV, prim. A. Primec, Odgovornost za prekrške s področja informacijske varnosti, 2021, str. 108–120.

ZInfV⁷¹ določa le dva prekrška za ponudnike digitalnih storitev:

- neizpolnitev obveznosti iz prvega, drugega ali tretjega odstavka 14. člena tega zakona (določitev in sprejem ustreznih tehničnih in organizacijskih ukrepov za obvladovanje tveganj za varnost omrežij in informacijskih sistemov, ki jih uporabljajo pri zagotavljanju teh storitev v EU; sprejem ustreznih ukrepov za preprečitev in zmanjšanje vpliva incidentov, ki ogrožajo varnost njihovih omrežij in informacijskih sistemov, na ponujane storitve, ki jih zagotavljajo v EU, da bi zagotovili neprekinjeno izvajanje teh storitev; priglasitev incidentov, ki imajo pomemben vpliv na zagotavljanje teh storitev, ki jih ponujajo v EU, SI-CERT-u; ta obveznost velja le za ponudnike, ki imajo dostop do informacij, na podlagi katerih lahko ovrednotijo stopnjo vpliva incidenta),
- neizpolnitev obveznosti iz odločbe, izdane na podlagi četrtega odstavka 21. člena tega zakona (neizpolnitev ukrepov, ki jih zavezancu z odločbo naloži pristojni nacionalni organ za zaustavitev težjega ali kritičnega incidenta ali v primeru kibernetskega napada ali za odpravo njegovih posledic).⁷²

Storilec prekrškov je lahko pravna oseba, ki se sankcionira z globo v višini 200 do 10.000 eurov ter z globo od 10.000 do 50.000 eurov, če izpolnjuje merila ZGD-1 za srednjo ali veliko gospodarsko družbo; samostojni podjetnik posameznik, za katerega je predvidena globa od 500 do 10.000 eurov, ter odgovorna oseba pravne osebe ali samostojnega podjetnika, ki se sankcionira z globo od 200 do 2.000 eurov. Če primerjamo višino glob, določenih za posamezne kategorije storilcev (pravne osebe, samostojne podjetnike ...), za prekrške izvajalcev bistvenih storitev in za prekrške ponudnikov digitalnih storitev, lahko ugotovimo, da so le-te po višini enake.

⁷¹ Določbe prvega odstavka 38. člena ZInfV.

⁷² Prim. A. Primec, Materialnopravna ureditev prekrškov (administrativnih kršitev) na področju informacijske varnost, 2020, str. 108–120.

5.2.4 Prekrški organov državne uprave

ZInfV⁷³ določa pet prekrškov organov državne uprave:

- neizpolnitev obveznosti iz 16. člena tega zakona (na podlagi ocene tveganj izdelati ukrepe, potrebne za obvladovanje tveganj glede varnosti za informacijske sisteme in dele omrežja, s katerimi upravljajo; sprejem potrebnih ukrepov za preprečitev in zmanjšanje vpliva incidentov, ki vplivajo na varnost omrežij in informacijskih sistemov državnih organov, da bi zagotovili neprekinjeno izvajanje storitev organov državne uprave; vzpostavitev potrebnih varnostnih zahtev za posamezne ključne dele nacionalno varnostnega sistema, v primeru, da iz tega sistema črpajo podatke),
- neizpolnitev obveznosti iz prvega, drugega ali petega odstavka 17. člena tega zakona (vzpostavitev in vzdrževanje dokumentiranega sistema upravljanja varovanja informacij in sistema upravljanja neprekinjenega poslovanja; priprava in izvedba potrebnih varnostnih ukrepov (organizacijskih, logično-tehničnih in tehničnih ukrepov); zagotavljanje in ohranjanje dnevniških zapisov o delovanju svojih informacijskih sistemov ali delov omrežja za obdobje šestih mesecev na ozemlju RS),
- neizpolnitev obveznosti iz prvega ali drugega odstavka 18. člena tega zakona (priglasitev incidentov s pomembnim vplivom na neprekinjeno izvajanje storitev organov državne uprave SIGOV-CERT-u oz. pristojnemu nacionalnemu organu, kadar incidente zaznajo organi državne uprave, ki imajo lastne zmogljivosti vsaj na ravni varnostno operativnega centra; ustrezno zavarovanje dnevniških zapisov oz. revizijskih sledi ob prijavi incidenta),
- neizpolnitev obveznosti iz odločbe, izdane na podlagi četrtega odstavka 21. člena tega zakona (neizpolnitev ukrepov, ki jih zavezancu z odločbo naloži pristojni nacionalni organ za zaustavitev težjega ali kritičnega incidenta ali v primeru kibernetkega napada ali odpravo njegovih posledic),
- neizpolnitev obveznosti iz odločbe, izdane na podlagi četrtega odstavka 22. člena tega zakona (neizpolnitev ukrepov, ki jih državnemu organu, ki upravlja z informacijskimi sistemi, v stanju povečane ogroženosti z odločbo naloži pristojni nacionalni organ za preprečitev incidenta kot tudi za

⁷³ Določbe prvega odstavka 39. člena ZInfV.

zmanjšanje pričakovanih škodljivih posledic ob morebitni realizaciji incidenta.⁷⁴

Kot smo že opozorili, se lahko za prekrške organov državne uprave kaznuje le odgovorna oseba organa državne uprave z globo v višini od 200 do 2.000 eurov, torej je enaka kot v primeru kršitev odgovornih oseb izvajalcev bistvenih storitev in ponudnikov digitalnih storitev.

5.2.5 Prekrški povezanih subjektov

Subjekti, ki se povezujejo s centralnim informacijsko-komunikacijskim sistemom in hkrati še niso zavezanci po ZInfV (državni organi, organi lokalnih skupnosti, javne agencije in nosilci javnih pooblastil ter drugi subjekti, ki niso organi državne uprave), morajo za učinkovito zagotavljanje informacijske in kibernetike varnosti centralnega informacijsko-komunikacijskega sistema izpolnjevati določene obveznosti in minimalne tehnične ukrepe in zahteve, če želijo ostati povezani s tem sistemom, ter hkrati omogočiti učinkovit nadzor in sankcioniranje predvidene ureditve. Ti subjekti so z ZInfV opredeljeni kot povezani subjekti.

Posamezni prekršek izvrši povezana oseba, kadar:

- ne določi kontaktne osebe za informacijsko varnost in njenega namestnika ali ne posreduje njunih kontaktnih podatkov pristojnemu nacionalnemu organu,
- ne pripravi analize obvladovanja tveganj informacijske varnosti z oceno sprejemljive ravni tveganj,
- ne sprejme ali izvaja minimalnega obsega varnostnih ukrepov za zagotavljanje celovitosti, zaupnosti in razpoložljivosti omrežja in informacijskih sistemov, ki upoštevajo posebne potrebe delovnega področja povezanega subjekta,
- ne pripravi navodil in postopkov za obvladovanje incidentov informacijske varnosti s protokolom obveščanja CSIRT organov državne uprave,

⁷⁴ Prim. A. Primec, Materialnopravna ureditev prekrškov (administrativnih kršitev) na področju informacijske varnosti, 2020, str. 108–120.

- ne izvede odrejenih ukrepov CSIRT organov državne uprave v svojem informacijsko-komunikacijskem sistemu.

Če prekršek izvrši pravna oseba, samostojni podjetnik posameznik ali posameznik, ki samostojno opravlja dejavnost, se sankcionira z globo od 500 do 10.000 eurov. Če prekršek izvrši odgovorna oseba naštetih oseb, globa znaša od 200 do 2.000 eurov.⁷⁵

5.3 Prekrški, določeni z ZEKom-2

Kršitve s področja informacijske varnosti so v ZEKom-2 določene v prvem odstavku 233. člena.⁷⁶ Izvrši jih lahko pravna oseba, samostojni podjetnik posameznik ali posameznik, ki samostojno opravlja dejavnost, ter odgovorna oseba naštetih oseb. Ker ZEKom-2 operaterjem nalaga precej več obveznosti v primerjavi z ZEKom-1, je večje tudi število možnih kršitev in posledično tudi prekrškov, zato njihovo podrobnejše predstavljanje znotraj prispevka ni smiselno. Primeroma navajamo le nekaj obveznosti operaterjev in možnih posledičnih kršitev: operater ne zagotavlja sistema upravljanja varnosti, kar vključuje sistem upravljanja neprekinjenega poslovanja in sistem upravljanja varovanja informacij; oba sistema morata biti opredeljena kot poslovna skrivnost; operater ju mora v praksi izvajati, posodabljati in nadgrajevati; o incidentih mora poročati tako agenciji kot SI-CERT-u; v primeru stanj ogroženosti mora prednostno zagotavljati delovanje delov omrežja, storitev in povezav, ki so nujni za nemoteno delovanje omrežij ključnih delov sistema varnosti države in komunikacij v sili ter za podporo delovanju kritične infrastrukture, izvajalcev bistvenih storitev ter organov državne uprave itd.⁷⁷ Sankcije, ki doletijo storilce teh prekrškov, so precej strožje v primerjavi s sankcijami, ki jih za kršitve svojih določb predvideva ZInfV. Pravne osebe, ki izpolnjujejo merila za srednjo ali veliko družbo po ZGD-1, se sankcionirajo z globo od 50.000 do 400.000 eurov; pravne osebe, ki ne dosegajo kriterijev ZGD-1 za srednje družbe (mikro in majhne družbe), samostojni podjetnik posameznik ali posameznik, ki samostojno opravlja dejavnost, se sankcionirajo z globo od 1.000 do 20.000 eurov; odgovorna oseba pravne osebe, samostojnega podjetnika in posameznika, ki samostojno opravlja dejavnost, se sankcionira z globo od 500 do 10.000 eurov.⁷⁸

⁷⁵ Določbe 39. a člena ZInfV.

⁷⁶ Natančneje od 22. do 39. točke prvega odstavka 233. člena ZEKom-2.

⁷⁷ Podrobneje gl. prav tam.

⁷⁸ Določbe prvega, drugega in tretjega odstavka 299. člena ZEKom-2.

6 Odgovornost za prekrške na področju kibernetске varnosti

6.1 Osebe, ki lahko izvršijo prekršek (kategorije storilcev)

V prejšnjem poglavju smo podrobneje opisali zakonske znake prekrškov, določene z ZInfV in ZEKom-2, navedli potencialne storilce ter predstavili sankcije, ki doletijo storilce teh prekrškov. V nadaljevanju pozornost usmerjamo k odgovornosti storilcev. Predpogoj, da se lahko storilcu izreče sankcija za izvršen prekršek, je namreč njegova odgovornost. Vprašanje odgovornosti storilca za prekršek urejajo splošna pravila prekrškovnega prava, zato pri obravnavi odgovornosti storilcev za prekršek izhajamo iz ZP-1.

Iz predstavitve kazenskih določb ZInfV in ZEKom-2 je mogoče razbrati, da se kot storilci prekrška s področja informacijske varnosti lahko obravnavajo pravne osebe, samostojni podjetniki posamezniki, posamezniki, ki samostojno opravljajo dejavnost, ter odgovorne osebe vseh naštetih subjektov.⁷⁹

Kot smo že zapisali, lahko posamezne prekrške, določene z ZInfV, izvršijo tudi državni organi kot izvajalci bistvenih storitev ali kot upravljavci informacijskih sistemov in delov omrežja oz. kot izvajalci informacijskih storitev, nujnih za nemoteno delovanje države ali za zagotavljanje nacionalne varnosti. Prav tako smo opozorili, da državni organi za prekrške ne odgovarjajo, temveč zanje odgovarjajo njihove odgovorne osebe (če zakon tako določi, kar sta ZInfV in ZEKom-2 tudi storila), le-te pa odgovarjajo po splošnih pravilih o odgovornosti odgovornih oseb (pravnih oseb, samostojnih podjetnikov itd.).

Odgovornost za prekršek zaradi boljše preglednosti obravnavamo po posameznih kategorijah storilcev. Kazenske določbe ZInfV in ZEKom-2 na prvo mesto med kršitelji postavljajo pravne osebe, zato tudi pričenjamo s predstavitvijo njihove odgovornosti za prekršek.

⁷⁹ Splošno o storilcih prekrškov gl. B. Tičar, A. Primec, Pravna ureditev prekrškov in administrativnih kršitev v gospodarstvu (de lege lata), 2020, str. 205.

6.2 Odgovornost pravnih oseb

Pravna oseba je umetna tvorba, ki z lastnimi dejanji prekrška ne more izvršiti, zato o dejanski odgovornosti pravne osebe ni mogoče govoriti. Njena odgovornost za prekršek se zato navezuje na odgovornost storilca prekrška, ki ga pri opravljanju njene dejavnosti le-ta stori v njenem imenu ali za njen račun ali v njeno korist ali z njenimi sredstvi.⁸⁰ V tem primeru govorimo o pridružitveni (akcesorni) odgovornosti pravne osebe, saj se odgovornost pravne osebe »pridružuje« individualni odgovornosti neposrednega storilca, ki je prekršek izvršil pri opravljanju dejavnosti pravne osebe, v njenem imenu ali za njen račun ali v njeno korist ali z njenimi sredstvi. To pomeni, da pravna oseba ne more biti storilka prekrška, temveč je odgovorna za prekršek, ki ga je storila druga (fizična oseba), v njenem interesu.

V praksi je mogoče, da je neposredni storilec odgovorna oseba (ki odgovarja na podlagi prvega odstavka 15. člena ZP-1). Vprašanje, ki se v takšnem primeru zastavlja, je, na podlagi katerih zakonskih določb se presoja odgovornost storilca prekrška: ali po določbah, ki določajo odgovornost neposrednega storilca, ali po določbah, ki se uporabljajo za odgovorno osebo? Po stališču Vrhovnega sodišča RS je potrebno neposrednega storilca prekrška, ki ima status odgovorne osebe po prvem odstavku 15. člena ZP-1, obravnavati po določbah, ki določajo odgovornost odgovorne osebe za prekršek samo v primeru, ko predpis, ki določa prekršek, ne določa tudi odgovornosti neposrednega storilca za storjeni prekršek. V primerih pa, ko predpis o prekršku določa tako odgovornost odgovorne osebe kot odgovornost neposrednega storilca prekrška, storilec prekrška, ki je hkrati neposredni storilec prekrška in odgovorna oseba po prvem odstavku 15. člena ZP-1, za prekršek odgovarja kot neposredni storilec prekrška.⁸¹

Če storilca ni mogoče odkriti ali ga ni mogoče spoznati za odgovornega (npr. zaradi neprištevnosti ali kadar ga predpis ne določa kot odgovornega za prekršek), je odgovornost pravne osebe utemeljena z opustitvijo dolžnega nadzorstva njenega vodstvenega ali nadzornega organa ali njene odgovorne osebe, ki bi lahko prekršek preprečila.⁸² Nadzorstvo obsega kontrolne in sorodne mehanizme, vzpostavljene znotraj pravne osebe z namenom preprečevanja kršitev, ki imajo znake prekrškov. Za utemeljitev samostojne odgovornosti pravne osebe v tem drugem primeru

⁸⁰ Določbe prvega odstavka 14. člena ZP-1.

⁸¹ VSRS sodba IV Ips 113/2013 z dne 21. 11. 2013, ECLI:SI:VSRS:2013:IV.IPS.113.2013.

⁸² Določbe drugega odstavka 14. člena ZP-1.

zadošča ugotovitev, da ni imela vzpostavljenih ustreznih mehanizmov za preprečitev prekrška oz. niso delovali iz razlogov na strani pravne osebe oz. njenih vodstvenih ali nadzornih organov oz. odgovornih oseb. Opustitev dolžnega ravnanja kot predpostavka odgovornosti pravne osebe za prekršek se v tem primeru domneva in je prekrškovnemu organu ni treba dokazovati – nasprotno, pravna oseba mora dokazati, da ta predpostavka ni podana.⁸³ Vendar pa je treba dejanja opustitve dolžnega nadzorstva v vsakem posameznem primeru natančno ugotoviti in določno opredeliti že v izreku odločbe o prekršku. Pri dokazovanju opustitve dolžnega nadzorstva ni treba zadostiti standardom kot v primeru opustitve dolžnega nadzorstva kot temelja odgovornosti odgovorne osebe za prekršek, saj fizična oseba odgovarja za svoje ravnanje na podlagi zavesti in volje, ki jo je razvila do tega dejanja, pravna oseba pa odgovarja za ravnanje druge fizične osebe.⁸⁴ Zadostiti pa je treba zahtevi po jasni opredelitvi obveznosti, ki jih je bila za preprečitev prekrška dolžna izvesti pravna oseba in katerih opustitev se po moči in učinku lahko primerja s storitvijo prekrška v izreku odločbe o prekršku.⁸⁵

V zvezi s pojmom dolžnega nadzorstva je Ustavno sodišče RS ugotovilo: »da je opustitev dolžnega nadzorstva – tako v pomenu iz drugega odstavka 14. člena ZP-1 kot v pomenu iz druge alineje tretjega odstavka 14. člena ZP-1 – predpostavka odgovornosti pravne osebe za prekršek in da 14. člen ZP-1 sam zase konkretnih oblik dolžnega nadzorstva ne opredeljuje. Vendar pa je treba upoštevati, da vseh nadzorstvenih ukrepov, ki jih je v okviru dolžne skrbnosti za zakonitost poslovanja treba izvesti znotraj pravne osebe, s pravnimi akti preprosto ni mogoče predpisati.⁸⁶ Odgovornost pravnih oseb za prekrške je predvidena pri različnih prekrških, povezanih z izvajanjem raznovrstnih dejavnosti. Posledično se tudi dolžna ravnanja pravnih oseb, ki so potrebna za preprečitev prekrškov, od prekrška do prekrška precej razlikujejo in jih ni mogoče vnaprej taksativno določiti. Po oceni Ustavnega sodišča RS zato ni v neskladju z Ustavo RS, če vsebino pravnega pojma dolžno nadzorstvo iz 14. člena ZP-1 napolnjujejo prekrškovni organi in sodišča pri odločanju v konkretnih primerih. Pomembno pa je, da so ukrepi dolžnega nadzorstva, ki se zahtevajo od pravnih oseb, primerni za preprečitev določenega prekrška (v pomenu, da lahko vplivajo na preprečitev prekrška) in da je podano ustrezno sorazmerje med

⁸³ VSRS sodba IV Ips 5/2020, z dne 28. 5. 2020, ECLI:SI:VSRS:2020:IV.IPS.5.2020.

⁸⁴ L. Selinšek, Razmerje med neposrednim storilcem prekrška in odgovorno osebo po ZP-1, 2014, str. 59–67.

⁸⁵ VSRS Sodba IV Ips 32/2019, z dne 19. 5. 2020, ECLI:SI:VSRS:2020:IV.IPS.32.2019.

⁸⁶ L. Selinšek, v: P. Čas, 2018, Zakon o prekrških (ZP-1) s komentarjem.

pomenom dobrine, ki jo ščiti posamezna norma, ki določa prekršek, in bremenom, ki ga za pravno osebo pomeni izvajanje zahtevanih ukrepov». ⁸⁷

Pravna oseba se lahko razbremeni odgovornosti za prekršek, če dokaže, da je bil prekršek storjen z namenom škodovanja tej pravni osebi ali z zavestnim kršenjem pogodbe, na podlagi katere storilec opravlja delo ali storitev za pravno osebo, ali s kršenjem navodil ali pravil pravne osebe, ki je v okviru dolžnega nadzorstva pravočasno izvedla vse ukrepe, potrebne za preprečitev prekrška. ⁸⁸

6.3 Odgovornost samostojnega podjetnika posameznika in posameznika, ki samostojno opravlja dejavnost

Samostojni podjetnik posameznik in posameznik, ki samostojno opravlja dejavnost, sta fizični osebi, ki se v skladu z zakonskimi pogoji ukvarjata s pridobitno dejavnostjo. To ju postavlja v specifičen položaj tudi na področju prekrškovnega prava. Pogoje njune odgovornosti za prekršek ureja 14. a člen ZP-1, ki pri tem razlikuje med dvema položajema: ko je prekršek izvršil storilec pri opravljanju njune dejavnosti in ko sta prekršek izvršila sama.

Če je bil prekršek storjen pri opravljanju njune dejavnosti, odgovarjata za dejanje drugega kot odgovarjajo pravne osebe. ZP-1 v prvem odstavku 14. a člena tudi izrecno napotuje na uporabo pravil, ki veljajo za ugotavljanje odgovornosti pravne osebe (natančneje na uporabo 14. člena). Samostojni podjetnik kot tudi posameznik, ki samostojno opravlja dejavnost, bosta za prekršek prvenstveno odgovarjala na podlagi »pridružitvene« odgovornosti (ki se navezuje na odgovornost neposrednega storilca). Če pa storilca ne bo mogoče odkriti oz. ni odgovoren, pa na podlagi »samostojne« odgovornosti zaradi opustitve dolžnega nadzorstva (svojega nadzorstva ali nadzorstva odgovorne osebe, če sta jo imenovala).

Kljub sklicevanju na uporabo pravil 14. člena ZP-1 je treba opozoriti na pomembno razliko med postavkami odgovornosti podjetnika in posameznika, ki samostojno opravlja dejavnost, in odgovornostjo pravnih oseb. Oba subjekta praviloma nimata vodstvenega ali nadzornega organa, temveč ta položaj pripada njima kot nosilcema podjetja. Če bi njuna odgovornost temeljila na pridružitveni odgovornosti

⁸⁷ USRS odločba Up-548/15 z dne 17. 10. 2019, ECLI:SI:USRS:2019:Up.548.15.

⁸⁸ Določbe tretjega odstavka 14. člena ZP-1.

neposrednega storilca, bi posledično fizična oseba odgovarjala za dejanje druge fizične osebe, kar bi privedlo do »objektivizirane« odgovornosti za prekršek, ki pa je v slovenskem pravnem redu nesprejemljiva. Zato je treba pri ugotavljanju odgovornosti samostojnega podjetnika in posameznika, ki samostojno opravlja dejavnost (ki imata hkrati položaj vodstvenega in nadzornega organa), ugotavljati tudi njun lasten prispevek k prekršku, ki se kaže v opustitvi dolžnega nadzorstva, s katerim bi prekršek lahko preprečila (subjektivizirana odgovornost). To pomeni, da je potrebno za ugotovitev njune odgovornosti za prekršek, ki ga je izvršila druga oseba pri opravljanju njune dejavnosti,⁸⁹ kumulativno upoštevati pogoje iz prvega in drugega odstavka 14. člena ZP-1.⁹⁰

Samostojni podjetnik kot tudi posameznik, ki samostojno opravlja dejavnost, sta fizični osebi, ki velikokrat samostojno izvajata dejavnost in ne zaposlujeta drugih delavcev, zato tudi sama odgovarjata za prekrške. Če prekršek pri opravljanju svoje dejavnosti izvršita sama, se njuna odgovornost po napotilu drugega odstavka 14. a člena ZP-1 presoja po pravilih, ki veljajo za ugotavljanje odgovornosti fizičnih oseb.⁹¹ Splošna pravila ZP-1 o odgovornosti fizičnih oseb se uporabljajo le za ugotavljanje njune odgovornosti, medtem ko se pri izreku sankcije uporabljajo pravila, ki jih za posamezni prekršek določa posebna zakonodaja izrecno zanju (za samostojnega podjetnika in posameznika, ki samostojno opravlja dejavnost) in ne pravila, ki določajo sankcijo za storilca (fizično osebo).

Poleg samostojnega podjetnika in podjetnika, ki samostojno opravlja dejavnost, odgovarja za prekršek tudi njuna odgovorna oseba. Kljub temu, da imata oba subjekta praviloma položaj vodstvenega in nadzornega organa, ju pravo o prekrških ne šteje za odgovorni osebi, temveč se njuna odgovornost presoja na podlagi določil 14. a člena ZP-1. Kot odgovorna oseba obeh subjektov bo torej za prekršek odgovarjala oseba, ki sta jo zaposlila za opravljanje njune dejavnosti in je torej pooblaščen opravljanje delo v njenem imenu, za njun račun, v njuno korist ali z njenimi sredstvi.

⁸⁹ Določbe prvega odstavka 14. a člena ZP-1.

⁹⁰ VSRS sodba IV Ips 5/2017 z dne 18. 4. 2017, ECLI:SI:VSRS:2017:IV.IPS.5.2017.

⁹¹ Določbe 9. člena ZP-1.

6.4 Odgovornost odgovorne osebe

Odgovorna oseba je odgovorna za prekršek, ki ga stori s svojim dejanjem (storitvijo ali opustitvijo) pri opravljanju dejavnosti pravne osebe, samostojnega podjetnika posameznika ali posameznika, ki samostojno opravlja dejavnost, pri izvrševanju pooblastil državnega organa ali organa samoupravne lokalne skupnosti.⁹² Odgovornost odgovorne osebe se presoja kot odgovornost fizične osebe (ugotavlja se njena krivdna odgovornost). Poleg načina izvršitve prekrška (da je prekršek izvršen pri opravljanju dejavnosti pravne osebe) je za ugotavljanje odgovornosti odgovorne osebe pomembna tudi njena pravna opredelitev. Odgovorna oseba je prvenstveno tista oseba, ki je pooblaščen opravlja delo v imenu, na račun, v korist ali s sredstvi pravne osebe, samostojnega podjetnika posameznika ali posameznika, ki samostojno opravlja dejavnost, državnega organa ali organa samoupravne lokalne skupnosti.⁹³ Podlaga za opravljanje dela je lahko kakršen koli pravni akt: pogodba o delu, pogodba o zaposlitvi ipd. V praksi to pomeni, da bo odgovorna oseba velikokrat neposredni storilec prekrška in ne oseba, ki v pravni osebi zaseda poseben položaj, npr. zakoniti zastopnik.⁹⁴

Odgovorna oseba pa je tudi tista oseba, ki je pri pravni osebi, samostojnem podjetniku posamezniku ali posamezniku, ki samostojno opravlja dejavnost, državnem organu ali organu samoupravne lokalne skupnosti pooblaščen izvajati dolžno nadzorstvo, s katerim se lahko prepreči prekršek.⁹⁵ Kot poudarja stroka, je namen te opredelitve zlasti v določitvi kroga oseb, katerih opustitev dolžnega nadzorstva ima za posledico (samostojno) odgovornost pravne osebe v primeru, ko storilec prekrška ni znan ali ni odgovoren, ne pa identifikaciji storilcev prekrška.⁹⁶

Po zakonski domnevi je za izvajanje dolžnega nadzorstva pooblaščen vodstveni organ, za dolžno nadzorstvo nad vodstvenim organom pa nadzorni organ, razen če je bilo izvajanje dolžnega nadzorstva s pravnim aktom preneseno na drugo osebo ali organ. Če ima vodstveni ali nadzorni organ več članov, odgovarja vsak član zase, razen če je bilo dolžno nadzorstvo s pravnim aktom naloženo le posameznim članom ali ožji skupini članov.⁹⁷

⁹² Določbe prvega odstavka 15. a člena ZP-1.

⁹³ Določbe prvega odstavka 15. člena ZP-1

⁹⁴ L. Selinšek, Razmerje med neposrednim storilec prekrška in odgovorno osebo po ZP-1, 2014, str. 61–62.

⁹⁵ Določbe drugega odstavka 15. člena ZP-1

⁹⁶ L. Selinšek, v: P. Čas, 2018, Zakon o prekrških (ZP-1) s komentarjem, str. 122.

⁹⁷ Določbe tretjega in četrtega odstavka 15. člena ZP-1.

Če je odgovorni osebi prenehala zaposlitev ali je subjekt, pri katerem je opravljala delo, prenehal obstajati, s tem njena odgovornost za prekršek ni prenehala. Izvzem odgovornosti za prekršek je mogoč le v primeru, če je ravnala po odredbi nadrejene odgovorne osebe ali vodstvenega ali nadzornega organa pravne osebe, državnega organa ali samoupravne lokalne skupnosti ali po odredbi samostojnega podjetnika posameznika ali posameznika, ki samostojno opravlja dejavnost, in je storila vse, kar je bila po zakonu, drugem predpisu ali po notranjem aktu tega subjekta dolžna storiti, da bi preprečila prekršek.⁹⁸

7 Zaključek

Zaradi vedno naprednejših tehnoloških orodij postaja varnost informacijsko-komunikacijskih sistemov in podatkov vedno zahtevnejša naloga. Pomembno vlogo pri zagotavljanju kibernetske varnosti ima tudi regulativni okvir, ki smo ga predstavili v prispevku. Posebej smo se osredotočili na vprašanja, povezana s prekrški s področja kibernetske varnosti, še zlasti na vprašanje odgovornosti storilca za prekršek. To je eno izmed težjih pravnih vprašanj, ki se pojavljajo v prekrškovnem pravu. V prispevku smo tudi na splošno orisali prekrškovno pravo in prikazali, kako deluje na področju sodobne informacijske varnosti, ki se zaradi razvoja tehnologije in posledično vedno strožjih varnostnih zahtev zelo hitro spreminja. ZInfV je bil sprejet leta 2018 in je bil že večkrat spremenjen, nazadnje v letošnjem letu z novelo ZInfV-B.⁹⁹ Še več sprememb je bil deležen ZEKom-2, ki je na novo določil kar nekaj prekrškov oz. razširil in nadgradil obstoječe iz ZEKom-1. Naslednja večja sprememba prekrškovnega prava na področju informacijske varnosti se obeta prihodnje leto, ko se izteče rok za implementacijo NIS-2 direktive. Tudi z visokimi globami, primerljivimi z globami, ki jih določa GDPR za kršitve varstva osebnih podatkov, zakonodajalec za najhujše kršitve obveznosti s področja informacijske varnosti izkazuje skrb in pomen tega pomembnega področja.

Sicer na obravnavanem področju splošne pogoje odgovornosti za prekršek ureja ZP-1 (*lex generalis*). Prekrške s področja informacijske varnosti in možne storilce posameznih prekrškov urejajo posebni predpisi, zlasti zakoni (*lex specialis*). V RS sta to ZInfV in ZEKom-2 (*lex specialis*). Poleg opisov prepovedanih ravnanj (materialnih znakov prekrška) določata tudi storilce prekrškov ter sankcije.

⁹⁸ Določbe tretjega odstavka 15.a člena ZP-1.

⁹⁹ Uradni list RS, št. 49/2003.

ZInfV razlikuje med štirimi skupinami zavezancev, za katere predpisuje tudi različne obveznosti. Posledično tudi ločeno določa prekrške za različne možne kršitelje obveznosti, in sicer: 37. člen določa prekrške za izvajalce bistvenih storitev, 38. člen določa prekrške za ponudnike digitalnih storitev, 39. člen prekrške organov državne uprave, medtem ko 39. a člen določa prekrške povezanih oseb. ZEKom-2 določa prekrške, ki jih lahko izvršijo operaterji¹⁰⁰ in izvajalci govornih komunikacijskih storitev.¹⁰¹

Kar je skupno vsem prekrškom, določenih z ZInfV in ZEKom-2, je, da se kot storilec prekrška ne pojavlja posameznik (fizična oseba) ter da se prekrški praviloma izvršijo z opustitvenim ravnanjem (zavezanec ne izvrši zakonskih zahtev – zapovedi). Sicer so kot storilci posameznih prekrškov določene pravne osebe, samostojni podjetniki posamezniki, posamezniki, ki samostojno opravljajo dejavnost, ter njihove odgovorne osebe. ZInfV (dodatno) določa tudi odgovornost odgovorne osebe v državnem organu, samoupravni lokalni skupnosti ali v drugi osebi javnega prava, če ima ta subjekt javnega prava status izvajalca bistvenih storitev, za prekršek, ki ga lahko izvrši ta skupina zavezancev (izvajalci bistvenih storitev). Poleg tega ZInfV določa odgovornost odgovorne osebe državnih organov tudi za prekrške, ki jih izvršijo organi državne uprave.

ZInfV in ZEKom-2 za vsak subjekt (za vsakega storilca) določata različno sankcijo. Odgovornost vseh naštetih subjektov (storilcev prekrškov, določenih z določbami ZInfV in ZEKom-2) pa se ugotavlja po splošnih pravilih ZP-1.

Literatura

- Dokl, Jure, Kibernetska varnost omrežij, magistrsko delo, Univerza v Ljubljani, Fakulteta za družbene vede, Ljubljana 2012.
- Dunn Myriam, Comparative Analysis of Cybersecurity Initiatives Worldwide. ITU, WSIS Thematic Meeting on Cybersecurity, Ženeva 2005, dostopno na: https://www.itu.int/osg/spu/cybersecurity/docs/Background_Paper_Comparative_Analysis_Cybersecurity_Initiatives_Worldwide.pdf (1. 9. 2021).
- Čas Petra, Orel Nuša, v: Zakon o prekrških (ZP-1) s komentarjem, P. Čas et al. (ur.), GV Založba, Ljubljana 2018.
- Flander Benjamin, Tičar Bojan, The Right to Security - An Outline of the Legal Regulation at the State and Local Levels in Slovenia, Revija za kriminalistiko in kriminologijo, Let. 70 (2019), št. 5, str. 422–438.
- ISJFR ZRC SAZU, 2014, Slovar slovenskega knjižnega jezika, druga, dopolnjena in deloma prenovljena izdaja, spletna izdaja (SSKJ), dostopna na:

¹⁰⁰ Določbe 22. do 37. točke prvega odstavka 299. člena ZEKom-2.

¹⁰¹ Določbe 38. in 39. točke prvega odstavka 299. člena ZEKom-2.

- <https://fran.si/iskanje?View=1&Query=kibernetika&All=kibernetika&FilteredDictionaryIds=133> (1. 9. 2021).
- Jakulin Vid, Kazniva dejanja in prekrški zoper javni red in mir, Podjetje in delo, Let. 28 (2002), št. 6-7, str. 1457.
- Komisija, 2013, Predlog Direktive Evropskega parlamenta in Sveta o ukrepih za zagotavljanje visoke skupne ravni varnosti omrežij in informacij v Uniji. Dostopen na: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/SL/TXT/HTML/?uri=CELEX:52013PC0048&from=sl> (20. 8. 2021).
- Komisija a, 2020, Sporočilo Komisije o strategiji EU za varnostno unijo. Dostopno na: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A52020DC0605> (31. 8. 2021).
- Komisija b, 2020, Predlog Direktive Evropskega parlamenta in Sveta o ukrepih za visoko skupno raven kibernetske varnosti v Uniji in razveljavitvi direktive (EU) 2016/1148. Dostopen na: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/SL/TXT/HTML/?uri=CELEX:52020PC0823&from=EN> (31. 8. 2021).
- Mantelero Alessandro, Vaciago Giuseppe, Esposito Maria Samantha, Monte Nicole, The Common EU Approach to Personal Data and Cybersecurity Regulation, International Journal of Law and Information Technology, Let. 28 (2020), št. 4, str. 297–328.
- Ministrstvo za javno upravo, 2021, Predlog Zakona o elektronskih komunikacijah (ZEKom-2), dostopen na: <https://e-uprava.gov.si/drzava-in-druzba/e-demokracija/predlogi-predpisov/predlog-predpisa.html?id=10097> (3. 10. 2023).
- Papakonstantinou Vagelis, Cybersecurity as Praxis and as a State: The EU Law Path Towards Acknowledgement of a New Right to Cybersecurity?, Computer Law & Security Review, Let. 44 (2022), str. 1–15.
- Primec Andreja, Materialnopravna ureditev prekrškov (administrativnih kršitev) na področju informacijske varnosti, v: 1. konferenca prava informacijske varnosti : zbornik 2020, Lexpera, GV založba, Ljubljana 2020.
- Primec Andreja, Odgovornost za prekrške s področja informacijske varnosti, v: 2. konferenca prava informacijske varnosti : zbornik 2021, Lexpera, GV založba, Ljubljana 2021.
- Pursiainen Christer, Kytömaa Eero, From European Critical Infrastructure Protection to the Resilience of European Critical Entities: What Does it Mean?, Sustainable and Resilient Infrastructure, Let. 8 (2022), št. 1, str. 85-101.
- Selinšek Liljana, Predpisovanje prekrškov v odlokih samoupravnih lokalnih skupnosti skladno z ZP-1, Lex localis, Let. 1 (2003), št. 3, str. 103–119.
- Selinšek Liljana, Razmerje med neposrednim storilcem prekrška in odgovorno osebo po ZP-1, v: Zbornik 9. dnevi prekrškovnega prava, GV Založba, Ljubljana 2014.
- Selinšek Liljana, v: Zakon o prekrških (ZP-1) s komentarjem, P. Čas et al. (ur.), GV Založba, Ljubljana 2018.
- Senčar Alojz, Kaznivalna praksa policije za prekrške, v: Zbornik 6. dnevi prekrškovnega prava, GV Založba, Ljubljana 2011.
- Tičar Bojan, Primec Andreja, Pravna ureditev prekrškov in administrativnih kršitev v gospodarstvu (de lege lata), v: 26. Gospodarski subjekti na trgu in evropske dimenzije, V. Rijavec (ur.), Univerzitetna založba Univerze v Mariboru, Maribor 2018.
- Tratar Boštjan, Pomen pregona prekrškov za varnost v družbi, v: Varstvoslovje med teorijo in prakso: Zbornik prispevkov, T. Pavšič Mrevlje (ur.), Fakulteta za varnostne vede UM, Ljubljana 2009.
- URSIV, 2021 – Urad Republike Slovenije za informacijsko varnost; dostopno na: <https://www.gov.si/drzavni-organi/vladne-sluzbe/urad-vlade-za-informacijsko-varnost/o-uradu-vlade-za-informacijsko-varnost/> (12. 9. 2021)
- Vlada RS, 2016, Predlog zakona o informacijski varnosti. Dostopen na: <https://e-uprava.gov.si/drzava-in-druzba/e-demokracija/predlogi-predpisov/predlog-predpisa.html?id=8587> (obiskano 2. 9. 2021).
- Vlada RS, 2021, Predlog sprememb in dopolnitev Zakona o informacijski varnosti (ZInfV-A), dostopen na: <https://imss.dz-rs.si/IMiS/ImisAdmin.nsf/ImisnetAgent?OpenAgent&2&DZ->

MSS-01/156842f84cdd96263e4dcb82fa49756484939dd99d0297546daec874200edd17 (3. 10. 2023).

SUMMARY

Cybersecurity has exceeded its original boundaries and expanded to all areas of social life. In addition to all the benefits of digitalisation, it also creates risks of malicious use of electronic information potential. In Slovenia, the right to cyber security has a constitutional legal basis, and information security is regulated in EU regulations and directives as a narrower part of cyber security. Cyber security plays a crucial role in regulating the safe flow of information, the integrity of the entire information system and preventing misuse in the use of digital information. The legal regulation of cyber and information security means ensuring an appropriate normative framework that legally enables the smooth flow of electronic information without unauthorised access by third parties and protects users from misuse or destruction of the same. Cyber security includes the confidentiality, integrity, and accessibility of information, whether in digital, print or some other form.

In addition, the contribution presents an analysis of the legal regulation of prescription and sanctioning of offences in the cyber or information security field in light of contemporary Slovenian information legislation. This is one of the more complex legal issues in tort law. In the article, we also generally outlined misdemeanour law and showed how it works in modern information security, which is changing very quickly due to the development of technology and, as a result, increasingly strict security requirements. The fundamental legal act in Slovenia in information security, the Information Security Act (ZInfV), was adopted in 2018 and has been amended several times, most recently with the amendment ZInfV-B. The Electronic Communications Act (ZEKom-2) underwent even more changes, which newly defined quite a few offences or expanded and upgraded the existing ones from the previous act (ZEKom-1). The following significant shift in misdemeanour law in the field of information security is expected next year when the deadline for the implementation of the NIS-2 directive expires. Even with high fines, comparable to the fines set by the GDPR for violations of personal data protection, the legislator for the most severe violations of obligations in the field of information security shows concern and the importance of this crucial area.

Otherwise, in the area under consideration, the general conditions of responsibility for a misdemeanour are governed by the Misdemeanours Act – ZP-1 (*lex generalis*) 2. Misdemeanours in information security and possible perpetrators of individual misdemeanours are handled by special regulations, especially laws (*lex specialis*). In Slovenia, these are ZInfV and ZEKom-2. In addition to descriptions of prohibited conduct (material signs of a misdemeanour), they also specify the perpetrators of the misdemeanours and the sanctions.

The ZInfV distinguishes between four groups of taxpayers, for which it prescribes different obligations. As a result, it also separately determines offences for various potential violators of obligations, namely: Article 37 determines violations for providers of essential services, Article 38 determines offences for providers of digital services, Article 39 for offences by state administration bodies, while Article 39a determines crimes related to persons. ZEKom-2 defines offences that operators and providers of voice communication services can commit.

What is common to all misdemeanours defined by ZInfV and ZEKom-2 is that an individual (natural person) does not appear as the perpetrator of the misdemeanour. That misdemeanours are generally committed by omission (the obligee does not comply with legal requirements - orders). Otherwise, the perpetrators of individual offences are certain legal entities, self-employed individuals, and their responsible persons. The ZInfV (additionally) also determines the liability of a responsible person in a state body, a self-governing local community, or another public law entity, namely, if this public law entity has the status of a provider of essential services, for an offence that can be committed by this group of liable parties (providers of essential services). In addition, the ZInfV stipulates the

responsibility of the responsible person of state authorities for misdemeanours committed by state administration authorities.

ZInfV and ZEKom-2 determine a different sanction for each entity (for each "perpetrator"). The responsibility of all the listed subjects (perpetrators of offences determined by the provisions of ZInfV and ZEKom-2) is established according to the general rules of ZP-1 (*lex generalis*).

MANIPULACIJA TRGA FINANČNIH INSTRUMENTOV Z UPORABO SPLETNIH PLATFORM

MELANIJA LANGO,¹ MIHA ŠEPEC²

¹ Dun & Bradstreet d.o.o., Ljubljana, Slovenija
melanija.lango@gmail.com

² Univerza v Mariboru, Pravna Fakulteta, Maribor, Slovenija
miha.sepec@um.si

Prispevek analizira učinkovitosti veljavne zakonodaje na področju naraščajoče grožnje tehnološkega manipuliranja na trgu finančnih instrumentov v ZDA in Sloveniji. Nedavna manipulacije delnice GameStopa, ki je bila aprila 2020 vredna le 2,80 dolarja, po ravnanju špekulantov na forumu Reddit pa se je njen tečaj povzpел za skoraj 700 odstotkov, je opozorila na sivo cono v pravnem sistemu ZDA. Ravnanje odpira vprašanje, ali dogovarjanje na spletnih forumih, kot je Reddit, sploh izpolnjuje znake kaznivega dejanja tržne manipulacije in ali bi morali moderatorji spletnih forumov omejiti tovrstno komunikacijo. Trenutno veljavna zakonodaja EU za razliko od ZDA deluje preventivno pred prenapihnenostjo tečajev delnic s samodejnimi sistemi. Ti namreč začasno ustavijo trgovanje z vrednostnimi papirji, ki na seji narastejo za 10 odstotkov, in nato spet pri prirastu za 5 odstotkov. Vendar varovala niso vedno dovolj, pomembna je tudi učinkovita in jasna zakonodaja, ki odvrta tovrstno manipulacijo in varuje celovitost trga finančnih instrumentov.

DOI
[https://doi.org/
10.18690/um.pf.1.2024.10](https://doi.org/10.18690/um.pf.1.2024.10)

ISBN
978-961-286-817-8

Ključne besede:
finančni instrument,
zloraba trga,
delniški trgi,
tržna manipulacija,
spletne platforme



Univerzitetna založba
Univerze v Mariboru

DOI

[https://doi.org/
10.18690/um.pf.1.2024.10](https://doi.org/10.18690/um.pf.1.2024.10)

ISBN

978-961-286-817-8

Keywords:

financial instrument,
market abuse,
stock markets,
market manipulation,
online platforms

MANIPULATION OF FINANCIAL INSTRUMENTS MARKET USING ONLINE PLATFORMS

MELANIJA LANGO,¹ MIHA ŠEPEC²

¹ Dun & Bradstreet d.o.o., Ljubljana, Slovenia
melanija.lango@gmail.com

² University of Maribor, Faculty of Law, Maribor, Slovenia
miha.sepec@um.si

This paper undertakes a comprehensive examination of existing criminal legislation in the United States and Slovenia governing the burgeoning technological threat of market manipulation in light of the escalating cyber threats on online platforms. The GameStop stock incident with surge stock price, from a mere \$2.80 in April 2021 to an astounding 700 percent increase, as orchestrated by speculators on the Reddit forum, has illuminated ambiguities within the US legal landscape. This incident prompts a critical inquiry into whether activities such as collusion on online platforms like Reddit can be construed as market manipulation and the potential role of forum moderators in overseeing user behaviour. The GameStop scenario highlights the shifting dynamics of financial markets in the digital age, where traditional frameworks struggle to keep abreast of the sophisticated strategies employed by technologically adept players. The swift dissemination of information on online platforms muddles the distinction between authentic market sentiment and orchestrated manipulation. The anonymity afforded by electronic communication, the vastness of cyberspace, and rapid technological progress create an environment conducive to the emergence of innovative financial technologies and tactics for market manipulation.



1 Uvod

Madžarsko-ameriški poslovnež in družbeni aktivist *George Soros* je izjavil, da borzni baloni¹ ne nastanejo iz nič, temveč imajo dejansko trdno podlago, vendar v resničnosti, ki jo je izkrivilo zmotno prepričanje.² Zmotna prepričanja so gonilna sila borze, saj je optimizem na borzi ključnega pomena za rast cen. Vendar je potrebno razlikovati, kdaj so ta zmotna prepričanja plod izkrivljene percepcije in pretiranega optimizma in kdaj posledica manipulativnega razširjanja napačnih, zavajajočih informacij ali govoric. Tržna manipulacija vsekakor ni nov koncept in je stara vsaj toliko kot trgovanje na organiziranih borzah.³ Prav tržna manipulacija je bila eden izmed glavnih vzrokov za padec ameriške borze leta 1929.⁴ Predpogoja za nemoteno delovanje trga finančnih instrumentov sta pravna varnost in zaupanje javnosti v trge, kljub temu je le malo znanega o dejanski razširjenosti in vplivu tržne manipulacije.⁵ Kaznivo dejanje tržne manipulacije je namreč težko zaznati, poleg tega je empiričnih študij o razširjenosti tržne manipulacije izredno malo.

Pregled pregona borznega kriminala, ki ga je v letu 2018 za obdobje od 1. 1. 1995 do 26. 1. 2017 opravilo Vrhovno državno tožilstvo RS, obsega le pet kaznivih dejanj zlorabe trga finančnih instrumentov po 239. členu Kazenskega zakonika⁶ (KZ-1).⁷ Za obdobje od 2012 do 2016 pa uradni statistični podatki kažejo, da v Sloveniji za kaznivo dejanje po 239. členu KZ-1 ni bilo ne obtožb ne pravnomočnih obsodb.⁸

Ob tako skopi statistiki se poraja vprašanje, kaj je razlog za tako stanje. Ali je težava v neustreznem normiranju, ki ni dovolj natančno in dosledno? Dejstvo je, da mora zakonodajalec strmeti k čim večji jasnosti pravnih pravil, a določena stopnja abstraktnosti je nujna pri tržni manipulaciji, kjer obstajajo raznovrstne in vedno nove

¹ Borzni baloni nastanejo, ko je ravnovesje med tržno in notranjo vrednostjo nekega premoženja oz. sredstev porušeno zaradi preventnega trgovanja in nerealnih cen. Več o tem v C. P. Kindleberger, Z. A. Robert, 2011, *Manias, Panics and Crashes: A History of Financial crises*.

² »Stock market bubbles don't grow out of thin air. They have a solid basis in reality, but reality as distorted by a misconception.« Dostopno na: https://www.brainyquote.com/quotes/george_sor
https://www.brainyquote.com/quotes/george_soros_173295os_173295. Več o tem v R. Chawla, 2020, *How to Make Money in Stock Market*.

³ Več o tem v J. W. Markham, 2015, *Law Enforcement and the History of Financial Market Manipulation*.

⁴ B. Merritt Fox, L. R. Glosten, G. V. Rauterberg, *Stock Market Manipulation and Its Regulation*, 2018, str. 67.

⁵ Več o tem v T. J. Putniš, *Market Manipulation: A Survey*, 2012, str. 952.

⁶ Uradni list RS št. 50/12 - uradno prečiščeno besedilo, 6/16 - popr., 54/15, 38/16, 27/17, 23/20, 91/20, 95/21, 186/21, 105/22 - ZZNŠPP in 16/23.

⁷ H. Jenull, *Skromni rezultati pregona borzne kriminalitete*, 2019, str. 6.

⁸ D. Korošec, K. Filipičič, S. Zdolšek et al., 2019, *Veliki Znanstveni Komentar Posebnega Dela Kazenskega Zakonika (KZ-1)*, str. 967.

metode. Ali sta morda kriva neodzivnost in pomanjkanje znanja pravosodnih organov?⁹

Še preden uspemo odgovoriti na navedena vprašanja, se zavemo, da se zakonodajalec že nahaja pred novim izzivom. Hitro razvijajoči kibernetski prostor je postal novo igrišče tržnih manipulatorjev. Anonimnost elektronske komunikacije, razsežnost kibernetskega prostora in hiter tehnološki napredek ustvarjajo idealne pogoje za razvoj novih finančnih tehnologij in taktik za tržno manipulacijo. Zakonodajalec se nahaja pred zahtevnim izzivom, kako oblikovati zakonodajo, da varuje vlagatelje pred neposrednimi ali posrednimi izgubami, ki so lahko posledica kibernetske tržne manipulacije.¹⁰

Prispevek v drugem poglavju obravnava zlorabo trga finančnih instrumentov, kjer so zajete tržne manipulacije, kazniva dejanja zlorabe trga finančnih instrumentov, kibernetska manipulacija trga finančnih instrumentov, ter analizira dejanskega primera delnice GameStop. Tretje poglavje se ukvarja z vprašanjem kazensko-pravne regulacije manipulacij trga finančnih instrumentov prek spletnih platform, s primerjalno-pravno analizo ureditve v ZDA in z vprašanjem, kakšno naj bo sankcioniranje spletne manipulacije vrednostih papirjev v slovenskem pravnem prostoru. V zadnjem poglavju prispevek strni posamezne zaključke.

2 Zloraba trga finančnih instrumentov

2.1 Splošno o zlorabi trga finančnih instrumentov

Celovitost trga finančnih instrumentov je poglavitnega pomena, da deluje učinkovito in pregledno.¹¹ Pojem zloraba trga finančnih instrumentov zajema trgovanje z notranjimi informacijami, njihovo protipravno razkritje in tržno manipulacijo. Popolna in ustrezna preglednost trga je predpogoj za trgovanje za vse gospodarske udeležence na povezanih finančnih trgih.¹²

V Evropski uniji (EU) je področje zlorab trga najprej urejala Direktiva 2003/6/ES Evropskega parlamenta in Sveta z dne 28. januarja 2003 o trgovanju z notranjimi

⁹ Povzeto po H. Jenull, Skromni rezultati pregona borzne kriminalitete, 2009, str. 6–8.

¹⁰ Povzeto po T. C. Lin, *The New Market Manipulation*, 2017, str. 1253.

¹¹ Agencija za trg vrednostnih papirjev, 2017, Pojasnila k uredbi o zlorabi trga (MAR), str. 2.

¹² Prav tam, str. 3.

informacijami in tržni manipulaciji (zloraba trga)¹³ (Direktiva MAD). Desetletje kasneje je bila zaradi potrebe dodatne regulacije trga finančnih instrumentov sprejeta še Uredba (EU) št. 596/2014 Evropskega parlamenta in Sveta z dne 16. aprila 2014 o zlorabi trga ter razveljavitve Direktive 2003/6/ES Evropskega parlamenta in Sveta ter direktiv Komisije 2003/124/ES, 2003/125/ES in 2004/72/ES¹⁴ (Uredba o zlorabi trga oz. Uredba MAR), ki je začela veljati 2. 7. 2014, uporabljati pa se je začela 3. 7. 2016.

Direktiva 2014/65/EU Evropskega parlamenta in Sveta z dne 15. maja 2014 o trgih finančnih instrumentov ter spremembi Direktive 2002/92/ES in Direktive 2011/61/EU¹⁵ (Direktiva 2014/65) v oddelku C priloge ena taksativno našteva tudi, kaj se uvršča pod pojem finančni instrument, kot ga razume direktiva, in sicer: prenosljivi vrednostni papirji, instrumenti denarnega trga; enote kolektivnih naložbenih podjetij; opcije, terminske pogodbe, menjalni posli, nestandardizirane terminske pogodbe in druge pogodbe na izvedene finančne instrumente v zvezi z vrednostnimi papirji, valutami, obrestnimi merami, pravicami do emisije ali donosi ali drugi izvedeni finančni instrumenti, finančni indeksi ali finančni ukrepi, ki jih je mogoče poravnati fizično ali v gotovini; opcije, terminske pogodbe, menjalni posli, nestandardizirane terminske pogodbe in druge pogodbe na izvedene finančne instrumente v zvezi z blagom, ki morajo biti poravnani v gotovini ali so lahko poravnani v gotovini po izbiri ene od pogodbenih strank (drugače kot zaradi neizpolnitve obveznosti ali drugega razloga za prenehanje); opcije, terminske pogodbe, menjalni posli in druge pogodbe na izvedene finančne instrumente v zvezi z blagom, ki se lahko poravnajo fizično, pod pogojem, da so predmet trgovanja na reguliranem trgu, MTF ali OTF, razen veleprodajni energetski proizvodi, s katerimi se trguje v OTF, ki morajo biti fizično poravnani; opcije, standardizirane terminske pogodbe, menjalni posli, nestandardizirane terminske pogodbe in katerekoli druge pogodbe na izvedene finančne instrumente v zvezi z blagom, ki se lahko poravnajo fizično ter sicer niso omenjene v točki šest oddelka C priloge ena in nimajo poslovnih namenov, imajo pa značilnosti drugih izvedenih finančnih instrumentov; izvedeni finančni instrumenti za prenos kreditnih tveganj; finančne pogodbe na razlike; opcije, terminske pogodbe, menjalni posli, nestandardizirane terminske pogodbe in druge pogodbe na izvedene finančne instrumente v zvezi s spremenljivkami ozračja, prevoznimi stroški, stopnjami inflacije ali drugi uradni ekonomski statistični podatki,

¹³ UL L 96, 12. 4. 2003.

¹⁴ UL L 173, 12. 6. 2014.

¹⁵ UL L 173, 12. 6. 2014.

ki morajo biti poravnani v gotovini ali se lahko poravnajo v gotovini po izbiri ene od pogodbenih strank (drugače kot zaradi neizpolnitve obveznosti ali drugega razloga za prenehanje), ter katerakoli druga pogodba na izvedene finančne instrumente v zvezi s sredstvi, pravicami, obveznostmi, indeksi in ukrepi, ki sicer ni navedena v tem oddelku in ki ima značilnosti drugih izvedenih finančnih instrumentov, ob upoštevanju, ali so med drugim predmet trgovanja na reguliranem trgu, OTF ali MTF.¹⁶ Slednja definicija finančnega instrumenta je v večjem delu prenesena tudi v slovensko zakonodajo, kjer je finančni instrument definiran v 7. členu Zakona o finančnih instrumentih¹⁷ (ZTFI-1).

Uredba MAR zagotavlja, da predpisi EU sledijo tržnemu razvoju in tako omogoča učinkovit boj proti zlorabam na finančnih in blagovnih trgih ter trgih izvedenih finančnih instrumentov.^{18, 19} Pravila Uredbe MAR s primarnim ciljem zagotoviti celovit trg finančnih instrumentov v EU, vzpostavljajo kognitivna pravila, ki urejajo trgovanje z notranjimi informacijami, njihovo protipravno razkritje in tržno manipulacijo ter določajo ukrepe za preprečitev razkritja in manipulacije.²⁰ Uredba MAR definira tudi pojem zlorabe trga kot pojem, ki vključuje protipravno ravnanje na finančnih trgih ter se za namene te uredbe razume, da zajema trgovanje z notranjimi informacijami, njihovo protipravno razkritje in tržno manipulacijo. Takšno ravnanje onemogoča popolno in ustrezno preglednost trga, ki je predpogoj za trgovanje za vse gospodarske udeležence na povezanih finančnih trgih.²¹

Kazenske sankcije za kršitve določil Uredbe MAR je EU uredila aprila 2014 s sprejetjem Direktive 2014/57/EU Evropskega parlamenta in Sveta z dne 16. aprila 2014 o kazenskih sankcijah za zlorabo trga²² (Direktiva CSMAD). Direktiva CSMAD je bila sprejeta, ker je Larosièrjeva skupina ugotovila, da so sistemi sankcij držav članic na splošno šibki in raznoliki. Cilj Direktive CSMAD je tako določiti minimalna pravila za kazenske sankcije za trgovanje z notranjimi informacijami, protipravno razkritje notranjih informacij in tržno manipulacijo, s ciljem zagotoviti celovitost finančnih trgov v EU ter povečati zaščito vlagateljev in zaupanje v

¹⁶ Direktiva 2014/65/EU, Priloga I, oddelek C.

¹⁷ Uradni list RS, št. 108/10, 78/11, 55/12, 105/12 – ZBan-1J, 63/13 – ZS-K, 30/16, 9/17, 77/18 – ZTFI-1, 66/19 – ZTFI-1A in 123/21 – ZTFI-1B.

¹⁸ Izvedeni finančni instrumenti trgujejo s primarnimi proizvodi, kot so zlato, pšenica itd., in finančnimi instrumenti, ki na njih temeljijo. Več o tem dostopno na: <https://vlagatelj.atvp.si/Default.aspx?id=32>.

¹⁹ Agencija za trg vrednostnih papirjev, 2017, Pojasnila k Uredbi MAR, str. 5.

²⁰ Prav tam, str. 20.

²¹ Preambula Uredbe MAR.

²² UL L 173, 12.6.2014.

finančne trge.²³ Direktiva CSMAD med drugim določa minimalna pravila glede opredelitve kaznivih dejanj, ki jih zagrešijo fizične osebe, odgovornost pravnih oseb in ustrezne sankcije. Države članice morajo v skladu z Direktivo CSMAD v nacionalni zakonodaji opredeliti najkrajšo dolžino najvišje zaporne kazni za najhujše kršitve zvezi s trgovanjem z notranjimi informacijami, tržno manipulacijo in protipravnim razkritjem notranjih informacij.²⁴ Cilj Direktive CSMAD je vzpostaviti enotni, trdni in odvračalni sistem sankcij za vse oblike finančnega kriminala, tj. sankcije, ki bi jih bilo treba učinkovito izvrševati za zagotovitev celovitosti trga.

Regulacija zlorabe trgov finančnih instrumentov v Združenih državah Amerike (ZDA) sega v leto 1933, ko je bil po zlomu borze sprejet zakon Securities Act,²⁵ ki ima dva glavna cilja: zagotoviti večjo preglednost računovodskih izkazov, da vlagatelji lahko sprejemajo informirane odločitve o naložbah ter sankcioniranje lažnega predstavljanja in goljufivih dejavnosti na trgih finančnih instrumentov.²⁶ Leta 1934 je bil sprejet še zakon Securities Exchange Act, ki določa in prepoveduje tudi nekatera ravnanja na finančnih trgih.²⁷ Zakon Insider Trading Sanction Act je leta 1988 noveliral Securities Exchange Act in razširil pooblastila Komisije za vrednostne papirje in borzo (SEC) glede trgovanja z notranjimi informacijami.²⁸ Poleg prej navedenih zakonov področje zlorabe trga ureja še leta 1984 sprejet zakon Insider Trading Sanction Act, ki SEC dovoljuje, da zahteva civilno kazen, in sicer do trikratne višine dobička ali izgube od tistih, ki so bili spoznani za krive uporabe notranjih informacij pri trgovanju, in tistih, ki so posredovali informacije, ki niso splošno dostopne javnosti, poleg tega določa kazenske sankcije za tovrstno vedenje.²⁹ Najbolj radikalna zakonodaja na področju finančnih instrumentov pa je bila sprejeta 2002, in sicer zakon Sarbanes-Oxley Act (SOX), njegov cilj je bil izboljšati kakovost razkritij podjetij, finančnega poročanja in neodvisnih revizij, zvišal je tudi civilne in kazenske sankcije za kršitve na področju finančnih instrumentov.³⁰

²³ Določba 1. člena Direktive CSMAD.

²⁴ Prav tam.

²⁵ S. Harnik, Notranje informacije: Skozi teorijo do prakse, 2001, str. 5.

²⁶ U.S. Securities and Exchange Commission, The Laws That Govern the Securities Industry, dostopno na: <https://www.investor.gov/introduction-investing/investing-basics/role-sec/laws-govern-securities-industry>.

²⁷ S. Harnik, Notranje informacije: Skozi teorijo do prakse, 2001, str. 5.

²⁸ U.S. Securities and Exchange Commission, The Laws That Govern the Securities Industry.

²⁹ C. Mitchell, Insider Trading Sanctions Act of 1984, 2021, dostopno na:

<https://www.investopedia.com/terms/i/insider-trading-sanctions-act-of-1984.asp>.

³⁰ R. Söderström, Regulating Market Manipulation: An Approach to Designing Regulatory Principles, str. 11.

Obdobja padcev borz in raznovrstnih finančnih škandalov so brez dvoma doprinesla k temu, da je danes trg finančnih instrumentov močno reguliran. Tako v ZDA kot v EU je mogoče zaznati trend, da postaja regulativa na področju zlorabe trga vedno številčnejša in je regulacija tega področja v zadnjih letih postala strožja, kazni za kršitve višje, povečal pa se je tudi obseg kaznivih dejanj.

2.2 Tržna manipulacija

Predhodno poglavje je orisalo zakonodajni okvir zlorabe trga finančnih instrumentov za lažje razumevanje splošnega regulativnega okvira tega področja, v nadaljevanju pa se prispevek osredotoča na analizo tržne manipulacije.

Tržna manipulacija s tečaji finančnih instrumentov je ravnanje, ki ponudbo in povpraševanje po finančnih instrumentih spremeni oz. izkrivi v korist nekaterih udeležencev na račun drugih udeležencev trga finančnih instrumentov.³¹

Allen in Gale sta leta 1992 v delu *Stock price manipulation* tržno manipulacijo razvrstila v tri skupine. Prva vrsta je tako imenovana »*action-based* manipulacija«, tj. manipulacija na podlagi delovanja, ko z ravnanjem spreminjamo dejansko ali zaznavno vrednost sredstev.³² Primer tovrstne manipulacije je prodaja finančnih instrumentov »na kratko« (»short selling«³³). Druga skupina je »*information-based* manipulacija«, tj. manipulacija na podlagi informacij in temelji na razširjanju napačnih, lažnih ali zavajajočih informacij.³⁴ Znan primer tovrstne manipulacije, t. i. »*trading pools*«, je iz leta 1929, ko so bili ustanovljeni »skladi« vlagateljev za trgovanje z delnicami. Sklad je kupil delnice podjetja in nato prek medijev širil pozitivne novice ali govornice o podjetju, nato pa so delnice prodajali med seboj, da so ustvarili iluzijo dobre prodaje delnice. Cilj je bil pritegniti pozornost in omogočiti nadaljnjo prodajo nič hudega sluteči javnosti po precej višji ceni od običajne.³⁵ »*Information-based* manipulacija« je natančnejše obravnavana v nadaljevanju prispevka. Najtežje izsledljiva oblika manipulacije je »*trade-based* manipulacija«, tj. manipulacija, ki temelji na trgovanju. V

³¹ A. Mavko, Prepoved tržne manipulacije na podlagi ZTFI, 2011, str. 1615.

³² Y. C. Huang, R. C. Y. Chen, Y. J. Cheng, *Stock Manipulation and Its Impact on Market Quality*, 2014, str. 4.

³³ Prodaja na kratko je prodaja finančnega instrumenta, izposojenega od nekoga drugega, z namenom odkupa istega finančnega instrumenta nazaj po nižji ceni. Če tečaj pade, prodajalec realizira dobiček, če tečaj naraste, pa ima prodajalec izgubo. Več o tem v L. Bernard, *Evropski trendi pri urejanju prodaje na kratko*, 2011, str. 13.

³⁴ Y. C. Huang, R. C. Y. Chen, Y. J. Cheng, *Stock Manipulation and Its Impact on Market Quality*, 2014, str. 3.

³⁵ *Lessons From the 1929 Stock Market Crash*, 2020, dostopno na: <https://maplemoney.com/the-1929-stock-market-crash/>.

tem primeru poskuša manipulator premakniti ceno vrednostnega papirja zgolj na podlagi lastnega trgovanja.³⁶

Teorija tržno manipulacijo nadalje deli na t. i. bikovske manipulacije, »*bull manipulations*«, katerih cilj je zvišati tečaj, in medvedje manipulacije oz. »*bear manipulations*«, pri katerih je cilj znižati tečaj. Velika večina manipulacij je usmerjena v višanje tečaja finančnega instrumenta, vendar je cilj manipulacije lahko tudi znižati tečaj. Korist, ki jo ima v tem primeru manipulator, je nižja nakupna cena finančnega instrumenta.³⁷ Metoda, ki jo najpogosteje uporabljajo medvedji manipulatorji, je »*short and distort*«, pri čemer gre za neetično in nezakonito ravnanje, ki vključuje prodajo delnice na kratko, ko manipulator s širjenjem govoric poskuša znižati tečaj. Gre za ravno obratno taktiko od »*pump and dump*«, pri kateri vlagatelj kupi delnico (zavzame dolgo pozicijo) in nato razširja napačne, lažne ali zavajajoče informacije, da se cena ciljne delnice zviša.³⁸

Tržna manipulacija je ena izmed najhujših kršitev na kapitalskem trgu, manipulatorji s svojim ravnanjem grobo posegajo v proces oblikovanja cen delnic glede na povpraševanje in ponudbo na trgu. Tržna manipulacija je prepovedana, ker z njo izkrivljajo cene, ovirajo oblikovanje cen in ustvarjajo izgube.³⁹ Manipulatorji s svojim ravnanjem ustvarjajo umetno visoke participacijske stroške, posledično vlagatelji za pridobitev finančnega instrumenta plačajo več oz. prejemaajo manj za odtujitev kot bi, če tržne manipulacije ne bi bilo.⁴⁰ Tržna manipulacija je izjemno kompleksno ravnanje, za razumevanje katerega je potrebno veliko tehničnega, pravnega, ekonomskega, psihološkega, medijskega in marketinškega znanja.⁴¹ Ceno tovrstnega ravnanja plačajo nevedni vlagatelji, ki ne sodelujejo v tržni manipulaciji in ne vedo ali manipulator finančne instrumente vrednoti po nižji ali višji ceni od tržne, posledično za nakup finančnega instrumenta plačajo več ali prejemaajo manj kot bi, če tržne manipulacije ne bi bilo.⁴² Manipulacija na trgu deluje odvrtačilno, saj prisotnost manipulatorjev na trgu vlagatelje odvrtača od vlaganja v tak trg in posledično zmanjšuje učinkovitost trga.⁴³

³⁶ A. Mavko, Prepoved tržne manipulacije na podlagi ZTFI, 2011, str. 1615.

³⁷ Prav tam.

³⁸ R. Whyman, Short and Distort: Bear Market Stock Manipulation, 2021.

³⁹ Y. C. Huang, R. C. Y. Chen, Y. J. Cheng, Stock Manipulation and Its Impact on Market Quality, 2014, str. 1.

⁴⁰ A. Mavko, Prepoved tržne manipulacije na podlagi ZTFI, 2011, str. 1615.

⁴¹ K. Hren, Manipulacija na trgu vrednostnih papirjev in odgovornost za manipulacijo, 2003, str. 1425.

⁴² Prav tam, str. 1433.

⁴³ A. Mavko, Prepoved tržne manipulacije na podlagi ZTFI, 2011, str. 1615.

Za manipulacijo bi lahko rekli, da je povsem normalen pojav in le ena od pojavnih oblik tržnega sistema v najširšem smislu. Regulator mora predvsem razlikovati med dovoljeno in nedovoljeno manipulacijo, ta meja pa je v sodobni družbi zaradi tolerance do manipulacije lahko precej fleksibilna.⁴⁴

Kot manipulatorji se v razpoložljivih raziskavah in teoriji najpogosteje pojavljajo borzni posredniki iz različnih borzno-posredniških hiš, sledijo zaposleni v upravah, člani nadzornih svetov družb, druge osebe, ki lahko razpolagajo tudi z notranjimi informacijami, nato večji delničarji in nazadnje razni finančni posredniki.⁴⁵ Gre za t. i. institucionalne vlagatelje, ki se pojavljajo predvsem zaradi dejstva, da je za uspešno izvedbo tržne manipulacije potrebno dobro poznati pravila delovanja kapitalskih trgov in razpolagati z večjimi finančnim sredstvi, mali vlagatelji pa z njimi ne razpolagajo.⁴⁶ Kljub temu lahko tako kaznivo dejanje stori tudi oseba, ki ni v ničemer povezana s subjektom, z vrednostnimi papirji katerega se trguje, saj interno poznavanje posla za izvršitev tega kaznivega dejanja ni potrebno.⁴⁷

Kljub številnim raziskavam in teorijam o tržni manipulaciji je dejanskih empiričnih dokazov še vedno malo.⁴⁸ Obstajajo indikacije, da je tržna manipulacija najpogostejša pri finančnih instrumentih z visoko stopnjo nesorazmernosti informacij in na srednje do manj likvidnih finančnih instrumentih. Verjetnost manipulacije je večja ob koncu četrletja, zlasti pri finančnih instrumentih z relativno visoko stopnjo lastništva vzajemnih skladov, kar kaže, da upravljavci skladov predstavljajo pomemben delež manipulatorjev.⁴⁹ Pojav tržne manipulacije je pogostejši tudi ob pomembnejših korporacijskih dogodkih, kot so nova izdaja delnic, izdaja obveznic, poročila o poslovnih dogodkih ipd.⁵⁰ Manipulatorji se načeloma izogibajo finančnih instrumentov z visoko stopnjo idiosinkratične volatilitosti, predvsem zaradi tveganj povezanih s takšnimi finančnimi instrumenti ter zaradi povečane verjetnosti, da bodo delnice sprožile opozorila in pritegnile pozornost regulatorja. To je tudi razlog, da je manipulacija redkejša na bolj reguliranih trgih.⁵¹

⁴⁴ K. Hren, Manipulacija na trgu vrednostnih papirjev in odgovornost za manipulacijo, 2003, str. 1437.

⁴⁵ D. Korošec, K. Filipčič, S. Zdošek et al., 2019, Veliki znanstveni komentar posebnega dela Kazenskega zakonika (KZ-1), str. 967.

⁴⁶ A. Mavko, Prepoved tržne manipulacije na podlagi ZTFI, 2011, str. 1615.

⁴⁷ D. Korošec, K. Filipčič, S. Zdošek et al., 2019, Veliki znanstveni komentar posebnega dela Kazenskega zakonika (KZ-1), str. 967.

⁴⁸ Y. C. Huang, R. C. Y. Chen, Y. J. Cheng, Stock Manipulation and Its Impact on Market Quality, 2014, str. 2.

⁴⁹ C. Comerton-Forde, T. J. Putniš, Stock Price Manipulation: Prevalence and Determinants, 2014, str. 28.

⁵⁰ K. Hren, Manipulacija na trgu vrednostnih papirjev in odgovornost za manipulacijo, 2003, str. 1427.

⁵¹ Y. C. Huang, R. C. Y. Chen, Y. J. Cheng, Stock Manipulation and Its Impact on Market Quality, 2014, str. 5.

Zaradi vsega navedenega je za preprečevanje tržne manipulacije nujno potrebna močna državna regulacija, pri čemer je učinkovito ter striktno uveljavljanje sankcij za kršitev prepovedi manipulacije bistvenega pomena za učinkovitost trga.

2.3 Kaznivo dejanje zlorabe trga finančnih instrumentov v slovenski zakonodaji

Tržna manipulacija je v slovenskem KZ-1 inkriminirana v 239. členu z naslovom »Zloraba trga finančnih instrumentov«. Člen vsebinsko delno povzema opredelitev tržne manipulacije po 12. členu Uredbe MAR. Razlika je, da je eden od zakonskih znakov kaznivega dejanje zlorabe trga po 239. členu KZ-1 ta, da se nanaša le na finančni instrument, po 12. členu Uredbe MAR pa je predmet tržne manipulacije določen širše, saj kot predmet tržne manipulacije poleg finančnega instrumenta določa tudi povezano blagovno promptno pogodbo in finančni produkt na dražbi na podlagi pravic do emisije ter referenčna merila.⁵²

Kaznivo dejanje zlorabe trga finančnih instrumentov je uvrščeno v poglavje kaznivih dejanj zoper gospodarstvo.

Dikcija 239. člena KZ-1 je sledeča:

(1) Kdor, zato da bi sebi ali komu drugemu pridobil protipravno premoženjsko korist, s prepovedanim ravnanjem zlorabi trg finančnih instrumentov tako, da:

I) sklene posel ali izda naročilo za trgovanje, ki udeležencem trga da napačno ali zavajajočo predstavo glede ponudbe, povpraševanja ali cene finančnega instrumenta, ali s tem ena ali več povezanih oseb zagotovijo ceno enega ali več finančnih instrumentov na nenormalni ali umetni ravni;

II) pri sklenitvi posla ali izdaji naročila za trgovanje uporabi fiktivna sredstva ali druge oblike goljufivega ravnanja;

III) razširja napačne ali zavajajoče informacije o finančnih instrumentih, z istim ciljem razširja govorice ter napačne in zavajajoče novice prek medijev, medmrežja ali na drug podoben način, se kaznuje z zaporom do treh let.

(2) Če je bila z dejanjem iz prejšnjega odstavka pridobljena velika premoženjska korist ali povzročena velika premoženjska škoda in je storilec hotel sebi ali komu

⁵² Agencija za trg vrednostnih papirjev, 2017, Pojasnila k Uredbi MAR, 2017, str. 89.

drugemu pridobiti tako premoženjsko korist ali drugemu povzročiti tako premoženjsko škodo, se kaznuje z zaporom do petih let.

Namen kaznivega dejanja zlorabe trga finančnih instrumentov je predvsem kazenskopravno varstvo trga vrednostnih papirjev, po čemer se to kaznivo dejanje bistveno loči od kaznivega dejanja preslepitve pri poslovanju z vrednostnimi papirji po 231. členu KZ-1, pri katerem gre za kazenskopravno zaščito posameznih oseb.⁵³ Pomembno je tudi razlikovanje med prekrškom kršitve 15. člena Uredbe MAR in kaznivim dejanjem po 239. členu KZ-1. Kaznivo dejanje se od prekrška razlikuje po dodatnem zakonskem znaku protipravne premoženjske koristi, ki pri prekršku ni potreben. Pri kaznivem dejanju po 239. členu pa je ključno, da je storilec zase ali za koga drugega pridobil protipravno premoženjsko korist.⁵⁴ Tako je kaznivost tržne manipulacije rezervirana le za najhujše oblike tržne manipulacije in oži cono kriminalnosti, ki jo določajo Uredba MAR, Direktiva CSMAD in ZTFI-1.⁵⁵

Tržna manipulacija je sredstvo zlorabe pri kaznivem dejanju zlorabe trga finančnih instrumentov. Storilec tega kaznivega dejanja z vplivanjem na tečaje poskuša preprečiti delovanje tržnih zakonitosti na trgu finančnih instrumentov, s končnim ciljem prodati finančne instrumente investitorjem nad realno ceno, ki je rezultat dejanskih gospodarskih razmer, ali od investitorjev pridobiti premoženje pod realno ceno. Rezultat tržne manipulacije so umetne ravni cen finančnih instrumentov. Manipulacija je torej zgolj sredstvo za dosegajo cilja, kazenskopravno gledano je tako samostojno inkriminirana predhodna faza. Končni cilj, ki nastopi po manipulaciji, pa je prerazporeditev premoženja manipulatorju, ki more sebi ali komu drugemu pridobiti veliko premoženjsko korist.⁵⁶ Slednje pomeni, da je potrebno dokazovati namen storilca, kar je v praksi velikokrat težavneje kot dokazovanje sebi ali komu drugemu pridobiti veliko premoženjsko korist, po drugi strani pa je res, da bo dovolj storilcu dokazati le namen pridobitve premoženjske koristi, četudi se to nikoli zares ne uresniči.

⁵³ D. Korošec, K. Filipčič, S. Zdolšek et al., 2019, Veliki znanstveni komentar posebnega dela Kazenskega zakonika (KZ-1), str. 959.

⁵⁴ Agencija za trg vrednostnih papirjev, 2017, Pojasnila k Uredbi MAR, 2017, str. 89.

⁵⁵ D. Korošec, K. Filipčič, S. Zdolšek et al., 2019, Veliki znanstveni komentar posebnega dela Kazenskega zakonika (KZ-1), str. 960.

⁵⁶ Prav tam.

Izvršitvena ravnanja kaznivega dejanja zlorabe trga finančnih instrumentov so razdeljena v tri skupine:

- kdor sklene posel ali izda naročilo za trgovanje, ki udeležencem trga da napačno ali zavajajočo predstavo glede ponudbe, povpraševanja ali cene finančnega instrumenta, ali s tem ena ali več povezanih oseb zagotovijo ceno enega ali več finančnih instrumentov na nenormalni ali umetni ravni;⁵⁷ storilec tega kaznivega dejanja želi premakniti ceno vrednostnega papirja zgolj na podlagi lastnega trgovanja. V danem primeru kavza ni tisti vzrok, ki ga kaže sama gospodarska vsebina posla, ampak je posel namenjen le zagotovitvi zavajajoče predstave o ponudbi, povpraševanju ali ceni finančnega instrumenta.^{58, 59}
- kdor pri sklenitvi posla ali izdaji naročila za trgovanje uporabi fiktivna sredstva ali druge oblike goljufivega ravnanja;⁶⁰ storilec tega kaznivega dejanja mora zasledovati cilj zlorabe trga finančnih instrumentov s tržno manipulacijo. Fiktivni posli so tisti, ki se sploh ne izvršijo, po zaključenemu poslu pa finančni instrument pristane v rokah lastnika. Tudi »druge oblike goljufivega ravnanja«⁶¹ morajo biti v skladu s tem členom po svoji naravi podobne ali enake uporabi fiktivnih sredstev kot tipične značilne oblike goljufije.⁶²
- kdor razširja napačne ali zavajajoče informacije o finančnih instrumentih, z istim ciljem razširja govorice ter napačne in zavajajoče novice prek medijev, medmrežja ali na drug podoben način, se kaznuje z zaporom do treh let.⁶³

Storilec razširja napačne informacije prek tradicionalnih ali elektronskih medijev, da bi vplival na ceno finančnih instrumentov. Za izvršitev tega kaznivega dejanja se mora manipulator zavedati, da so informacije napačne ali zavajajoče, in jih razširjati

⁵⁷ Določba 293. člena KZ-1.

⁵⁸ Primer tega je npr. »*painting the tapes*«, tj. udeležba v transakciji ali seriji transakcij, ki v svojem sistemu daje vtis o večji likvidnosti, kot je dejanska, in je zato tudi zavajajoča predstava o ceni instrumenta. Več o tem v D. Bernhardt, R. J. Davies, *Painting the Tape: Aggregate Evidence*. Economics Letters, 2005.

⁵⁹ D. Korošec, K. Filipčič, S. Zdolšek et al., 2019, Veliki znanstveni komentar posebnega dela Kazenskega zakonika (KZ-1), str. 962.

⁶⁰ Določba 293. člena KZ-1.

⁶¹ Primer tega so posli »*pump and dump*«, ko sta kupec in prodajalec kapitalsko povezana in izmenjujeta vlogo. Več o tem v M. T. Bradshaw, S. A. Richardson, R. G. Sloan, *Pump and Dump: An Empirical Analysis of the Relation Between Corporate Financing Activities and Sell-Side Analyst Research*, 2003.

⁶² D. Korošec, K. Filipčič, S. Zdolšek et al., 2019, Veliki znanstveni komentar posebnega dela Kazenskega zakonika (KZ-1), str. 262–263.

⁶³ Določba 293. člena KZ-1.

z namenom napačne ali zavajajoče predstave o povpraševanju in cenah finančnega instrumenta.⁶⁴

Storilec je v skladu s 1. in 2. točko prvega odstavka 239. člena KZ-1 lahko le tisti, ki sklene posel ali izda naročilnico za trgovanje, kar pomeni, da sta to dejanji *delicta propria*. V nasprotju s 1. in 2. točko pa je kaznivo dejanje iz 3. točke prvega odstavka splošno kaznivo dejanje, ki ga lahko stori vsak. Odgovornost pravnih oseb je določena v 4. točki 25. člena Zakona o odgovornosti pravnih oseb za kazniva dejanja⁶⁵ (ZOPOKD). Možne so tudi vse oblike udeležbe. Za sotorilstvo sta npr. pomembni ugotovitev, ali je uspeh kriminalnega dejanja odvisen od skupnega delovanja, in pri tem tudi ugotovitev, kolikšen pomen ima vloga posameznega udeleženca. Direktiva CSMAD je dala posebno težo tudi napeljevanju, ki ga loči od »pozivanja k takim dejanjem«, a v skladu z najbolj splošno opredelitvijo napeljevanja, da je to katerikoli način, s katerim je mogoče izzvati odločitev bodočega storilca kaznivega dejanja. Razlikovanje med pozivanjem in napeljevanjem ni utemeljeno, ker je pozivanje zgolj intenzivnejša oblika napeljevanja.⁶⁶

Izvršitvena ravnanja 239. člena KZ-1 so smiselno enaka tistim, ki jih določa ZTF-1, z razliko, da morajo ravnanja že dati napačno ali zavajajočo informacijo o finančnih instrumentih in ne zadostuje zgolj verjetnost za doseganje zavajajočih informacij ali možnost nastanka zavajajoče predstave za udeležence trga o ponudbi, povpraševanju ali ceni finančnega instrumenta.⁶⁷

Kaznivo dejanje zlorabe trga finančnih instrumentov lahko storilec izvrši le z direktnim (obarvanim) naklepom. Storilec mora delovati z namenom sebi ali komu drugemu pridobiti protipravno premoženjsko korist in s prepovedanim ravnanjem zlorabiti trg finančnih instrumentov. Pri presoji, ali je storilec ravnal naklepno, se ocenjuje njegovo poznavanje sprejemljivosti ali nedopustnosti tržnih praks ter poznavanja možnosti izkoriščanja trga in njegove integritete.⁶⁸ Dokazovanje slednjega se v praksi izkaže za precej težavno in ustvarja svojevrstno slepo pego tržne manipulacije. Ker je za izvršitev kaznivega dejanja zlorabe trga finančnih

⁶⁴ D. Korošec, K. Filipčič, S. Zdolšek et al., 2019, Veliki znanstveni komentar posebnega dela Kazenskega zakonika (KZ-1), str. 964–965.

⁶⁵ Uradni list RS, št. 98/04 – uradno prečiščeno besedilo, 65/08 in 57/12.

⁶⁶ D. Korošec, K. Filipčič, S. Zdolšek et al., 2019, Veliki znanstveni komentar posebnega dela Kazenskega zakonika (KZ-1), str. 967.

⁶⁷ Prav tam, str. 965.

⁶⁸ Prav tam.

instrumentov potrebno, da storilec deluje z namenom, je inkriminiran tudi poskus. Ni namreč pomembno, ali je storilec dosegel željeni učinek na trgu. Pri poskusu ugotavljamo namen povzročitve zavajajoče predstave o ponudbi, povpraševanju in ceni finančnega instrumenta ter hkrati namen pridobitve protipravne premoženjske koristi.⁶⁹

Določba 239. člena KZ-1 sicer ni v celoti blanketna, se je pa pri pojasnjevanju pomena posameznih določb smiselno obrniti na določbe prava EU o tržni manipulaciji (Uredba MAR, Direktiva MAD in Direktiva CSMAD), ki pojasnjujejo oblike tržne manipulacije in kazalnike za obstoj tržne manipulacije. KZ-1 v naboru oblik inkriminira le najhujše oblike tržne manipulacije, ki preidejo v zlorabo trga finančnih instrumentov.⁷⁰

Teoretično je mogoč realni stek s kaznivim dejanjem preslepitve pri poslovanju z vrednostnimi papirji, mogoč pa je tudi stek s kaznivim dejanjem ponareditve in uničenja poslovne listine po 235. členu KZ-1, saj gre v obeh primerih za dva različna objekta kazenskopravnega varstva.⁷¹

Kljub na videz trdnemu regulativnemu okvirju se v praksi kaže drugačna slika od obravnavanih petih zadev kaznivega dejanja po 239. členu KZ-1 (v obdobju od 1. 1. 1995 do 26. 1. 2017), ki jih je opravilo Vrhovno državno tožilstvo RS, kjer je bila ovadba v treh primerih zavržena. V dveh primerih, ker ni bil podan utemeljen sum, da naj bi bilo storjeno naznanjeno kaznivo dejanje, in v enem primeru, ker ni šlo za kaznivo dejanje, za katero se storilec preganja po uradni dolžnosti, saj sumi glede obstoja znakov kaznivega dejanja niso bili potrjeni (po dopolnitvi ovadbe in glede na odločitev v upravnem postopku). V eni zadevi je prišlo do odstopa od kazenskega pregona, ena zadeva pa je bila v času analize še pri policiji v postopku dopolnitve.⁷² V danem obdobju torej do obsodilne sodbe za kaznivo dejanje po 239. členu ni prišlo.

Ali je Slovenija morda imuna na tržno manipulacijo ali razlog tiči v plitkosti slovenske borze? Po drugi strani pa glede na nizko likvidnost slovenskega trga finančnih instrumentov zadošča že majhen obseg transakcij, ki lahko vplivajo na

⁶⁹ Prav tam str. 966.

⁷⁰ Prav tam, str. 960.

⁷¹ Prav tam, str. 966.

⁷² H. Jenull, Skromni rezultati pregona borzne kriminalitete, 2019, str. 7.

tečaje.⁷³ Najverjetneje je razlogov za slab pregon tovrstnih dejanj več, med drugim pomanjkanje specializiranega kadra za pregon, saj gre za kaznivo dejanje, ki je kompleksno po svoji naravi ter ga je z dobrim poznavanjem narave trga razmeroma enostavno prekriti. Vsekakor je smiselno ponovno preučiti normativni okvir in si za zgled vzeti dobre prakse sorodnih pravnih sistemov, ki so pri pregonu in inkriminaciji tega kaznivega dejanja bolj učinkoviti.

Prispevek se v nadaljevanju dotakne vprašanja pripravljenosti slovenskega regulatorja za spopad z novimi oblikami kibernetске zlorabe trga. Te namreč ustvarjajo novo *sivo cono* in za Slovenijo, ki že sedaj ni kos tržni manipulaciji, prinašajo še več pravnih dilem.

2.4 Kibernetška manipulacija trga finančnih instrumentov

Nove tehnologije 21. stoletja so s seboj prinesle nove oblike kriminala, med drugim tudi zlovešči kibernetški kriminal, ki je pronical v vse pore družbe, nanj pa seveda nista imuna niti finančni sektor niti borza. Šokantne časopisne naslovnice o »kibernetškem napadu« na borzo in finančne institucije so postale del našega vsakdana. Izvršitev kibernetških kaznivih dejanj je velikokrat relativno preprosta v primerjavi z drugimi kaznivimi dejanji, storilec jih lahko izvrši v udobju lastnega doma, velikokrat ne potrebuje dodatnih sredstev, zgolj domač računalnik. Škoda, ki jo z izvršitvijo povzroči, je lahko zelo velika in sega celo v druge jurisdikcije (tudi če fizično ni prisoten). Poleg tega je pri tovrstnih kaznivih dejanjih meja med zakonitim in nezakonitim pogosto zabrisana.⁷⁴

Pomembno študijo o kibernetški kriminaliteti na borzi je leta 2020 objavila Avtorité des Marchés Financiers (AMF).⁷⁵ Študija se je osredotočila na borzni kibernetški kriminal: kibernetško trgovanje z notranjimi informacijami, kibernetško razširjanje lažnih informacij in kibernetško manipuliranje cen.⁷⁶ Primarni namen študije je bil

⁷³ D. Korošec, K. Filipič, S. Zdošek et al., 2019, Veliki znanstveni komentar posebnega dela Kazenskega zakonika (KZ-1), str. 963.

⁷⁴ McConnell International, 2000, Cybercrime and Punishment? Archaic Laws Threaten Global Information, str. 1–2.

⁷⁵ Autorité des Marchés Financiers, 2020, The AMF publishes a study about stock market cybercrime, dostopno na: <https://www.amf-france.org/en/news-publications/news/amf-publishes-study-about-stock-market-cybercrime>.

⁷⁶ Autorité des Marchés Financiers, 2021, Study – Stock Market Cybercrime: Definition, Cases and Perspectives, dostopno na: <https://www.amf-france.org/en/news-publications/publications/reports-research-and-analysis/study-stock-market-cybercrime-definition-cases-and-perspectives>.

osvetliti problematiko kibernetkega kriminala na borzi in predstaviti potencialne nevarnosti, ki jih ta prinaša, ter regulator pripraviti na učinkovito reguliranje tovrstnih kaznivih dejanj.⁷⁷

Poročilo je temeljilo izključno na javno dostopnih podatkih – primerih, ki so jih na spletu objavili (predvsem ameriški) pravosodni organi, in člankih v specializiranem tisku na internetu. Avtorji študije priznavajo, da je tovrstnega kibernetkega kriminala gotovo več, saj ta v precejšnjem delu ostaja neodkrit.⁷⁸

Študija je identificirala tri glavne oblike kibernetkega kriminala na borzi:

- »insider cybercrime« (kibernetke notranje informacije) – v tem primeru gre za raznovrstne vdore v računalniške sisteme s ciljem pridobitve notranjih informacij;
- »cyber-distribution of false financial information« (kibernetka distribucija lažnih finančnih informacij) – storilec tega dejanja finančnih instrumentov ustvarja »lažna« spletna mesta ali razširja lažne govornice po družbenih omrežjih s ciljem vplivati na cene.
- »cyber manipulation of prices« (kibernetko manipuliranje s cenami) – storilec vdre v trgovalne račune s ciljem vzpostaviti sheme tipa »pump and dump«.⁷⁹

Prispevek se v nadaljevanju osredotoča na kibernetko distribucijo lažnih finančnih informacij. Razširjanje lažnih informacij vsekakor ni nova tehnika, navsezadnje tudi Uredba MAR in KZ-1 razširjanje napačnih ali zavajajočih informacij in govoric o finančnih instrumentih uvrščata med obliko tržne manipulacije. Del razprave našega vsakdana so postale tudi številne »lažne novice«, ki so se v času epidemije COVID-19 še toliko bolj razširile. Finančni trgi so v današnjem času prav na račun številčnih »lažnih« novic izredno občutljivi. Investitorji so prepuščeni kritični presoji, ali je prebrana novica kredibilna ali gre za »lažno novico«, namen katere je zavajanje s ciljem tržne manipulacije. Predvsem družbena omrežja, kot so Twitter, Facebook in razni spletni forumi, so zelo učinkovita pri razširjanju zavajajočih informacij. Mogoče je trditi, da je kibernetka distribucija lažnih finančnih informacij postala del našega vsakdana. A vendar nima vsaka »lažna novica« moči vplivati na tečaj finančnih instrumentov. Težava nastopi predvsem takrat, ko »lažnim informacijam« podležejo kredibilni viri finančnih informacij, kot so Bloomberg ali Reuters.

⁷⁷ A. Neyret, Stock Market Cybercrime: Definition, Cases, and Perspectives, 2018, str. 4.

⁷⁸ Prav tam, str. 9.

⁷⁹ Prav tam, str. 6.

Primer tovrstne novice se je zgodil leta 2000, ko je tečaj delnice podjetja Emulex, ki kotira na NASDAQ, v pičlih 18 minutah padel s 113 na 43 dolarjev. To se je zgodilo zaradi lažne informacije za javnost, ki jo je objavila spletna stran Internet Wire (ponudnik finančnih informacij). Lažno sporočilo za javnost, ki ga je dejansko napisal zaposleni pri Internet Wire, je poročalo o odstopu direktorja podjetja, začetku preiskave nad podjetjem in revizije padajočega prometa podjetja. Lažno sporočilo so povzeli številni kredibilni ponudniki finančnih informacij, kot so Bloomberg in Dow Jones. Cilj zaposlenega je bil seveda finančni profit, kar je tudi dosegel, saj je sam nakupil delnice po najnižji možni ceni. Zaskrbljujoče pa je dejstvo, kako hitro lahko lažne in manipulativne novice pridejo tudi v najbolj kredibilne medije.⁸⁰

Vendar lažne novice niso edini način, kako manipulirati s trgi prek družbenih omrežij. V nadaljevanju obravnavamo primer delnice GameStopa, kjer so bila družbena omrežja uporabljena za tržno manipulacijo, z razliko, da v danem primeru informacije niso bile lažne, temveč je bila na strani storilcev želja po kratkočasu ali mogoče načrtni nameri manipuliranja.

2.4.1 Primer delnice GameStopa

Na Wall Streetu se je januarja 2021 odvila zanimiva zgodba. Pokazala je, da je internet mogočen medij, kjer se ljudje lahko uspešno zoperstavijo celo volkovom borze, ko se med seboj povežejo. V zgodbah o borzi so večinoma mali vlagatelji tisti, ki zaradi tržnih manipulacij velikih institucionalnih vlagateljev doživijo velike izgube. Vendar je situacija iz januarja 2021 pokazala, da tudi veliki institucionalni vlagatelji niso imuni na tržne manipulacije. Dogajanje je mogoče razumeti tudi kot simptom epidemije COVID-19. Posamezniki, ki so ure in ure preživeli na spletnih forumih, mogoče zaradi dolgčasa, mogoče z željo oplemenititi svoje prihranke, so prišli do ideje, kako se okoristiti na račun velikih institucionalnih vlagateljev. To so storili tako, da so stavili proti njim.

V središču te zgodbe sta se znašla podjetje GameStop in spletna platforma Reddit.com,⁸¹ na kateri so številni mali forumi z imenom »subreddits«, kjer se razpravlja o različnih temah. Eden od teh forumov je bil t. i. »WallStreetBets«,⁸² na

⁸⁰ Prav tam, str. 35.

⁸¹ Reddit, 2021, User Agreement, dostopno na: <https://www.redditinc.com/policies>.

⁸² Forum WallStreetBets, dostopno na: <https://www.reddit.com/r/wallstreetbets>.

njem so se uporabniki pogovarjali o borzi, delnicah in vlaganju v finančne instrumente. GameStop je podjetje iz Dallasa, ki je bilo ustanovljeno leta 1984 in je eden največjih trgovcev z igrami, s tematsko povezanim blagom in z elektroniko. Podjetje GameStop je leto 2019 končalo z izgubo v višini skoraj pol milijarde ameriških dolarjev, predvsem na račun izgube strank, ker se je prodaja videoiger v zadnjih letih večinoma preselila na splet.⁸³

Antagonist te zgodbe je sklad tveganega kapitala (»hedge fund«) podjetja Melvin Capital, eden najuspešnejših v ZDA, ki je upravljal 10,3 milijarde evrov vredno premoženje. Iz neznanih razlogov je veliko uporabnikov WallStreetBets že pred dogodkom izrazilo antipatijo do tega sklada tveganega kapitala.⁸⁴

Melvin Capital je bil eden od velikih institucionalnih vlagateljev na kratko. Leto prej so na podlagi poslovanja podjetja pričakovali, da bo vrednost delnice GameStopa padla, zato so stavili proti njemu. Zavzeli so ogromno t. i. kratkih pozicij, saj so verjeli, da bo že tako nizka cena delnice GameStopa še naprej padala. Pri tem niso bili edini, a ker so to izvedli z nakupom opcij, so morali slednje v letnem poročilu razkriti. To so opazila budna očesa uporabnikov spletne skupnosti WallStreetBets. Ti so začeli uporabnike pozivati, da ima delnica preveč kratkih pozicij in da se jo zato izplača kupiti.⁸⁵

Na tem mestu si lahko postavimo vprašanje, ali tovrstno pozivanje izpolni pogoje kaznivega dejanja po 3. točki prvega odstavka 239. člena KZ-1. Na prvi pogled morda res, ampak dejstvo je, da navedba na forumu ni bila napačna ali zavajajoča, saj je temeljila na dejanskem stanju. Informacija je bila tudi po legalni poti razkrita v letnem poročilu Melvin Capital. Ali bi lahko v danem primeru dokazali naklep?

Po nasvetu skupnosti WallStreetBets so številni uporabniki resnično začeli kupovati delnico in njena vednost se je začela višati. Najprevidnejši prodajalci na kratko so z znatnimi izgubami zapirali pozicije. Drugi pa so verjeli, da bo kljub neznatnem zvišanju delnica kmalu spet padla in bodo ustvarili še večji dobičke, zato so vztrajali v kratkih pozicijah, ki so jih še krepili. Vendar se je zgodilo nasprotno. Sredi januarja je delnica eksplodirala in preseгла 50 dolarjev, 27. januarja pa se je približala že 400 dolarjem. Tečaj delnice je divje nihal, dnevne spremembe za 50 odstotkov niso bile

⁸³ M. Huš, Kako je Reddit premagal Wall Street, 2021.

⁸⁴ Prav tam.

⁸⁵ M. Tomšič, Neverjetna drama na Wall Streetu: milijarderjem se tresejo hlače, 2021.

nič nenavadnega. Zaradi pretiranega nihanja se je večkrat dnevno sprožila blokada trgovanja.⁸⁶

Ključno vlogo sta pri tem odigrali tudi aplikacijski platformi za trgovanje Robinhood in eToro, ki z zanemarljivimi stroški malim vlagateljem prek pametnih telefonov nudita borzne storitve. Uporabniki Reddita so večinoma kupovali delnice prav prek teh platform. Na vrhuncu dogajanja je platforma Robinhood malim vlagateljem onemogočila nakup, prodaja pa je potekala normalno. Na ta način so z izrinjanjem malih vlagateljev neposredno pomagali skladom tveganega kapitala, ki so si nadvse prizadevali zapreti svoje pozicije z nakupi, saj so umetno znižali nakupni pritisk (povpraševanje) in s tem tečaj delnice tiščali navzdol.⁸⁷ Na tem mestu se seveda postavi vprašanje legalnosti ravnanja spletnih platform, ki sta omejevali prodajo delnic. Njuno ravnanje bi lahko razumeli tudi kot del tržne manipulacije, saj sta z omejitvijo nakupa delnice umetno vplivali na njeno ceno. V ZDA je bilo zoper platformo Robinhood vloženih več skupinskih tožb.

Epilog je zgodba dobila hitro, po 27. januarju, ko je bila vrednost delnice najvišja, se je 2. februarja že znižala. Zmagovalci te zgodbe so predvsem zgodnji vlagatelji, ki so na ta račun obogateli. Sklad Melvin Capital je izgubil 53 odstotkov vrednosti, a je s finančno pomočjo dveh drugih »*hedge*«*»* skladov preživel. Praznih rok so ostali tudi številni vlagatelji, ki so delnico kupili kasneje po višjih cenah.⁸⁸

V ZDA trenutno poteka obsežna preiskava več ključnih akterjev, med drugim Vladimirja Teneva, ki je soustanovitelj Robinhooda, Gaba Plotkina, izvršnega direktorja Melvin Capitala, Steva Huffmana, izvršnega direktorja Reddita, in tudi Keitha Gilla, uporabnika foruma, ki je vse skupaj začel.⁸⁹

Zoper uporabnika Keitha Gilla (»Roaring Kitty«) je bil vložena tožba zaradi goljufije z vrednostnimi papirji zaradi njegove vloge pri spodbujanju nakupa delnice GameStopa. Tožba trdi, da je manipuliral s ceno delnice in se je lažno predstavljal kot amaterski vlagatelj, v resnici pa je finančni strokovnjak. Tožba med drugim navaja: »Da bi motiviral amaterske trgovce, se je Gill prelevil v nekakšnega Robina Hooda, strokovnjake za vrednostne papirje pa označil za hudobneže. V resnici pa

⁸⁶ M. Huš, Kako je Reddit premagal Wall Street, 2021.

⁸⁷ Prav tam.

⁸⁸ Prav tam.

⁸⁹ Prav tam.

Gill ni amater. Dolga leta je aktivno delal kot strokovnjak v naložbeni in finančni industriji.«⁹⁰

3 Vprašanje kazenskopravne regulacija manipulacije trga finančnih instrumentov prek spletnih platform in primerjalno-pravna analiza

3.1 Splošno

Spletne platforme so nova družbena realnost. Nemalo kdo svoje informacije glede tega v kaj in kako vlagati, nabira prav z izmenjavo mnenj na družbenih omrežjih, in čeprav so ta lahko za nekatere zelo uporabna, ne smemo zanemariti vpliva nevarnosti tržnih manipulatorjev, ki prežijo na njih. Trend tržnih manipulacij ni popolnoma nov. Delnica GameStopa je problematiko zaradi svoje razsežnosti le obelodanila. Zadnja analiza več kot milijona sporočil, poslanih na družbeni medij Twitter o podjetjih z majhno kapitalizacijo, nam razkriva, da je nenormalno veliko sporočil na družbenih medijih povezanih z velikim povišanjem cen na dan dogodka, ki mu sledi oster preobrat cen v naslednjih petih dneh trgovanja. Tvitiranje različnih promotorjev delnic se je pokazalo kot izvrsten način za tržno manipulacijo. Tržni manipulatorji lahko pod prizmo anonimnosti ciljajo na neinformirane vlagatelje, ki si želijo hitrega zaslužka. Z uporabo lažnih računov lahko svojo kredibilnost in evforijo še podkrepijo. Manipulatorji tako lahko uporabijo Twitter kot učinkovit način za izvajanje shem »*pump and dump*« in drugih manipulativnih dejanj.⁹¹

Regulacija družbenih omrežij je brez dvoma izrednega pomena, prav tako je pomembno, da imajo države ustrezno kazenskopravno zakonodajo, ki tovrstno vedenje učinkovito sankcionira.

3.2 Kazenskopravna ureditev ZDA

Za odgovor na vprašanje, ali je šlo v primeru delnice GameStopa za tržno manipulacijo s strani spletne platforme WallStreetBets, smo pregledali veljavno regulativo na področju tržne manipulacije v ZDA.

⁹⁰ Prav tam.

⁹¹ T. Renault, Market Manipulation and Suspicious Stock Recommendations on Social Media, 2017, str. 21–22.

Zakon Securities Exchange Act iz leta 1934 v členu 9(a)(2) navaja: »(a) Transakcije v zvezi z nakupom ali prodajo vrednostnih papirjev so nezakonite za katerokoli osebo ... (2) ki sama ali z enim ali več drugimi osebami izvede vrsto transakcij s katerikoli finančnim instrumentom, registriranim na nacionalni borzi ... in ustvari dejansko ali navidezno aktivno trgovanje s takim vrednostnim papirjem, zvišanje ali znižanje cene takega vrednostnega papirja za namen spodbujanja nakupa ali prodaje takega vrednostnega papirja s strani drugih.«⁹² Nadalje iz relevantne sodne prakse v zadevi *Ernst & Ernst v. Hochfelder*, 425 U.S. 185 (1976) izhaja, da mora biti storilec v »stanju zavesti«, ki vključuje naklep zavajanja, manipulacije ali goljufanja.⁹³ Naklep je v tem primeru mogoče razumeti tudi skozi sodno odločbo *Chris-Craft Ind., Inc. v. Piper Aircraft Corp.*,⁹⁴ ki v sodbi navaja, da je naklep lahko tudi ustvarjanje umetnega povpraševanja po delnicah, in nadalje pojasnjuje, da je umetno povpraševanje mogoče ustvariti s številnimi zavajajočimi praksami, vključno z »wash sale«,⁹⁵ usklajevanjem naročil in manipulativnimi cenami. Vrhovno sodišče v ZDA je v eni izmed sodb pojasnilo, da je cilj tovrstnih manipulativnih praks zavajanje vlagateljev z umetnim vplivanjem na trg.⁹⁶

Nedvomno je, da je *WallStreetBets* s spodbujanjem nakupa delnice *GameStopa* deloval usklajeno in da je njegovemu ravnanju sledilo dramatično zvišanje cene delnice. Da bi lahko v danem primeru govorili o tržni manipulaciji, mora biti izpolnjen tudi znak »stanja zavesti«. Kot smo predhodno že navedli, stanje zavesti zajema naklep zavajanja, manipulacije ali goljufanja ali naklep ustvarjanja umetnega povpraševanja.

V primeru *WallStreetBets* bi bilo težko dokazati manipulacijo, goljufijo ali zavajanje. Izmenjava mnenj in priporočil za nakup delnic, ki temelji na dejanskemu stanju trga (informacij v letnem poročilu podjetja *Melvin Capital*), ni nezakonita. V primeru *WallStreetBets* z vidika zakonodaje ZDA tudi ne moremo govoriti o ustvarjanju umetnega povpraševanja, saj ta zakonski znak ni izpolnjen, prav tako vpliv na trg ni bil umeten, saj so odločitve vlagatelja temeljile na informacijah iz letnega poročila podjetja *Melvin Capital*, ki so bile resnične. Res je, da je tovrstna praksa nakupa

⁹² Securities Exchange Act of 1934, poglavje 9.

⁹³ VS ZDA, zadeva *Ernst & Ernst v. Hochfelder*, št. 74–1042.

⁹⁴ Okrožno sodišče v New Yorku, *Chris-Craft Industries, Inc. v. Piper Aircraft Corporation*, št. 69 Civ. 2227.

⁹⁵ Prodaja vrednostnega papirja z izgubo in nato nakup istega vrednostnega papirja ali »v bistvu enakega« vrednostnega papirja kupite v 30 dneh. Več o tem: CFI, *What is Wash Trading?*, dostopno na: <https://corporatefinanceinstitute.com/resources/knowledge/trading-investing/wash-trading/>.

⁹⁶ VS ZDA, zadeva *Santa Fe Industries, Inc. v. Green*, št. 75–1753.

finančnega instrumenta, kot so jo predlagali na forumu, le redko uspešna. O tržni manipulaciji pa ne moremo govoriti brez nezakonitega naklepa.

3.3 Vprašanje sankcioniranja spletne manipulacije vrednostih papirjev v slovenskem pravnem prostoru

Tržna manipulacija je v slovenski kazenski zakonodaji inkriminirana v 239. členu KZ-1 kot zloraba trga finančnih instrumentov. Za namene te analize analiziramo izvršitveno ravnanja iz 3. točke prvega odstavka tega člena. Preostali točki sta *delicta propria* in jih lahko stori le tisti, ki sklene posel ali izda naročilnico za trgovanje. V analizi se tudi ne dotikamo vprašanja odgovornosti platform za trgovanje, saj delnic, ki kotirajo na slovenskem borznem trgu, tam ni mogoče kupiti.

Za namen te analize predpostavljamo, da je delnica Petrola, ki kotira na slovenski borzi, tista, o kateri poteka pogovor na slovenskem spletnem omrežju Med.Over.Net in je zaradi padca vrednosti goriva v zadnjem letu izgubila vrednost. Vlagatelji namesto prek spletnih platform za trgovanje delnico kupujejo prek različnih borznoposredniških družb v Slovenji. Pogovor o delnici je enak, kot je bil v primeru GameStop, kjer neznani uporabnik foruma na podlagi javno razpoložljivih informacij o skladu, ki ima na delnici odprtih več kratkih pozicij, poziva druge uporabnike, da delnico kupijo. Na tem mestu opozarjamo, da tako silovite rasti kot v ZDA v Sloveniji ni mogoče pričakovati, saj ima v skladu z zakonodajo EU tudi Slovenija vzpostavljene varovalne mehanizme, ki ustavijo trgovanje.

V skladu s 3. točko prvega odstavka 239. člena KZ-1 se z zaporom do treh let kaznuje kdor, zato da bi sebi ali komu drugemu pridobil protipravno premoženjsko korist, s prepovedanim ravnanjem zlorabi trg finančnih instrumentov, razširja napačne ali zavajajoče informacije o finančnih instrumentih, z istim ciljem razširja govorice ter napačne in zavajajoče novice prek medijev, medmrežja ali na drug podoben način.

Katera bit kaznivega dejanja mora biti izpolnjena, da lahko govorimo o tržni manipulaciji po 3. točki prvega odstavka 239. člena KZ-1? Storilec mora razširjati napačne ali zavajajoče informacije. V skladu z jezikovno razlago je napačna informacija tista, ki ni v skladu z resničnostjo in dejstvi, zavajajoča pa tista, ki navaja

neprave ali navidezne informacije z namero nekoga zavesti.⁹⁷ V dani situaciji je bila informacija o kratki poziciji sklada javno dostopna in resnična, vprašanje pa ostaja, ali je navedba uporabnika foruma, da se zaradi tega spleta delnico kupiti, resnična in ni morda zavajajoča. Njegovo navedbo bi lahko ovrednotili kot špekulativno, saj se nakup te delnice izplača le, če se situacija razvije, kot se je v primeru GameStopa, saj je taka delnica v dani gospodarski situaciji brez realne vrednosti. Menimo, da bi v dani situaciji tovrstno komunikacijo prek spletnih forumov, ki so polni špekulacij, zelo težko argumentirali kot zavajajočo. Na forumih uporabniki namreč velikokrat delijo svoje misli, predpostavljanja in nasvete. Narava teh pogovorov je nezavezujoča in velika večina uporabnikov izjav na forumih ne dojema kot finančne nasvete. Spletnih forumov ne moremo enačiti z revijami, kot so Finance, kjer nasvete podajajo finančni strokovnjaki. Na tej točki lahko identificiramo sivo cono v trenutni ureditvi, saj presojamo, da nasveta posameznika na spletnem forumu ne moremo enačiti z mnenjem finančnega strokovnjaka.

Če pa predpostavljamo, da je ta informacija res zavajajoča, je drugo vprašanje, ali se je uporabnik zavedal, da je ta informacija zavajajoča, in ali je to informacijo razširjal z namenom zavajajoče predstave o povpraševanju in cenah finančnega instrumenta. Kaznivo dejanje zlorabe trga finančnih instrumentov je namreč lahko le naklepno (direkten naklep). Storilec mora imeti ob širjenju zavajajočih navedb povsem jasno predstavo, da bo s svojim protipravnim ravnanjem pridobil protipravno premoženjsko korist.⁹⁸ Ravnanje storilca je zato treba presojati kot celoto. Odločilno pa je predvsem manipulatorjevo poznavanje tržnih praks in delovanja trga ter poznavanje možnosti izkoriščanja strukture trga in njegove integritete.⁹⁹ V danem primeru se je uporabnik spletnega foruma predstavljal kot laik, čeprav obtožnica v ZDA navaja, da je v resnici aktivno delal kot strokovnjak v naložbeni in finančni industriji. Če to drži, bi lahko argumentirali, da je v danem primeru izkazan direkten naklep, saj je uporabnik uporabil svoje finančno znanje zato, da bi manipuliral z vlagatelji. Še vedno pa bi izredno težko dokazali subjektiven element, saj bi zaradi platforme, na kateri je objavil zavajajočo informacijo, težko dokazali, da je imel jasno predstavo, da bo s svojimi zavajajočimi informacijami uspešen pri vplivanju na ponudbo in povpraševanje delnice. Zdi se, da je naklep v dani situaciji zgolj slučajen in je zgolj privolil v možnost nastanka zavajajoče predstave. Prav tako bi težko

⁹⁷ N. Gliha Komac, N. Jakop, J. Ježovnik et al., 2019, Slovar slovenskega knjižnega jezika 2018.

⁹⁸ D. Korošec, K. Filipčič, S. Zdolšek et al., 2019, Veliki znanstveni komentar posebnega dela Kazenskega zakonika (KZ-1), str. 965.

⁹⁹ Prav tam, str. 965.

zagovarjali sotorilstvo z ostalimi uporabniki foruma, saj je nabor slednjih izredno pisan in tudi razlogi, zakaj so se odločili za nakup te delnice, so najverjetneje različni. Ali je bil v ozadju direkten naklep ali zgolj zabava in možnost hitrega zaslužka, bi sodišča v danem primeru težko ovrednotila. Zavedati se je potrebno, da ni vsako ravnanje, iz katerega sledi prizadetje finančnih instrumentov, tržna manipulacija. Včasih borzni baloni zrastejo tudi iz resničnosti, ki jo izkrivlja zgolj zmotno prepričanje vlagateljev.

Ocenjujemo, da je trenutna inkriminacija kaznivega dejanja zlorabe finančnih instrumentov v slovenski zakonodaji nepripravljena na tovrstna kazniva dejanja, če bi bila slednja res manipulativne narave. Bit kaznivega dejanja je v danem primeru pomanjkljiva in ustvarja sivo cono za tovrstna manipulativna dejanja. Problem je predvsem v tem, da je potrebno o namenu manipulatorja sklepati na podlagi celotnega ravnanja, kar pa je izredno težko ovrednotiti v dokaznem postopku, in obstaja nevarnost, da ravno to ustvarja sivo cono za določena ravnanja, ki bi jih sicer lahko ovrednotili kot tržno manipulacijo.

4 Zaključek

ESMA je 17. februarja 2021 zaradi dogodkov, povezanih z delnico GameStopa, podala izjavo, s katero je male vlagatelje opozorila na tveganja, povezana z odločitvami o trgovanju, ki temeljijo izključno na izmenjavi mnenj, neformalnih priporočilih in izmenjavi namenov trgovanja prek družbenih omrežij in nereguliranih spletnih platform.¹⁰⁰ V njej je med drugim poudarila, da zgolj pogovori o tem, katero delnico je dobro in katere se ne izplača kupiti, še ne pomenijo tržne manipulacije. Vendar je hkrati poudarila, da bi lahko organizirano izvajanje usklajenih strategij trgovanja ali dajanja naročil pod določenimi pogoji in ob določenem času za premik tečaja delnice pomenilo tržno manipulacijo.¹⁰¹

Situacije, kot smo jim bili priča na ameriškem trgu, na evropskih borznih trgih najverjetneje ni pričakovati. Obenem pa bi bilo naivno misliti, da so evropski trgi imuni na tovrstne manipulacije. Dejstvo je, da so mlajši in nerazviti borzni trgi, kot

¹⁰⁰ ESMA, 2021, Steven Maijoor Delivers Statement on GameStop at the Econ Committee, dostopno na: <https://www.esma.europa.eu/press-news/esma-news/steven-maijoor-delivers-statement-gamestop-econ-committee>.

¹⁰¹ ESMA, 2021, Episodes of Very High Volatility in Trading of Certain Stocks, dostopno na: https://www.esma.europa.eu/sites/default/files/library/esma70-155-11809_episodes_of_very_high_volatility_in_trading_of_certain_stocks_0.pdf.

je slovenski, veliko slabše usposobljeni za odkrivanje tržnih manipulacij, čeprav te niso tako kompleksne kot na bolj razvitih trgih. Tu se tudi pojavi vprašanje, kako se bo trg, ki že najpreprostejših tržnih manipulacij ne odkriva učinkovito, spopadel s kompleksnimi kibernetskimi manipulacijami.

Dovršene metode nekaterih storilcev za vdiranje v sisteme in napredna tehnologija, ki lahko ustvarja na videz resnične novice (»deepfake«), se za slovenskega zakonodajalca lahko izkažejo kot trn v peti. Sodišča s svojo pomanjkljivo sodno prakso ne ustvarjajo ustreznih precedensov. Kompleksni postopek dokazovanja objektivnega in subjektivnega elementa direktnega naklepa pri tovrstnih kaznivih dejanjih morda ponuja visoko stopnjo pravne varnosti za storilca, a ravno zato je pomembno, da so organi pregona ustrezno usposobljeni in regulatorji seznanjeni z najnovejšimi tehnikami tržne manipulacije. Zakonodajca bi morala kaznovalne okvirje prilagoditi na način, da vključujejo tudi kazniva dejanja, ki jih prinaša sodobna tehnologija. Trenutni zakonodajni okvir ne ponuja učinkovite zaščite, saj zanemara vidike novodobnih kibernetskih pojavov. Zanašanje na navodila EU prav tako ne bo prineslo želenih rezultatov na kazenskoopravnem področju, saj je slednje tesno povezano s suverenostjo države. Je pa moč EU v tem, da vlagatelje lahko izobražuje in osvešča o nevarnostih, ki prežijo na spletu.

Uspešnega preganjanja kibernetskih kaznivih dejanj se je potrebno lotiti na dveh frontah. Pomembno je postaviti učinkovit nadzor nad informacijami, objavljenimi na družbenih medijih, in ustrezno urediti kazenskoopravno področje tržne manipulacije. Slednje je mogoče samo z usklajenim sodelovanjem zakonodajalca, regulatorja in pravosodja, le tako se bomo lahko uspešno spopadli s kompleksnimi pojavi kibernetskega kriminala na borzi, ki tiho preži v ozadju.

Literatura

- Agencija za trg vrednostnih papirjev, 2017, Pojasnila k uredbi o zlorabi trga (MAR), dostopno na: https://www.atvp.si/storage/app/media/Documents/Naslovnica/Povstercki/POJASNILA_K_UREDBI_MAR-ZBIRNO_GRADIVO_V3.pdf.
- Agencija za trg vrednostnih papirjev, 2021, Upravno sodišče pritrdilo ukrepu ATVP zaradi tržne manipulacije, dostopno na: <https://www.a-tvp.si/novica/upravno-sodisce-pritrdilo-ukrepu-atvp-zaradi-trzne-manipulacije>.
- Autorité des Marchés Financiers, 2021, Study - Stock Market Cybercrime : Definition, Cases and Perspectives, dostopno na: <https://www.amf-france.org/en/news-publications/publications/reports-research-and-analysis/study-stock-market-cybercrime-definition-cases-and-perspectives>.

- Autorité des Marchés Financiers, 2020, The AMF Publishes a Study About Stock Market Cybercrime, dostopno na: <https://www.amf-france.org/en/news-publications/news/amf-publishes-study-about-stock-market-cybercrime>.
- Bernard Luka, Evropski trendi pri urejanju prodaje na kratko, *Pravna praksa*, Let. 31 (2012), št. 4, str. 13–14.
- Bernhardt Dan, Davies, Ryan J., Painting the Tape: Aggregate Evidence, *Economics Letters*, Let. 89 (2005), št. 3, str. 306–311.
- Bradshaw Mark T., Richardson Scott A., Sloan Richard G., Pump and Dump: An Empirical Analysis of the Relation Between Corporate Financing Activities and Sell-Side Analyst Research, SSRN, 2003.
- CFI, What is Wash Trading?, dostopno na: <https://corporatefinanceinstitute.com/resources/knowledge/trading-investing/wash-trading/>.
- Chawla, Raj, How to Make Money in Stock Market, Prabhat Prakashan, New Delhi 2020.
- Comerton-Forde Carole, Tälis J. Putniņš, Stock Price Manipulation: Prevalence and Determinants, *Review of Finance*, Let. 18 (2014), št. 1, str. 23–66.
- ESMA, 2021, Episodes of very high volatility in trading of certain stocks, dostopno na: https://www.esma.europa.eu/sites/default/files/library/esma70-155-11809_episodes_of_very_high_volatility_in_trading_of_certain_stocks_0.pdf.
- ESMA, 2021, Steven Maijoor Delivers Statement on Gamestop at the Econ Committee, dostopno na: <https://www.esma.europa.eu/press-news/esma-news/steven-maijoor-delivers-statement-gamestop-econ-committee>.
- Fernand Larissa, Dicont the Obvious, Bet on the Unexpected, Morningstar, 2018, dostopno na: <https://www.morningstar.in/posts/48402/discount-obvious-bet-unexpected.aspx>.
- Fox Merritt B., Glostén Lawrence R., Rauterberg Gabriel V., Stock Market Manipulation and Its Regulation, *Yale Journal on Regulation*, Let. 35 (2018), str. 67–125.
- Forum Wallstreetbets, dostopno na: <https://www.reddit.com/r/wallstreetbets>.
- Harnik Snežana, Notranje informacije: Skozi teorijo do prakse, *Pravna praksa*, Let. 20/517 (2001), št. 28, str. 5–7.
- Hren Kristian, Manipulacija na trgu vrednostnih papirjev in odgovornost za manipulacijo, *Podjetje in delo*, (2003), št. 6-7, str. 1424–1452.
- Huang Yu Chuan, Chen Roger C. Y., Cheng Yao Jen, Stock Manipulation and Its Impact on Market Quality, 2014.
- Huš Matej, Kako je Reddit premagal Wall Street, *Monitor*, 2021, dostopno na: <https://www.monitor.si/clanek/kako-je-reddit-premagal-wall-street/205307/>.
- Jenull Hinko, Skromni rezultati pregona borzne kriminalitete, *Pravna praksa*, Let. 38 (2019), št. 5-6, str. 6–8.
- Kindleberger Charles P., Aliber Robert Z., Manias, Panics and Crashes: A History of Financial Crises (6. izdaja), Palgrave Macmillan, London 2011.
- Komac Gliha Nataša, Jakop Nataša et al., Slovar slovenskega knjižnega jezika 2018, Založba ZRC, Ljubljana 2019.
- Korošec Damjan, Filipič Katja, Zdolšek Stojan, Koritnik Boštjan, Ambrož Matjaž, Sijercić-Čolić Hajrija, Fišer Zvonko, Šelih Alenka, Kreča Klemen, Veliki znanstveni komentar posebnega dela Kazenskega zakonika (KZ-1)(2. knjiga), Uradni list Republike Slovenije, Pravna fakulteta univerze v Ljubljani, Ljubljana 2019.
- Lessons From the 1929 Stock Market Crash, *Maplemoney*, 2020, dostopno na: <https://maplemoney.com/the-1929-stock-market-crash/>.
- Lin Tom CW, The New Market Manipulation, *Emory L.J.*, Let. 66 (2017), št. 6, str. 1253.
- Markham, Jerry W., Law Enforcement and the History of Financial Market Manipulation, Routledge, New York 2015.
- Mavko Aleksander, Prepoved tržne manipulacije na podlagi ZTFI, *Podjetje in delo*, Let. 37 (2011), št. 8, str. 1615–1636.

- McConnell International, 2000, *Cybercrime and Punishment? Archaic Laws Threaten Global Information*, dostopno na: https://uh.edu/tech/cisre/resources/ia-resources/_files/7033/Week12/cybercrime.pdf.
- Mitchell Cory, *Insider Trading Sanctions Act of 1984*, Investopedia, 2021, dostopno na: <https://www.investopedia.com/terms/i/insider-trading-sanctions-act-of-1984.asp>.
- Neyret Alexandre, *Stock Market Cybercrime: Definition, Cases, and Perspectives*, Autorité des Marchés Financiers, 2018.
- Orlič Zrnec Boštjan, *Insiderski delikt v kazenskem zakonu in pravosodni praksi (1. del)*, Podjetje in delo, Let. 45 (2019), št. 8, str. 1450–1484.
- Putniš Tālis J., *Market Manipulation: A survey*, Journal of Economic Surveys, Let. 26 (2012), št. 5, str. 952–967.
- Reddit, 2021, *User Agreement*, dostopno na: <https://www.redditinc.com/policies>.
- Renault Thomas, *Market Manipulation and Suspicious Stock Recommendations on Social Media*, SSRN Electronic Journal, 2017.
- Söderström, Rebecca, *Regulating Market Manipulation: An Approach to Designing Regulatory Principles*, Working Paper 2011:1, Uppsala Universitet, Juridiska fakulteten, 2011.
- Tomšič Matic, *Neverjetna drama na Wall Streetu: milijarderjem se tresejo hlače*, DigiSVET, 2021, dostopno na: <https://siol.net/digisvet/novice/neverjetna-drama-na-wall-streetu-milijarderjem-se-tresejo-hlace-544375>.
- U.S. Securities and Exchange Commission, *The Laws That Govern the Securities Industry*, dostopno na: <https://www.investor.gov/introduction-investing/investing-basics/role-sec/laws-govern-securities-industry>.
- Whyman Rick, *Short and Distort: Bear Market Stock Manipulation*, Investopedia, 2021.

SUMMARY

This paper undertakes a comprehensive examination of existing criminal legislation in the United States and Slovenia governing the burgeoning technological threat of market manipulation, particularly in light of the escalating cyber threats present on online platforms. The GameStop stock incident with surge stock price, from a mere \$2.80 in April 2021 to an astounding 700 percent increase, as orchestrated by speculators on the Reddit forum, has illuminated ambiguities within the US legal landscape. This incident prompts a critical inquiry into whether activities such as collusion on online platforms like Reddit can be construed as market manipulation. This inquiry naturally extends to contemplate the potential role of forum moderators in overseeing user behaviour.

The GameStop scenario highlights the shifting dynamics of financial markets in the digital age, where traditional frameworks struggle to keep abreast of the sophisticated strategies employed by technologically adept players. The swift dissemination of information on platforms like Reddit further muddles the distinction between authentic market sentiment and orchestrated manipulation.

The ever-evolving cyber domain has become fertile ground for market manipulators. The anonymity afforded by electronic communication, the vastness of cyberspace, and rapid technological progress create an environment conducive to the emergence of innovative financial technologies and tactics for market manipulation. Legislators face the formidable challenge of crafting legislation to shield investors from potential direct or indirect losses stemming from cyber-enabled market manipulation.

In contrast to the US, prevailing European legislation serves as a prophylactic measure against stock price hyperinflation, employing automated systems to temporarily halt trading in securities that experience a 10 percent surge during a session, followed by another halt at a 5 percent increase. Nonetheless, while these safeguards demonstrate a level of effectiveness, they may not always suffice. Consequently, it cannot be overstated that pressing need arises for effective, robust, and lucid legislation, capable of deterring such manipulative practices and safeguarding the integrity of financial instruments within the Stock Market. It is imperative to acknowledge that situations like those observed within in the US stock market are unlikely to occur on European stock exchanges.

Nevertheless, it would be imprudent to presume that European markets are immune to such manipulations practices. The veracity remains that less mature and less developed stock markets, such as the Slovenian market, exhibit a notably diminished capacities for detecting instances of market manipulations, even though they may not be as intricately devised as those on more established markets.

The underlying issue may originate from regulations that lack the requisite precision and uniformity. While legislators must aim for maximum clarity in legal provisions, a degree of abstraction remains indispensable in addressing market manipulation, given its diverse and continually evolving nature.

While the above-mentioned European approach presents a commendable step towards safeguarding market integrity, it is essential to acknowledge that no single regulatory model can be considered universally applicable. Thus, jurisdictions worldwide must engage in a nuanced dialogue to formulate legislation that is not only comprehensive but also adaptable to the dynamic nature of financial markets. By juxtaposing the regulatory responses of the United States and Europe, this paper tries to underscore the need for a concerted global effort to harmonize legislation, ensuring that financial markets remain resilient against emerging technological threats. In doing so, we can fortify the foundation upon which economic stability and investor confidence rest.

KAZENSKOPRAVNI ODVZEM PREMOŽENJSKE KORISTI V KONTEKSTU PRAVA EU

VANJA VERDEL KOKOL

Višje sodišče v Mariboru, Maribor, Slovenija
vanja.verdel-kokol@sodisce.si

V prispevku je osrednja pozornost namenjena kazenskoprnemu institutu odvzema premoženjske koristi s poudarkom na pravu EU. V okviru sekundarnega prava EU so se namreč že konec devetdesetih let prejšnjega stoletja začeli oblikovati številni mednarodni dokumenti, ki so se v celoti ali deloma nanašali na odvzem protipravno pridobljene premoženjske koristi. V prispevku tako izpostavljamo najpomembnejše pravne dokumente, s katerimi je EU naslavljala učinkovitejši odvzem protipravne premoženjske koristi, med njimi zlasti okvirne sklepe Sveta EU, Direktivo 2014/42/EU in Uredbo (EU) 2018/1805. Zlasti od slednje si države članice obetajo še bolj poenostavljeno in zato učinkovitejše mednarodno pravosodno sodelovanje, katerega ključni cilj je storilcem kaznivih dejanj pobrati premoženjsko korist, ki so si jo pridobili z izvršitvijo kaznivega dejanja. Namen prispevka je tako osvetliti razvoj evropskega kazenskega prava na področju odvzema protipravne premoženjske koristi z analizo aktualne ureditve, katere razumevanje je ključnega pomena za čim učinkovitejše mednarodnopravno sodelovanje naše države z ostalimi državami članicami EU.

DOI
[https://doi.org/
10.18690/um.pf.1.2024.11](https://doi.org/10.18690/um.pf.1.2024.11)

ISBN
978-961-286-817-8

Ključne besede:

kazenskopravni odvzem,
premoženjska korist,
kaznivo dejanje,
Uredba (EU) 2018/1805,
mednarodnopravno
sodelovanje

Opomba:

Prispevek je izveček že objavljenega dela: Verdel Kokol, V. (2020). *Odvzem premoženjske koristi, pridobljene s kaznivim dejanjem, kot zakonodajni, teoretični in praktični problem: doktorska disertacija* [Doktorska disertacija, Univerza v Mariboru]. Digitalna knjižnica Univerze v Mariboru.



Univerzitetna založba
Univerze v Mariboru

DOI
[https://doi.org/
10.18690/um.pf.1.2024.11](https://doi.org/10.18690/um.pf.1.2024.11)

ISBN
978-961-286-817-8

Keywords:

criminal confiscation,
proceeds of crime,
criminal offence,
Regulation (EU)
2018/1805,
international legal
cooperation

Note:

This is an abstract of an already published work: Verdel Kokol, V. (2020). *Odvzem premoženjske koristi, pridobljene s kaznivim dejanjem, kot zakonodajni, teoretični in praktični problem: doktorska disertacija* [Doktorska disertacija, Univerza v Mariboru]. Digitalna knjižnica Univerze v Mariboru.

CONFISCATION OF THE PROCEEDS OF CRIME IN THE SCOPE OF EU LAW

VANJA VERDEL KOKOL

High Court in Maribor, Maribor, Slovenia
vanja.verdel-kokol@sodisce.si

This paper focuses on the institute of confiscation of the proceeds of crime, with an emphasis on EU law. In the context of EU secondary law, a number of international instruments dealing in whole or in part with the confiscation of the proceeds of crime began to emerge as early as the end of the 1990s. In this paper, we highlight the most important legal instruments that the EU has adopted to make the recovery of proceeds of crime more effective, in particular the EU Council Framework Decisions, Directive 2014/42/EU and Regulation (EU) 2018/1805. The latter, in particular, is expected by the Member States to make international judicial cooperation even more streamlined and therefore more effective, with the key objective of recovering from criminals the proceeds of crime. Thus, the aim of this paper is to shed light on the development of European criminal law in the field of the proceeds of crime by analysing the current regime, the understanding of which is crucial for the most effective international legal cooperation between our country and other EU Member States.



1 Uvod

Poglaviten gonilnik in motiv izvrševanja kaznivih dejanj, zlasti pa kaznivih dejanj s področja organiziranega kriminala je pridobljena premoženjska korist. Zato storilce tovrstnih kaznivih dejanj najbolj prizadene, če se jim ta odvzame. Nevtraliziranje premoženjske koristi, pridobljene s kaznivimi dejanji, pa ima tudi preventivni učinek, saj tega premoženja kasneje ni mogoče investirati v nova kazniva dejanja in ga tudi ne prek pranja denarja prenesti v zakonite posle.¹

V okviru sekundarnega prava EU so se že konec devetdesetih let prejšnjega stoletja začeli oblikovati številni dokumenti, ki so se v celoti ali deloma nanašali na odvzem premoženjske koristi, pridobljene s kaznivim dejanjem. V pogled v razvoj evropskega kazenskega prava na področju odvzema premoženjske koristi, pridobljene s kaznivim dejanjem, je poglobitnega pomena za razumevanje pristopa EU do te, z leti vedno bolj aktualne problematike in seveda za celovito razumevanje sedanje ureditve, ki jo predstavljata zlasti Direktiva 2014/42/EU Evropskega parlamenta in Sveta o začasnem zavarovanju in odvzemu predmetov, ki so bili uporabljeni za kazniva dejanja, in premoženjske koristi, pridobljene s kaznivim dejanjem, v Evropski uniji² (Direktiva 2014/42), in Uredba (EU) 2018/1805 Evropskega parlamenta in Sveta o vzajemnem priznavanju sklepov o začasnem zavarovanju in sklepov o odvzemu³ (Uredba 2018/1805).

Sicer pa v prispevku uvodoma izpostavljam najpomembnejše pravne dokumente, s katerimi je EU sprva naslavljala zoperstavljanje pridobivanju premoženjske koristi, izvirajoče iz kaznivega dejanja, med njimi zlasti okvirne sklepe Sveta EU (framework decisions), sprejete pred začetkom veljavnosti Lizbonske pogodbe iz leta 2007,⁴ ko je imelo pravosodno in policijsko sodelovanje v kazenskih zadevah poseben položaj. Okvirni sklepi (pravni instrumenti nekdanjega tretjega stebra) so z Amsterdamsko pogodbo iz leta 1997⁵ nadomestili t. i. skupne ukrepe, ki so bili kot pravni instrument uvedeni z Maastrichtsko pogodbo iz leta 1992.⁶

¹ Prim. Resolucijo o nacionalnem programu preprečevanja in zatiranja kriminalitete za obdobje 2019–2023 (ReNPPZK19–23).

² UL L 127, 29. 4. 2014.

³ UL L 303, 28. 11. 2018.

⁴ UL C 306, 17. 12. 2007. Lizbonska pogodba je okvirne sklepe ukinila (po tej pogodbi niso več predvideni), vendar že sprejeti še naprej veljajo.

⁵ UL C 340, 10. 11. 1997.

⁶ UL C 191, 29. 7. 1992.

Namen prispevka je osvetliti razvoj evropskega kazenskega prava na področju odvzema premoženjske koristi z analizo aktualne ureditve, katere razumevanje je ključnega pomena za čim učinkovitejše mednarodnopravno sodelovanje naše države z ostalimi državami članicami EU. Tako bo najprej obravnavana zgodnja faza sprejemanja mednarodnih dokumentov na ravni EU, nato pa bo prek okvirnih sklepov, sprejetih na zadevnem področju, analiziran razvoj do sprejetja Direktive 2014/42 in nato še Uredbe 2018/1805 s proučitvijo bistvenih vsebinskih poudarkov in vpliva obravnavanih mednarodnih dokumentov EU na pravo Republike Slovenije.

2 Zgodnja faza sprejemanja mednarodnih dokumentov

Še pred okvirnimi sklepi, ki so urejali predmetno področje, so bili na ravni EU sprejeti tudi nekateri predhodni dokumenti, ki so utrli pot kasnejšemu podrobnejšemu reguliranju.

2.1 Konvencija o izvajanju Schengenskega sporazuma z dne 14. junija 1985 o postopni odpravi kontrol na skupnih mejah

Schengenska konvencija z dne 19. junija 1990,⁷ katere ključni cilj je omogočanje prostega prehajanja notranjih meja ob temeljitem mejnem nadzoru na zunanjih schengenskih mejah, z namenom, da se ustavi nezakonito priseljevanje, tihotapljenje drog, trgovina z ljudmi in druge nezakonite dejavnosti, je kot ena prvih dokumentov v okviru EU⁸ izpostavila vprašanje zasega in zaplembe premoženjske koristi. Od držav podpisnic je namreč v 72. členu zahtevala, da pogodbenice v skladu s svojimi ustavami in nacionalnimi pravnimi sistemi zagotovijo sprejetje zakonodaje, ki bi omogočala zaseg in zaplembo premoženjske koristi, pridobljene z nedovoljenim prometom s prepovedanimi drogami. To določilo je bilo zajeto v okviru 6. poglavja, ki je naslavljal boj proti kriminalu, povezanim s prepovedanimi drogami, v zvezi s katerim se je naprej začelo povezovati vprašanje odvzema pridobljene premoženjske koristi. Šele nekaj let kasneje se je to vprašanje razširilo splošno na organizirani kriminal.

⁷ UL L 239, 22. 9. 2000.

⁸ D. Korošec, L. Bavcon, 2003, Mednarodno kazensko pravo: Posebni del, Dejavnosti Sveta Evrope, Dejavnosti Evropske unije, str. 115–116.

2.2 Akcijski načrt za boj proti organiziranemu kriminalu

Iz navedenega dokumenta Sveta z dne 28. 4. 1997⁹ izhaja nosilna ugotovitev, da je ključni namen in gonilna sila organiziranega kriminala pridobivanje finančnih koristi. Zato je nujen odločen, takojšen, koherenten in medsebojno usklajen odziv Evropske skupnosti (danes EU), v okviru katerega je posebna pozornost posvečena prav zaplembi premoženjske koristi.¹⁰ Od držav članic zahteva sprejetje ustreznih zakonodajnih podlag, ki bodo omogočale odvzem premoženjske koristi s posebnim poudarkom na postopkih iskanja, zasega in zaplembe premoženjske koristi, vključno s problemom pranja denarja, zlasti prek spleta.

2.3 Skupni ukrep 98/699/PNZ o pranju denarja, identifikaciji, sledenju, zamrznitvi, zasegu in zaplembi predmetov ter premoženjske koristi, pridobljenih s kaznivim dejanjem

Cilj tega dokumenta z dne 3. 12. 1998, ki ga je sprejel Svet¹¹ na podlagi člena K.3 Pogodbe o Evropski uniji¹² (PEU), je bil v konkretizaciji in dodatni utrditvi izpolnitve zavez, ki so jih države članice Sveta Evrope sprejele s Strasbourško konvencijo iz leta 1990¹³. S 1. členom tega dokumenta so se države članice zavezale, da ne bodo imele ali podpirale pridržkov k posameznim določbam navedene Konvencije (k 2. in 6. členu¹⁴), prav tako, da bodo zagotovile zakonodajo, ki bo omogočala tudi zaplembo premoženja, ki po vrednosti ustreza premoženjski koristi, pridobljeni s kaznivim dejanjem (value confiscation). Slednje velja tako za domače postopke kot za postopke na podlagi zaprosila tuje države za mednarodno pravno pomoč. Ob tem je bilo zaradi poenotene razumevanja še določeno, da imajo besede »premoženje«, »premoženjska korist« in »zaplemba« enak pomen kot v 1. členu Strasbourške konvencije. Osrednja pozornost je bila namenjena tudi neposrednim stikom med preiskovalci, tožilci in sodniki brez nepotrebnih

⁹ UL C 251, 15. 8. 1997.

¹⁰ Priporočilo št. 8 (11) 2. dela.

¹¹ UL L 333, 9. 12. 1998.

¹² UL C 202, 7. 6. 2016.

¹³ Konvencija o pranju, odkrivanju, zasegu in zaplembi premoženjske koristi, pridobljene s kaznivim dejanjem z dne 8. 11. 1990 (MKPKKD). Uradni list RS – MP, št. 11/97, št. 8/1998.

¹⁴ V 2. členu Strasbourške konvencije so opredeljeni ukrepi za zaplembo – *confiscation measures*, v 6. členu pa kazniva dejanja pranja denarja – *laundering offences*.

formalnosti in s tendenco po čim hitrejšem reševanju tujih zaprosil, čemur naj služijo tudi posebni priročniki, sestavljeni znotraj Evropske pravosodne mreže.¹⁵

2.4 Akcijski načrt za preprečevanje in kontrolo organiziranega kriminala: Strategija EU za začetek novega tisočletja

Ta dokument Sveta z dne 27. 3. 2000¹⁶ je opozarjal na nujno usmeritev politične pozornosti na področje temeljne motivacije organiziranega kriminala, Tj. pridobivanje premoženjske koristi in na nujnost njenega odvzema. S tem namenom naj se ustanovijo posebni organi za iskanje premoženja, ugotovijo naj se možnosti odvzema premoženja bodisi znotraj kazenskega ali civilnega postopka, vključno s preučitvijo vprašanja dokaznega bremena glede izvora premoženja obsojene osebe, kot tudi preučijo možnosti zaplembe tudi v primeru smrti ali nedosegljivosti storilca kaznivega dejanja.¹⁷

3 Okvirni sklepi

3.1 Splošno o okvirnih sklepih

Okvirni sklepi, vpeljani v evropsko zakonodajo z Amsterdamsko pogodbo iz leta 1997, ukinjeni pa z Lizbonsko pogodbo iz leta 2007, so za vsako državo članico zavezujoči glede cilja, ki ga je treba doseči, nacionalnim organom pa prepuščajo izbiro oblike in metod; pri implementaciji okvirnih sklepov Komisija EU ni pooblaščenca, da pred Sodiščem EU sproži kakršenkoli postopek zaradi neustreznega prenosa okvirnega sklepa v nacionalno zakonodajo; glede tega lahko sestavi le neobvezujoča poročila.¹⁸ Po drugi strani pa imajo, podobno kot pri direktivah, pristojni nacionalni organi, tudi ko gre za okvirne sklepe, obveznost skladne razlage

¹⁵ Evropska pravosodna mreža (European Judicial Network – EJN) je organizacija, ustanovljena s Skupnim ukrepom 98/428 v letu 1998, s čimer se je izpolnilo priporočilo št. 21 zgoraj omenjenega Akcijskega načrta za boj proti organiziranemu kriminalu iz leta 1997. Sestavljajo jo predstavniki posameznih držav kot nacionalne kontaktne točke (sodniki, tožilci oz. ministrski uradniki za mednarodno pravno pomoč), ki z neposrednimi medsebojnimi stiki olajšajo pravosodno sodelovanje znotraj EU in tudi s tretjimi državami. Ključni prispevek EJN je tudi v vzpostavitvi spletne strani, ki med drugim praktikom v posameznih državah omogoča pregled pristojnih organov v drugih državah za posamezna zaprosila (portal Atlas na spletni strani EJN).

¹⁶ UL C 124, 3. 5. 2000.

¹⁷ B. Vettori, 2006, Tough on Criminal Wealth: Exploring the Practise of Proceeds from Crime Confiscation in the EU, str. 6.

¹⁸ Določba točke b) drugega odstavka 34. člena PEU (Amsterdamska pogodba).

nacionalnega prava (the principle of conforming interpretation).¹⁹ Vendar za razliko od direktiv okvirni sklepi nimajo neposrednega učinka (direct effect), ki bi posameznikom omogočal, da bi se na pravilo iz tega instrumenta neposredno sklicevali pred nacionalnim sodiščem z namenom ustvarjanja pravnih učinkov.

Okvirni sklepi, ki jih je sprejemal Svet EU, podobno kot direktive, ko so preneseni v nacionalni pravni red, služijo približevanju pravnih redov, torej harmonizirajo določeno pravno področje, ki je predmet urejanja, da se uredi praktično enako v državah članicah EU, ki so ga implementirale, kar znatno olajša²⁰ mednarodnopravno sodelovanje. Pri slednjem je treba pozornost posvetiti tudi preverjanju, ali je določena tuja država članica implementirala relevanten okvirni sklep (države članice namreč tega ne storijo istočasno) in na kakšen način, saj je osnova pravosodnega sodelovanja v kazenskih zadevah načelo vzajemnega priznavanja (the principle of mutual recognition). V primeru, da zadevna država članica okvirnega sklepa še ni implementirala, pridejo v poštev druge (konvencijske oz. bilateralne) pravne podlage.

Med okvirnimi sklepi, ki zadevajo kazensko zaplembo (z izjemo sklepa Sveta, ki se nanaša na fazo sledenja premoženja – 2007/845/PNZ), imajo eni naravo instrumenta vzajemnega priznavanja, drugi pa naravo harmonizacijskega ukrepa.²¹ Načelo vzajemnega priznavanja temelji na zaupanju med državami članicami EU, saj pravosodni organi ene države članice zgolj na podlagi obrazca priznajo oz. izvršijo odločitev druge, kot da bi bila sprejeta s strani njenih pristojnih organov, torej brez posebnega preverjanja odločitve organov druge države članice, s tem da so razlogi za zavrnitev priznanja oz. izvršitve zelo omejeni in natančno določeni. Harmonizacija na področju kazenskega prava EU pa pomeni oblikovanje skupnih minimalnih standardov, ne pa tudi popolne unifikacije.²²

¹⁹ Kot je v zadevi C-105/03, kazenski postopek proti Marii Pupino, ECLI:EU:C:2005:386, ob reševanju predhodnega vprašanja po 234. členu Pogodbe o Evropski skupnosti, sedaj 267. členu Pogodbe o delovanju Evropske unije – PDEU (UL C 202, 7. 6. 2016), razlogovalo Sodišče EU, lahko posameznik pred nacionalnim sodiščem izpostavlja vsebino okvirnega sklepa z namenom, da doseže konformno razlago. Več o tem S. Lorenzmeier, *The Legal Effect of Framework Decisions – A Case-Note on the Pupino Decision of the European Court of Justice*, 2006, str. 583–588.

²⁰ Z omejitvami, ki jih povzroči nedosledna implementacija v posameznih državah (npr. če država v svojem notranjem redu določi dodatne pogoje za priznanje ali razloge za zavrnitev tujih odločb).

²¹ Evropska komisija, 2016a, str. 10–11.

²² Prav tam.

Okvirna sklepa, ki predstavljata instrumenta vzajemnega priznavanja, sta:

- Okvirni sklep Sveta 2003/577/PNZ o izvrševanju sklepov o zasegu premoženja ali dokazov v Evropski uniji²³ in
- Okvirni sklep Sveta 2006/783/PNZ o uporabi načela vzajemnega priznavanja odredb o zaplembi²⁴.

Okvirna sklepa, ki poleg Direktive 2014/42/EU predstavljata harmonizacijska ukrepa, pa sta:

- Okvirni sklep Sveta 2001/500/PNZ o pranju denarja, identifikaciji, sledenju, zamrznitvi, zasegu in zaplembi pripomočkov za kazniva dejanja in premoženjske koristi, pridobljene s kaznivim dejanjem²⁵, in
- Okvirni sklep Sveta 2005/212/PNZ o zaplembi premoženjske koristi, pripomočkov in premoženja, ki so povezani s kaznivimi dejanji²⁶.

3.2 Okvirni sklep Sveta 2001/500/PNZ o pranju denarja, identifikaciji, sledenju, zamrznitvi, zasegu in zaplembi pripomočkov za kazniva dejanja in premoženjske koristi, pridobljene s kaznivim dejanjem

Okvirni sklep Sveta 2001/500/PNZ z dne 26. 6. 2001 je upošteva je zaključke z zasedanja Evropskega sveta na Dunaju 1998 in v Tampereju 1999²⁷ odpravil določene pomanjkljivosti v ureditvi, predvideni s Skupnim ukrepom 98/699/PNZ, ki se je sčasoma glede posameznih določb pokazala za neustrezno. Prav tako je bilo sprejetje tega Okvirnega sklepa posledica neustrezne implementacije Strasbourške konvencije.²⁸ Podobno kot Skupni ukrep 98/699/PNZ tudi ta Okvirni sklep nalaga državam članicam, naj ne dajejo pridržkov k 2. členu Strasbourške konvencije (ki državam nalaga sprejetje ukrepov za zaplembo), kar pomeni, da so ukrepi zaplembe

²³ UL L 196, 2. 8. 2003.

²⁴ UL L 328, 24. 11. 2006.

²⁵ UL L 182, 5. 7. 2001.

²⁶ UL L 68, 15. 3. 2005.

²⁷ Evropski svet kot posebni organ EU s politično vlogo je na zasedanju v Tampereju 1999 ugotovil, da je pranje denarja v središču organiziranega kriminala in bi ga bilo treba izkoreniniti, kjerkoli se pojavi, zaradi česar bi se morali sprejeti konkretni ukrepi za sledenje, zamrznitev, zaseg in zaplembo premoženjske koristi, pridobljene s kaznivim dejanjem (gl. več: Evropski parlament, 1999, Tampere European Council 15 and 16 October 1999 Presidency Conclusions).

²⁸ Prim. Commission of the European Communities, 2004, Report from the Commission Based on Article 6 of the Council Framework Decision of 26 June 2001 on Money Laundering, the Identification, Tracing, Freezing, Seizing and Confiscation of Instrumentalities and the Proceeds of Crime, str. 6.

mogoči za vsa kazniva dejanja in ne le morebiti za posebej določena s strani posamezne države (pod pogojem, da je najvišja predpisana kazen več kot eno leto zapora). Izjemoma pa so pridržki k 2. členu Strasbourške konvencije dopustni v primeru davčnih kaznivih dejanj, vendar le zaradi namena zagotoviti zaplembo premoženjske koristi na podlagi nacionalne ali mednarodne zakonodaje oz. zakonodaje Skupnosti o povračilu davčnega dolga (tax-debt recovery legislation).

Ta Okvirni sklep državam članicam nalaga tudi, naj ne dajejo pridržkov k 6. členu navedene Konvencije (opredelitev kaznivih dejanj pranja denarja), če gre za huda kazniva dejanja, to so tista z najvišjo predpisano kaznijo več kot eno leto zapora.²⁹ Harmonizacija je bila izvedena tudi na področju predpisanih kazni, in sicer naj države za kazniva dejanja pranja denarja³⁰ ne bi predpisale najvišje predpisane kazni, ki bi bila nižja od štirih let zapora. Ob tem pa Okvirni sklep predvideva tudi odvzem protivrednosti pridobljene premoženjske koristi (*value confiscation*), s tem da je mogoča izjema, če gre za zneske, manjše od 4.000 EUR.

Še večji korak v smeri učinkovitejših mednarodnih postopkov pa je pomenil čez dve leti sprejeti nov okvirni sklep o izvrševanju sklepov o začasnem zavarovanju premoženja v državah EU.

3.3 Okvirni sklep Sveta 2003/577/PNZ o izvrševanju sklepov o zasegu premoženja ali dokazov v Evropski uniji

Okvirni sklep Sveta 2003/577/PNZ z dne 22. 7. 2003 prinaša načelo vzajemnega priznavanja, kar pomeni, da je že v zgodnji fazi postopka na zahtevo ene države članice omogočena takojšnja (v roku 24 ur, če je mogoče) izvedba ukrepa zasega premoženja (freezing order) v drugi državi članici brez nepotrebnih formalnosti. Pri tem se ne zahteva preverjanje dvojne kaznivosti (identiteta norme), če gre za taksativno naštetu (kataloška) kazniva dejanja s predpisanim posebnim maksimumom (v državi izdaje)³¹ najmanj tri leta zapora. Prav tako so možni razlogi

²⁹ V primeru, da ima država v svojem pravnem sistemu predpisane le najnižje zagrožene kazni, potem gre za huda kazniva dejanja, če je najnižja predpisana kazen višja od šestih mesecev zapora.

³⁰ Opredeljena v točkah a) in b) prvega odstavka 6. člena Strasbourške konvencije.

³¹ Glede na to, da uradni prevod tega dela Okvirnega sklepa (drugi odstavek 3. člena), kar zadeva kaznovalni okvir, ni povsem točen in je lahko zavajajoč, je uporabno še besedilo v izvirniku: »The following offences, as they are defined by the law of the issuing State, and if they are punishable in the issuing State by a custodial sentence of a maximum period of at least three years shall not be subject to verification of the double criminality of the act [...]«.

za zavrnitev izrecno naštetih in zelo omejenih³² (nepopolno ali manjkajoče potrdilo; imuniteta ali privilegij, ki onemogoča izvršitev sklepa; kršitev *ne bis in idem*; ne gre za kaznivo dejanje v državi izvršitve). Ta Okvirni sklep nadalje državam članicam nalaga, da predvidijo varovanje vseh zainteresiranih oseb, vključno tretjih oseb *bona fide*, z nesuspenzivno pritožbo proti ukrepu zasega, bodisi pred sodiščem države odreditve bodisi pred sodiščem države izvršitve. Vendar se lahko bistveni razlogi za izdajo sklepa o zasegu izpodbijajo samo v tožbi, vloženi pred sodiščem v državi izdaje. Ob tem pa je predvidena tudi povrnitev škode s strani države odreditve državi izvršitve, ki bi jo ta morala poravnati morebitnim oškodovancem zaradi izvršitve ukrepa zasega.³³

Vsebina navedenega Okvirnega sklepa je bila v slovenski pravni red implementirana z uveljavitvijo Zakon o sodelovanju v kazenskih zadevah z državami članicami Evropske unije³⁴ (ZSKZDČEU). Ta je bil nadomeščen z ZSKZDČEU-1,³⁵ ki sedaj to področje ureja v 20. in 21. poglavju. Ob tem pa je v zvezi z obravnavanim Okvirnim sklepom še pojasniti, da je bil ta z uveljavitvijo Direktive 2014/41/EU o evropskem preiskovalnem nalogu v kazenskih zadevah³⁶ v delu, ki se nanaša na zaseg za namene zavarovanja dokazov, nadomeščen z ureditvijo v navedeni direktivi, ki je bila v slovenski pravni red implementirana z uveljavitvijo zadnje novele ZSKZDČEU-1B. Če se torej zahteva zaseg zaradi zavarovanja dokazov, je treba izdati evropski preiskovalni nalog. Ta pa se ne uporablja za začasna zavarovanja za odvzem premoženjske koristi, kar pomeni, da je za namene zasega premoženja v smislu odvzema premoženjske koristi še vedno treba izdati odločbo o zasegu in potrdilo (freezing order) v skladu z Okvirnim sklepom 2003/577/PNZ. Lahko seveda pride tudi do situacije, ko bi bilo treba določen predmet zaseči tako zaradi zavarovanja dokazov kot za namene nadaljnjega odvzema koristi, in v tem primeru se uporabi instrument, vezan na primarni cilj. Če je ta cilj začasno zavarovanje odvzema premoženjske koristi, je treba v mednarodni zadevi v okviru EU še vedno ravnati v skladu z Okvirnim sklepom, za namen zbiranja dokazov pa se izda evropski preiskovalni nalog.

³² Države članice so možne razloge ob implementaciji pogosto določile vse kot obvezne, poleg tega so jih celo širile, kot je bilo očitano ob pregledu izvajanja tega Okvirnega sklepa – Evropska komisija, 2008, Poročilo Komisije na podlagi člena 14 Okvirnega sklepa Sveta 2003/577/PNZ z dne 22. julija 2003 o izvrševanju sklepov o zasegu premoženja ali dokazov v Evropski uniji. Na splošno je bila sklepna ugotovitev Evropske komisije, da ta Okvirni sklep v nacionalne zakonodaje ni bil zadovoljivo prenesen.

³³ Prim. 12. člen Okvirnega sklepa.

³⁴ Uradni list RS, št. 102/07.

³⁵ Uradni list RS št. 48/2013, 37/2015 in 22/2018.

³⁶ UL L 130, 1. 5. 2014.

3.4 Okvirni sklep Sveta 2005/212/PNZ o zaplembi premoženjske koristi, pripomočkov in premoženja, ki so povezani s kaznivimi dejanji

Okvirni sklep Sveta 2005/212/PNZ z dne 24. 2. 2005 je bil sprejet kot odziv na nezadostno učinkovitost harmonizacijskega Okvirnega sklepa 2001/500/PNZ, s tem da je črpal posamezna priporočila in pojme iz Varšavske konvencije, to je Konvencije Sveta Evrope o pranju, odkrivanju, zasegu in zaplembi premoženjske koristi, pridobljene s kaznivim dejanjem, in o financiranju terorizma z dne 16. 5. 2005 (MKPOZZ).³⁷ Od držav članic je zahteval uvedbo učinkovitih ukrepov za zaplembo premoženjske koristi (oz. nadomestne vrednosti), pripomočkov in premoženja, ki so povezani s kaznivimi dejanji, za katere se lahko izreče kazen več kot eno leto zapor³⁸, uvedel pa je tudi možnost razširjene zaplembe, če gre za kazniva dejanja, ki prinašajo premoženjsko korist in so izvršena v hudodelski združbi (ob tem gre za naslednja kazniva dejanja: ponarejanje eura, pranje denarja, trgovina z ljudmi, nezakonito priseljevanje, spolno izkoriščanje otrok in otroška pornografija, nedovoljen promet s prepovedanimi drogami), oz. za kazniva dejanja terorizma. Pogoji za razširjeno zaplembo je trdna predpostavka, da premoženje obsojene osebe izvira iz kaznivih dejanj organiziranega kriminala oz. terorizma, torej da gre za kriminalno poreklo določenega premoženja, pri čemer pa mora imeti obsojenec možnost, da dokaže zakonit izvor svojega premoženja.³⁹ Ob tem je ta Okvirni sklep predvidel tudi možnost zaplembe premoženja, ki so ga pridobili najbližji sorodniki zadevne osebe, oz. premoženja, prenesenega na obvladovano pravno osebo. V vsakem primeru pa je zagotovil ustrezno varovanje pravic z zaplembo prizadete osebe s pravnimi sredstvi.

Vendar s tem pravnim aktom po oceni Komisije EU⁴⁰ še vedno ni bila dosežena zelena stopnja harmonizacije, ki bi odpravila omejitve, ki izvirajo iz različnih nacionalnih sistemov. Sledeč korak, ki ga je ubrala EU s pravnimi akti s tega področja, je bil okvirni sklep, ki je vpeljal še en instrument vzajemnega priznavanja.

³⁷ Uradni list RS – MP, št. 4/2010.

³⁸ Ta prag je enak tistemu, ki je bil že sprejet v Okvirnem sklepu Sveta 2001/500/PNZ; razlika je le v odpravi možnosti pridržka, ki je omogočila, da se v primeru davčnih kaznivih dejanj ne odredi zaplembe (Evropska komisija, 2007, Poročilo Komisije na podlagi člena 6 Okvirnega sklepa Sveta z dne 24. februarja 2005 o zaplembi premoženjske koristi, pripomočkov in premoženja, ki so povezani s kaznivimi dejanji (2005/212/PNZ) (Evropska komisija, 2007), str. 4).

³⁹ Prim. 6. odstavek preambule. Več o tem J. Pradel, G. Corstens, G. Vermeulen, 2009, Droit pénal européen, str. 535–536.

⁴⁰ Evropska komisija, 2007, str. 7.

3.5 Okvirni sklep Sveta 2006/783/PNZ o uporabi načela vzajemnega priznavanja odredb o zaplembi

Okvirni sklep Sveta 2006/783/PNZ z dne 6. 10. 2006, dopolnjen z Okvirnim sklepom Sveta 2009/299/PNZ z dne 26. 2. 2009, je vzpostavil pravila, po katerih mora država članica, ki od pristojnega organa druge države članice prejme odredbo o zaplembi (confiscation order), le-to priznati in izvršiti brez nepotrebnih formalnosti (načelo neposrednega stika). Vsebina navedenega Okvirnega sklepa je bila v slovenski pravni red implementirana z uveljavitvijo ZSKZDČEU, ki sedaj to področje ureja v svojem 22. in 23. poglavju (ZSKZDČEU-1).

Vendar je Slovenija (poleg Avstrije, Hrvaške, Luksemburga, Poljske, Romunije in Španije)⁴¹ v zvezi z izvrševanjem tujih odredb o zaplembi podala notifikacijo, da slovenski pristojni organi ne bodo priznavali in izvrševali odredb o zaplembi, če je bila zaplemba premoženja naložena v okviru razširjenih pooblastil za zaplembo.⁴² Razširjena zaplemba na podlagi tuje odredbe o zaplembi tako ne pride v poštev, s čimer je po mnenju nekaterih avtorjev Slovenija nekoliko pripomogla k manjši učinkovitosti razširjene zaplembe v mednarodnem okolju.⁴³

Pri izvršitvi odredbe o zaplembi je osnovno načelo, da je merodajna zakonodaja države izvršiteljice.⁴⁴ Ob tem pa država izvršiteljica ne sme namesto odredbe o zaplembi naložiti drugih ukrepov⁴⁵, vključno z zaporno kaznijo ali drugim ukrepom, ki omejuje svobodo osebe, če se država izdajateljica s tem ne strinja. Ta določba se je izpostavila tudi v sodbi Sodišča EU *Criminal proceedings against ET*⁴⁶ v okviru predhodnega odločanja v zvezi s postopkom izdaje dovoljenja za izvršitev uklonilnega zavora. Predlog za izdajo dovoljenja je vložilo državno tožilstvo na Nizozemskem zaradi izvršitve odredbe o zaplembi v znesku 800.000,00 EUR po sodbi belgijskega sodišča v Antwerpnu zoper osebo na Nizozemskem (ker je ta še vedno dolgovala znesek v višini 652.119,19 EUR in ker je nizozemsko državno tožilstvo sumilo, da obstajajo skrivni finančni tokovi). Glede na sodno prakso

⁴¹ Po podatkih, dostopnih na spletni strani EJN v zvezi s statusom implementacije Okvirnega sklepa 2006/783/PNZ.

⁴² Peti odstavek 7. člena v zvezi s točko d (iv) 2. člena Okvirnega sklepa 2006/783/PNZ.

⁴³ K. Rejec Longar, 2018, Modeli odvzema premoženja nezakonitega izvora – pravni, organizacijski in izvedbeni vidiki, str. 68.

⁴⁴ Prim. 12. člen Okvirnega sklepa.

⁴⁵ Prim. četrti odstavek 12. člena Okvirnega sklepa.

⁴⁶ Zadeva C-97/18, kazenski postopek proti ET, ECLI:EU:C:2019:7.

nizozemskega vrhovnega sodišča, po kateri je treba ukrep uklonilnega zavora iz 577.c člena nizozemskega zakona o kazenskem postopku šteti za kazensko sankcijo v smislu 7. člena Evropske konvencije o varstvu človekovih pravic in temeljnih svoboščin (EKČP)⁴⁷, je nizozemsko predložitveno sodišče podvomilo o skladnosti tega ukrepa z Okvirnim sklepom 2006/783/PNZ. Ob tem je oseba, zoper katero je bila izdana odredba o zablembi, prav tako trdila, da uklonilni zavor ni le »ukrep« v smislu nizozemskega kazenskega prava, ampak tudi kazenska sankcija v smislu prvega odstavka 7. člena EKČP in prvega odstavka 49. člena Listine Evropske unije o temeljnih pravicah.⁴⁸

Vendar pa je Sodišče EU zavzelo stališče, da je treba 1. in 4. točko 12. člena predmetnega Okvirnega sklepa razlagati tako, da ne nasprotuje uporabi zakonodaje države izvršiteljice (Nizozemske), ki za izvršbo odredbe o zablembi, izdane v državi izdajateljici (Belgiji), dovoljuje, če je to primerno, tudi uporabo uklonilnega zavora. Uklonilnega zavora kot izvršilnega ukrepa, katerega namen je torej doseči izvršbo odredbe o zablembi, ni mogoče šteti za ukrep, ki nadomešča odredbo o zablembi, niti ne pomeni dodatne sankcije ali spremembe take odredbe, izdane v državi izdajateljici. Predstavlja le sredstvo za izvršbo odredbe o zablembi. Zato za sprejetje tega ukrepa po presoji Sodišča EU niti ni potrebna predhodna odobritev države izdajateljice. Na podlagi takšnega stališča lahko zaključim, da je za izvršitev odredbe o zablembi v državi izvršiteljici v skladu z njeno zakonodajo dopustno izreči tudi uklonilni zavor kot obliko pritiska na zadevno osebo, ki ne želi vrniti premoženjske koristi, čeprav bi to glede na svoje finančne zmožnosti lahko storila. Ob tem je v navedeni sodbi Sodišče EU⁴⁹ še poudarilo, da za izvršbo odredbe o zablembi velja zakonodaja države izvršiteljice. Zato možnost uporabe uklonilnega zavora v zakonodaji države izdajateljice ne vpliva na uporabo takega ukrepa v državi izvršiteljici.

Sicer pa se po obravnavanem Okvirnem sklepu pri izvršitvi odredb o zablembi ne preverja dvojna kaznivost, če gre za eno ali več od izrecno naštetih 32 kataloških kaznivih dejanj, pod pogojem, da je za takšno kaznivo dejanje v državi odreditve predpisan posebni maksimum najmanj tri leta zavora. Razlogi za zavrnitev (ki so v Okvirnem sklepu določeni kot neobvezni) so strogo omejeni (npr. nepopolno oz. manjkajoče potrdilo, prepoved *ne bis in idem*, dvojna kaznivost, imuniteta, zaščita

⁴⁷ Uradni list RS – MP, št. 7/1994.

⁴⁸ UL C 83, 30. 3. 2010.

⁴⁹ To pojasnilo se je nanašalo na drugo, ločeno vprašanje, ki ga je zastavilo predložitveno sodišče.

pravic tretje osebe), vendar so številne države članice ponovno, kot to velja za zasege, ob implementaciji razloge za zavrnitev razširile ali pa jih v svojo zakonodajo prenesle kot obvezne razloge za zavrnitev.⁵⁰ Komisija EU je ob oceni izvajanja tega Okvirnega sklepa takšno neustrezno implementacijo držav članic kritizirala⁵¹, saj da znatno omejuje področje praktične uporabe načela vzajemnega priznavanja in ni v skladu z namenom, vsebino in obliko Okvirnega sklepa.

3.6 Sklep Sveta 2007/845/PNZ o sodelovanju med uradi za odvzem premoženjske koristi držav članic

Sklep Sveta 2007/845/PNZ z dne 6. 12. 2007⁵² je bil sprejet zaradi splošnega prepričanja na ravni EU, da je za učinkovit boj proti organiziranemu kriminalu nujna hitra izmenjava informacij, da bi se izsledila in zasegla premoženjska korist, pridobljena s kaznivim dejanjem, in drugo premoženje, ki pripada storilcem kaznivih dejanj. Svet EU je v preambuli⁵³ opozoril na potrebo po tesnem sodelovanju med pristojnimi organi držav članic pri sledenju nezakonite premoženjske koristi in drugega premoženja, ki ga je mogoče zapleniti, prav tako tudi na nujnost neposrednega obveščanja med temi organi. Zato naj bi države članice ustanovile nacionalne urade za odvzem premoženjske koristi – *Asset Recovery Office* – ARO, bodisi kot del upravnega organa, organa pregona ali pravosodnega organa, in zagotovile, da bi lahko ti uradi med seboj hitro izmenjevali informacije. Po Sklepu lahko država članica ustanovi ali imenuje kar dva nacionalna urada za odvzem premoženjske koristi⁵⁴, kar pa lahko po drugi strani seveda povzroča kolizijo

⁵⁰ Evropska komisija, 2010, Poročilo Komisije Evropskemu parlamentu in Svetu na podlagi člena 22 Okvirnega sklepa Sveta 2006/783/PNZ z dne 6. oktobra 2006 o uporabi načela vzajemnega priznavanja odredb o zaplembi (Evropska komisija, 2010), str. 8–10. Slovenija je denimo vključila sledeče obvezne razloge: objekti so del slovenske kulturne dediščine; osebi je bila podeljena amnestija ali pomilostitev; zaplemba je odrejena na podlagi odločitve, ki je v skladu s slovensko zakonodajo v kazenskih postopkih ni mogoče odrediti; objektivni razlogi za domnevo, da je bila odločitev izdana za namen kaznovanja osebe na podlagi rase, spola, političnega ali verskega prepričanja.

⁵¹ Evropska komisija, 2010, str. 10.

⁵² S polnim naslovom: Sklep Sveta 2007/845/PNZ o sodelovanju med uradi za odvzem premoženjske koristi držav članic na področju sledenja in identifikacije premoženjske koristi, pridobljene s kaznivim dejanjem, ali drugega premoženja, povezanega s kaznivimi dejanji (UL EU, L 332, 18. 12. 2007).

⁵³ Prim. Sklep Sveta 2007/845/PNZ, tč. 3.

⁵⁴ Tako je na primer Francija imenovala Platformo za identifikacijo sredstev, pridobljenih s kaznivimi dejanji (la Plateforme d'identification des avoirs criminels – PIAC) in tudi drugi urad za odvzem premoženjske koristi (Agencijo za upravljanje in odvzem zaseženega in zaplenjenega premoženja – l'Agence de gestion et de recouvrement des avoirs saisis et confisqués – AGRASC) – več o uradih v drugih državah članicah: Evropska komisija, 2011, Poročilo Komisije Evropskemu parlamentu in Svetu na podlagi člena 8 Sklepa Sveta 2007/845/PNZ z dne 6. decembra 2007 o sodelovanju med uradi za odvzem premoženjske koristi držav članic na področju sledenja in identifikacije premoženjske koristi, pridobljene s kaznivim dejanjem, ali drugega premoženja, povezanega s kaznivimi dejanji (Evropska komisija, 2011), str. 4.

pristojnosti med njima.⁵⁵ Tudi sicer je Evropska komisija pri delovanju tovrstnih uradov v okviru EU ugotovila vrsto težav, ki onemogočajo učinkovito izvajanje pooblastil iz Sklepa (premalo osebja in usposobljanja; prešibak dostop do uradnih evidenc, zlasti bančnih računov; premalo varen sistem za elektronsko izmenjavo operativnih informacij⁵⁶; neučinkovita pooblastila v zvezi z mednarodnimi zaprosili; nezadosten dostop do statistik zamrznjenega in zaseženega premoženja ipd).⁵⁷

V Sloveniji takšen posebni urad, ki bi izvajal pristojnosti v skladu z obravnavanim Sklepom, ni bil ustanovljen, tako da je sledenje premoženja, pridobljenega s kaznivim dejanjem, še vedno institucionalno razpršeno predvsem med policijo, Finančno upravo Republike Slovenije – FURS in UPPD. Zaenkrat je na Vrhovnem državnem tožilstvu RS določena le kontaktna točka ARO, ki je tudi kontaktna točka mreže CARIN, in sicer v okviru Strokovno informacijskega centra pri Vrhovnem državnem tožilstvu RS, pri čemer je slednje v svojem končnem poročilu za leto 2020, kot že leta poprej, opozorilo na nujnost ustanovitve in zagona nacionalnega urada za odkrivanje, sledenje in zavarovanje odvzema protipravne premoženjske koristi – ARO, kot tudi urada za upravljanje in razpolaganje z odvzetim premoženjem – AMO (Asset Management Office),⁵⁸ v skladu z usmeritvami EU.

EU se problema protipravne premoženjske koristi iz kaznivih dejanj ni lotevala le z okvirnimi sklepi Sveta EU oz. zadnje navedenim sklepom Sveta EU, pač pa se je s tem vprašanjem poglobljeno ukvarjal tudi Evropski parlament.

⁵⁵ Tako tudi K. Rejec Longar, 2018, Modeli odvzema premoženja nezakonitega izvora – pravni, organizacijski in izvedbeni vidiki, str. 69.

⁵⁶ Glede tega je Urad Europol za premoženje, pridobljeno s kaznivimi dejanji (Europol Criminal Assets Bureau – ECAB), predlagal, naj se preuči možnost uporabe Europolovega sistema SIENA (Secure Information Exchange Network Application) za dvostransko izmenjavo informacij med uradi za odvzem premoženjske koristi. Več gl. Evropska komisija, 2011, str. 9.

⁵⁷ Več o tem gl. Evropska komisija, 2011, str. 8–9.

⁵⁸ Skupno poročilo o delu državnih tožilstev za leto 2020, Vrhovno državno tožilstvo Republike Slovenije, str. 52. Gl. tudi Končno poročilo Medresorske delovne skupine za pripravo ukrepov za bolj učinkovito hrambo in upravljanje z zaseženim premoženjem po Zakonu o kazenskem postopku in Zakonu o odvzemu premoženja nezakonitega izvora, Ministrstvo za pravosodje, št. 007-356/2014 z dne 26. 7. 2016, str. 2. Pri tem še ni povsem dorečeno, ali bi se oddelek AMO ustanovil pri Vrhovnem državnem tožilstvu RS, pri Policiji ali pri FURS, po osnutku kasneje nesprejete nove uredbe naj bi bil Oddelek za upravljanje zaseženega in odvzetega premoženja ustanovljen pri Vrhovnem državnem tožilstvu RS. Ker Slovenija še ni ustanovila takšnega organa, je bila deležna tudi kritike ob petem ocenjevalnem krogu skupine MONEYVAL (gl. MONEYVAL, 2017, The Fifth Round Mutual Evaluation on Slovenia, Adopted by the MONEYVAL Committee at Its 53rd Plenary Session (Strasbourg, 1 June 2017), str. 147).

4 Resoluciji Evropskega parlamenta

Evropski parlament se je tako v okviru Resolucije z dne 25. oktobra 2011 o organiziranem kriminalu v Evropski uniji (Resolucija 2011)⁵⁹ kot tudi v kasnejši Resoluciji z dne 23. oktobra 2013 o organiziranem kriminalu, korupciji in pranju denarja: priporočila za ukrepe in pobude, ki bi jih bilo treba sprejeti – končno poročilo (Resolucija 2013),⁶⁰ ob priporočenih strategijah zoper organizirani kriminal in hudodelske združbe osredotočil tudi na vprašanje odvzema premoženjskih koristi, pridobljenih s kriminalnimi dejanji.

Tako je v Resoluciji 2011 pozval države članice, naj zagotovijo pravočasen in učinkovit prenos evropskih in mednarodnopravnih instrumentov, ki naslavljajo boj proti organiziranemu kriminalu, v nacionalno zakonodajo. Prav tako Resolucija konkretno poziva Komisijo EU, da:

- čim prej pripravi okvirni predlog direktive o postopku zasega in odvzema s kaznivim dejanjem pridobljenega premoženja;
- določi pravila za učinkovito rabo instrumentov, kot sta razširjena zablembo in zablembo brez obsodbe (*non-conviction based confiscation*);
- opredeli pravila o obrnjenem dokaznem bremenu po obsodbi storilca za hudo kaznivo dejanje, kamor sodi tudi organizirani kriminal, in spodbuja prenos instrumentov v nacionalne sisteme v zvezi z obrnjenim dokaznim bremenom;
- predvidi pravila, ki bi omogočila zaseg in zablembo premoženja tretjim osebam, na katere bi bilo preneseno;
- sprejme koncept premoženjske koristi, pridobljene s kaznivim dejanjem, ki zajema ne zgolj čisti dobiček, temveč vsak prihodek, ki je neposredno ali posredno povezan z izvedbo kaznivih dejanj, povezanih z organiziranim kriminalom;
- sprejme ustrezno evropsko zakonodajo o ponovni uporabi s kaznivim dejanjem pridobljenega premoženja v socialne namene (*the re-use of crime proceeds for social purposes*), tudi za zaščito prič v sodnih postopkih, kar

⁵⁹ Evropski parlament, 2011, Resolucija Evropskega parlamenta z dne 25. oktobra 2011 o organiziranem kriminalu v Evropski uniji (UL C 131 E, 8. 5. 2013).

⁶⁰ Evropski parlament, 2013, Resolucija Evropskega parlamenta z dne 23. oktobra 2013 o organiziranem kriminalu, korupciji in pranju denarja: priporočila za ukrepe in pobude, ki bi jih bilo treba sprejeti (končno poročilo) (UL C 208, 10. 6. 2016).

bi omogočilo, da bi se kapital hudodelskih združb oz. oseb, ki so z njimi povezane, ponovno vključil v zakonite, pregledne in poštene gospodarske krogoke;

- podpira tesnejše sodelovanje med državami članicami kar zadeva priznavanje in pravilno izvrševanje ukrepov zasega in zaplembe ter okrepi vlogo in pristojnosti uradov za odvzem premoženjske koristi (ARO) ob hkratni zagotovitvi prožnejšega in enotnejšega dostopa do informacij.

Evropski parlament je nato dve leti kasneje sprejel še Resolucijo 2013, v kateri je ob različnih strategijah proti organiziranemu kriminalu in pozivanju h krepitvi policijskega in pravosodnega sodelovanja na evropski in mednarodni ravni, vključno z uporabo instrumentov vzajemnega priznavanja in okrepitevijo delovanja uradov ARO, izpostavil tudi težnjo po zaustavitvi organiziranega kriminala s poseganjem na sredstva in premoženje. Hkrati pa je poudaril, da morajo pravila EU na področju kazenskega materialnega prava spoštovati temeljne pravice ter načeli subsidiarnosti in sorazmernosti, pa tudi vsebino resolucije Evropskega parlamenta z dne 22. maja 2012 o pristopu EU do kazenskega prava. Ob tem je države članice še pozval, naj uvedejo modele zaplembe, ki ne temeljijo na obsodbi, in to za tiste primere, v katerih je na podlagi dokazov in po sklepu sodišča mogoče ugotoviti, da je bilo zadevno premoženje pridobljeno s kaznivim dejanjem ali da se uporablja za izvrševanje kaznivih dejanj. Sicer pa tudi Resolucija 2013 poziva države članice, da bi spodbudile ponovno uporabo zaplenjenega premoženja za socialne namene, kot je preusmeritev takšnega premoženja k žrtvam in skupnostim, ki so utrpele uničujoče posledice drog in organiziranega kriminala, hkrati pa naj se ta sredstva uporabijo za financiranje boja proti kriminalu.

Evropski parlament je v okviru te resolucije še podal priporočilo, da je hitro sprejetje direktive o zaplembi premoženjske koristi, pridobljene s kaznivim dejanjem, temeljnega pomena, ob tem pa pozval države članice, da prihodnjo direktivo pravočasno in učinkovito prenesejo v nacionalno zakonodajo.

Doslej opisan razvoj na ravni EU in vsa prizadevanja, da bi se države čim učinkoviteje spopadle z dobički kriminala, so nato v letu 2014 le privedla tudi do sprejetja Direktive 2014/42.

5 **Direktiva 2014/42/EU Evropskega parlamenta in Sveta o začasnem zavarovanju in odvzemu predmetov, ki so bili uporabljeni za kazniva dejanja, in premoženjske koristi, pridobljene s kaznivim dejanjem, v Evropski uniji**

Cilj Direktive 2014/42 je bil poenostaviti določena pravila in zapolniti praznine, ki so jih izkoriščale kriminalne organizacije, z namenom pristojnim organom držav članic olajšati zaplembo in izterjavo dobička, ustvarjenega zaradi čezmejnih hudih kaznivih dejanj in organiziranega kriminala. Sprejeta so torej bila minimalna pravila, ki naj bi približala pravno ureditev držav članic glede začasnega zavarovanja in odvzema premoženjske koristi (v smislu dokončnega odvzema), kar naj bi okrepilo medsebojno zaupanje in olajšalo učinkovito mednarodno sodelovanje.

Premoženje, ki ga je mogoče začasno zavarovati ali odvzeti, je v Direktivi 2014/42 široko opredeljeno. Lahko je materialno ali nematerialno, poleg premičnega in nepremičnega premoženja pa vključuje tudi pravne dokumente ali listine, ki izkazujejo pravni naslov ali upravičenje na takšnem premoženju (npr. finančne listine ali dokumenti, ki izkazujejo terjatev upnika). Sicer pa premoženjska korist, pridobljena s kaznivim dejanjem, v smislu te direktive predstavlja neposredno premoženjsko korist, pridobljeno s kaznivim dejanjem, vključno z naknadnimi ponovnimi vlaganji ali preoblikovanjem neposrednih premoženjskih koristi, kot tudi tisto premoženje, ki je bilo pomešano s premoženjem, pridobljenim iz zakonitih virov (do ocenjene vrednosti združene premoženjske koristi). Vključuje lahko tudi prihodek ali druge koristi, ki izhajajo iz premoženjske koristi, pridobljene s kaznivim dejanjem, ali iz premoženja, v katerega je bila takšna premoženjska korist preoblikovana, spremenjena oz. s katerim je bila pomešana.⁶¹

Direktiva 2014/42 je nadomestila nekatere določbe Okvirnega sklepa Sveta 2005/212/PNZ, ki pa se glede običajne zaplembe še naprej uporablja za vsa kazniva dejanja, ki se kaznujejo z vsaj enim letom zapora. Direktiva namreč obsega le t. i. evropska kazniva dejanja (*Eurocrimes*)⁶² in določa minimalna pravila za nacionalne

⁶¹ Prim. Direktiva 2014/42, tč. 11.

⁶² V skladu s 83. členom PDEU pomenijo evropska kazniva dejanja zlasti huda kazniva dejanja s čezmejno razsežnostjo, ki izhajajo iz narave ali učinka takih kaznivih dejanj ali iz posebne potrebe po skupnem boju proti njim. Gre za sledeča kazniva dejanja: terorizem, trgovina z ljudmi in spolno izkoriščanje žensk in otrok, nedovoljena trgovina s prepovedanimi drogami, nedovoljena trgovina z orožjem, pranje denarja, korupcija, ponarejanje plačilnih sredstev, računalniški kriminal in organizirani kriminal. Zaradi pravne podlage prvega odstavka 83. člena PDEU je področje uporabe Direktive 2014/42 omejeno na t. i. *Eurocrimes* in torej ne zajema drugih kaznivih dejanj, ki ustvarjajo premoženjsko korist. Več Evropska komisija, 2016a.

sisteme na področju začasnega zavarovanja in odvzema (zaplembe) premoženjske koristi. Ob tem za evropska kazniva dejanja nalaga običajen odvzem in odvzem nadomestne vrednosti (protivrednosti) tudi, kadar je do obsodbe prišlo na podlagi kazenskega postopka in absentia. Poleg tega je to prvi mednarodni dokument, ki je predvidel odvzem, kadar obsodba ni mogoča, in sicer v primeru, da je osumljena oz. obtožena oseba zbolela ali je pobegnila. Direktiva 2014/42 nadalje pod določenimi pogoji,⁶³ sicer brez jasnega dokaznega standarda, uvaja tudi pravila za razširjeni odvzem, ob tem pa je to tudi prvi mednarodni dokument, ki je predvidel odvzem premoženja, ki je v lasti tretjih oseb.⁶⁴

Nenazadnje pa uvaja še številna postopkovna jamstva,⁶⁵ kot je pravica do obveščeniosti o izvršitvi sklepa o začasnem zavarovanju, vključno z vsaj kratkimi razlogi; predvidena je učinkovita možnost izpodbijanja takega sklepa pred sodiščem, pravica do dostopa do odvetnika ves čas med postopkom odvzema, prav tako pa tudi učinkovita možnost uveljavljanja lastninske pravice ali drugih premoženjskih pravic (pravica do uporabe) tretjih oseb kot tudi pravica do obveščeniosti o razlogih za sklep o odvzemu in izpodbijanje pred sodiščem.

Ob tem je Direktiva 2014/42 izpostavila tudi problem zbiranja statističnih podatkov in državam članicam naložila takšno evidenco začasnih zavarovanj in odvzemov,⁶⁶ kar je predstavljalo korak naprej v smeri uporabnih podatkovnih analiz. Prav tako je, podobno kot Evropski parlament v svojih resolucijah v letih 2011 in 2013, družbeno odgovorno priporočila sprejetje ukrepov, s katerimi bi se lahko odvzeto premoženje uporabilo za zadeve javnega interesa, družbeno koristne zadeve, vključno s preprečevanjem kriminala, ali za socialne namene.

⁶³ Če gre za določena huda kazniva dejanja, s katerimi je mogoče neposredno ali posredno pridobiti gospodarsko korist – korupcija, hudodelske združbe, otroška pornografija, računalniški kriminal in kazniva dejanja z nacionalno predpisano najvišjo kaznijo najmanj štirih let zopora (minimalni posebni maksimum) – 5. člen Direktive. Pri tem navedeno določilo ne uvaja jasnega obrnjenega dokaznega bremena (M. Simonato, *Confiscation and Fundamental Rights Across Criminal and Non-Criminal Domains*, 2017, str. 368; podobno K. Rejec Longar, 2018, *Modeli odvzema premoženja nezakonitega izvora – pravni, organizacijski in izvedbeni vidiki*, str. 72; drugače P. Plesec, 2016, *Kazenskoprosesni vidiki odvzema predmetov, protipravne premoženjske koristi in premoženja*, str. 227); državam članicam nalaga razširjeni odvzem premoženja le, če sodišče na podlagi okoliščin primera, vključno s specifičnimi dejstvi in razpoložljivimi dokazi, kot je nesorazmerna vrednost premoženja obsojenca glede na njegove zakonite dohodke, presodi, da je bilo zadevno premoženje pridobljeno s kaznivim dejanjem.

⁶⁴ Prim. Direktiva 2014/42, tč. 23, 24 in 25, ter 5. in 6. člen.

⁶⁵ V 8. členu Direktive 2014/42.

⁶⁶ Prim. 11. člen Direktive 2014/42.

Direktiva 2014/42 bi morala biti s strani držav članic implementirana do 4. oktobra 2016, pri čemer sta se državi Danska in Združeno kraljestvo že od samega začetka izločili iz uporabe Direktive (opt-out). Slovenija jo je večinoma ustrezno implementirala, v pretežni meri s predpisi, ki so bili sprejeti v skladu s predhodnimi okvirnimi sklepi že pred njenim sprejemom, kot izhaja iz navedbe petnajstih predpisov, ki jih je Slovenija sporočila Komisiji EU.⁶⁷ Zadržek v zvezi z ustrezno implementacijo Direktive 2014/42 je le v tem, da je ta med drugim predvidela,⁶⁸ naj države članice vzpostavijo osrednje organe, vrsto specializiranih uradov ali enakovredne mehanizme, da zagotovijo ustrezno upravljanje začasno zavarovanega premoženja zaradi morebitnega poznejšega odvzema. Vendar, kot že omenjeno, takega osrednjega urada, zadolženega za upravljanje z zavarovanim in odvzetim premoženjem (Asset Management Office – AMO), pri nas zaenkrat še ni, ampak je ta pristojnost razpršena med različne organe oz. institucije (Sklad kmetijskih zemljišč in gozdov Republike Slovenije, FURS, Ministrstvo za javno upravo, Ministrstvo za finance, Slovenski državni holding).

Kljub harmonizacijskemu učinku, ki ga je zasledovala Direktiva 2014/42, pa sta se že v času njenega sprejetja izpostavila dva ključna problema, ki sta nakazovala na potrebo po zagotovitvi močnejšega instrumenta vzajemnega priznavanja sklepov o začasnem zavarovanju in odvzemu, ki bi okrepila boj proti financiranju terorizma.⁶⁹ Izpostavljena problema sta bila sledeča:⁷⁰

- premalo zaseženega premoženja,⁷¹ pridobljenega s kaznivim dejanjem v čezmejnih primerih, kar je bila deloma posledica omejenega dometa instrumentov vzajemnega priznavanja, neustrezno implementiranih obstoječih dokumentov EU, po drugi strani pa še prezpletenih postopkov in prekompleksnih potrdil,⁷² in
- prešibko varstvo oškodovancev v čezmejnih primerih.

⁶⁷ Status implementacije Direktive 2014/42 (dostopno na: eur-lex.europa.eu).

⁶⁸ Prim. 10. člen Direktive 2014/42.

⁶⁹ Takšno akutno potrebo so okrepili tudi teroristični napadi znotraj EU v letu 2015 (Pariz dvakrat) in 2016 (Bruselj, München, Nica in Berlin). Glej tudi Evropska komisija, 2016a, str. 5.

⁷⁰ Prav tam, str. 15.

⁷¹ To izhaja tudi iz ugotovitev Evropske komisije v letu 2012 (Evropska komisija, 2012, Kriminal se ne izplača: strožji pristop na področju dobičkov iz nezakonitih dejavnosti).

⁷² Prim. tudi Eurojust, 2012, Seminar on »Confiscation and Organised Crime: Procedures and Perspectives in International Judicial Cooperation«, Palermo, 21-22 May 2012 – Summary Report. Eurojust, 2015, Towards Greater Cooperation in Freezing and Confiscation of the Proceeds of Crime: A Practitioners' Approach, The Hague, 11 December 2014, Report.

V premoščanju teh problemov so se izoblikovale štiri možne rešitve⁷³ bodoče evropske ureditve tega področja. Po prvi naj bi vztrajali pri obstoječi ureditvi (*status quo*); druga možnost se je nanašala na nezavezujoče oz. nezakonodajne ukrepe (vzpodbujanje uporabe instrumentov vzajemnega priznavanja, izmenjava dobrih praks ipd.); po tretji možni rešitvi naj bi se uvedli minimalni zakonodajni ukrepi (priznavanje le tistih sklepov o začasnem zavarovanju in odvzemu, ki so predvideni z Direktivo 2014/42); in po četrti varianti maksimalni zakonodajni ukrepi (s podmožnostjo 4a: zajeti bi bili sklepi o začasnem zavarovanju in odvzemu, izdani v okviru kazenskega postopka, vključno s sklepi brez kazenske obsodbe; oz. s podmožnostjo 4b: zajete bi bile vse vrste sklepov o začasnem zavarovanju in odvzemu, tudi tisti, izdani v civilnem oz. upravnem postopku, če bi se dokazalo, da je bila premoženjska korist pridobljena s kaznivim dejanjem). Komisija EU se je zavzela za sprejetje možnosti 4a kot prednostne možnosti,⁷⁴ ki je bila nazadnje tudi sprejeta, saj je po njeni oceni pravno utemeljena in rešuje večino zaznanih težav. Za države članice je bila tudi sprejemljivejša od možnosti, ki vključuje civilno oz. upravno zaplembo, ustreza pa tudi načelu sorazmernosti, ker ima omejeno področje uporabe in ne presega minimuma, ki je potreben za doseg ciljev, določenih na evropski ravni.

Upošteva je obstoječe dokumente vzajemnega priznavanja na ravni EU kot tudi minimalne standarde, ki jih je vpeljala Direktiva 2014/42, je tako Komisija EU že konec leta 2016 na zahtevo Evropskega parlamenta in Sveta pripravila predlog nove uredbe kot pravno zavezujočega pravnega akta. Evropski parlament in Svet sta namreč že ob sprejetju Direktive 2014/42 ugotovila, da je učinkovit sistem za začasno zavarovanje in odvzem v EU neločljivo povezan z dobro delujočim vzajemnim priznavanjem sklepov o začasnem zavarovanju in sklepov o odvzemu. Medtem ko je Direktiva 2014/42 prispevala k učinkovitejšemu izvajanju sklepov o začasnem zavarovanju in odvzemu premoženjske koristi na nacionalni ravni, je temeljni cilj nove uredbe (regulation) zlasti izboljšati izvrševanje sklepov o začasnem zavarovanju in odvzemu med posameznimi državami članicami. Tako bi po oceni Komisije EU morala oba instrumenta skupaj (direktiva v smislu materialnopravnih

⁷³ Več Evropska komisija, 2016a, Impact Assessment: Accompanying the Document Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on the Mutual Recognition of Freezing and Confiscation Orders (Evropska komisija, 2016a), str. 42–56.

⁷⁴ Prav tam, str. 55. Gl. tudi Evropska komisija, 2016b, Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on the Mutual Recognition of Freezing and Confiscation Orders, str. 9.

določil, uredba pa v smislu procesnih pravil) prispevati k učinkovitejšemu odvzemu sredstev v EU.

6 Uredba (EU) 2018/1805 Evropskega parlamenta in Sveta o vzajemnem priznavanju sklepov o začasnem zavarovanju in sklepov o odvzemu

Kot je v spremnem dokumentu k predlogu⁷⁵ za sprejem Uredbe 2018/1805 ocenila Komisija EU, se dosednji pravni okvir za odvzem sredstev, pridobljenih s kaznivimi dejanji, v EU ni dovolj učinkovito odzival na izziv, ki ga predstavljajo storilci kaznivih dejanj, ki svoja sredstva skrivajo v drugih državah članicah. To pomeni, da je v drugih državah članicah izvršenih malo sklepov o začasnem zavarovanju in odvzemu, zato je odvzete premalo premoženjske koristi, pridobljene s kaznivimi dejanji, ki ostaja na razpolago storilcem kaznivih dejanj.⁷⁶ Za omejeno uporabo obstoječih okvirnih sklepov vzajemnega priznavanja pa je bilo ugotovljenih več vzrokov. Prva ovira je bila v tem, da obstoječa instrumenta vzajemnega priznavanja nista obsegala številnih vrst sklepov o začasnem zavarovanju in odvzemu, ki se lahko sprejmejo na nacionalni ravni, predvsem kar zadeva odvzem brez kazenske obsodbe, razširjeni odvzem in odvzem tretjim osebam. Predlagana Uredba je tako zajela vzajemno priznavanje vseh vrst sklepov o začasnem zavarovanju in odvzemu v zvezi s postopki v kazenskih zadevah; tako tistih, ki se izdajo znotraj kazenskega postopka, vključno z razširjenim odvzemom, kot tudi tistih, ki se nanašajo na odvzem tretjim osebam in odvzem brez pravnomočne kazenske obsodbe.

Ob tem pa se je nova Uredba 2018/1805 spopadla še z izzivom prezapletenih dotedanjih postopkov in potrdil, kar je predstavljalo precejšnjo oviro za učinkovito čezmejno sodelovanje, prav tako pa je predvidela tudi določbe o poplačilu oškodovancev.⁷⁷

⁷⁵ Evropska komisija, 2016a.

⁷⁶ Podobne so tudi ugotovitve drugih institucij – prim. INTERPOL, 2015, Resolution No.1. AG-2015-RES-01: Pilot Project Concerning a New Category of Notice Specifically Devoted to the Tracing and Recovery of Assets («Silver Notice»).

⁷⁷ V Uredbi 2018/1805 se uporablja pojem »žrtev«, ki je naši kazenskopravni terminologiji manj blizu od pojma »oškodovanec«, zato v nadaljevanju ostajam pri tradicionalnem poimenovanju.

Splošna cilja⁷⁸ Uredbe 2018/1805 s pričetkom uporabe 19. decembra 2020 sta tako sledeča:

1. začasno zavarovati in odvzeti več sredstev, pridobljenih s kriminalnimi dejanji, v čezmejnih primerih z namenom preprečevanja kriminala in boja proti njemu, vključno s terorizmom in organiziranim kriminalom;
2. okrepiti varstvo pravic oškodovancev v čezmejnih primerih (prednost oškodovancev do ustrezne odškodnine pred interesom držav).

Posebni cilji pa so sledeči:

1. izboljšati vzajemno priznavanje sklepov o začasnem zavarovanju in odvzemu v čezmejnih primerih z razširitvijo področja uporabe instrumenta vzajemnega priznavanja;
2. zagotoviti enostavnejše obrazce oz. potrdila in hitrejšo postopke;
3. povečati število oškodovancev, ki prejmejo odškodnino v čezmejnih primerih.

Pravna podlaga za mednarodnopravno sodelovanje se je torej z decembrom 2020 spremenila. Od uporabe Uredbe 2018/1805 namreč predstavljajo njena določila zavezujočo pravno podlago za članice EU.⁷⁹ To za nacionalne zakonodaje, ki jih Uredba 2018/1805 zavezuje, pomeni obvezno uporabo, torej mora tudi naša država ustrezno prilagoditi svojo zakonodajo, zlasti je nujna uporaba novih potrdil, saj prejšnja, usklajena z okvirnimi sklepi, ne bodo več uporabna. Glede na pravila, ki bodo v bodoče zavezovala tudi slovenska sodišča, bom v nadaljevanju izpostavila najpomembnejše vidike, ki jih nova ureditev prinaša.

Bistveno je tudi razmerje Uredbe 2018/1805 do predhodnih okvirnih sklepov vzajemnega priznavanja, ki so do sedaj urejali vsebino tega področja.⁸⁰ Uredba 2018/1805 med državami članicami, ki jih zavezuje, nadomešča določbe Okvirnih sklepov 2003/577/PNZ (glede začasnega zavarovanja premoženja) in 2006/783/PNZ (glede odredb o zaplembi⁸¹), medtem ko se določbe teh Okvirnih

⁷⁸ Evropska komisija, 2016a, str. 41.

⁷⁹ Z izjemo Danske in Irske, ki sta glede tega področja uporabili klavzulo o izvzetju iz prava EU (mehanizem *opt-out*).

⁸⁰ Tako Uredba 2018/1805, tč. 52.

⁸¹ Kot trajni ukrep za odvzem nezakonito pridobljenega premoženja.

sklepov še naprej uporabljajo ne samo med državami članicami, ki jih Uredba 2018/1805 ne zavezuje (Danska in Irska), ampak tudi med katerokoli državo članico, ki je ne zavezuje, in drugo državo članico, ki jo zavezuje.

Uredba 2018/1805 skuša čim bolj podrobno in celovito urediti vprašanje vzajemnega priznavanja sklepov o začasnem zavarovanju in odvzemu, na kar kaže že njena obširnost, saj že v preambuli v kar 57 odstavkih opredeljuje temeljne cilje in vsebino, ki je nato regulirana v nadaljnjih 41 členih. Sistematično je razdeljena na pet poglavij, in sicer je v prvem poglavju opredeljen predmet urejanja, opredelitev pojmov in področje uporabe; v drugem poglavju je urejeno posredovanje, priznavanje in izvrševanje sklepov o začasnem zavarovanju;⁸² predmet tretjega poglavja je posredovanje, priznavanje in izvrševanje sklepov o odvzemu;⁸³ v predzadnjem poglavju pa so splošne določbe, ki vključujejo tudi povrnitev začasno zavarovanega oz. odvzetega premoženja oškodovancem.

Iz preambule⁸⁴ Uredbe 2018/1805 je razbrati, da je predpogoj za sodelovanje med državami članicami, ki temelji na načelu vzajemnega priznavanja in zaupanja, da bodo odločbe, ki jih je treba priznati in izvršiti, vedno sprejete v skladu z načeli zakonitosti, subsidiarnosti (nujnosti) in sorazmernosti. Nadaljnji predpogoj za takšno sodelovanje pa je tudi, da se ohranijo pravice oseb (fizičnih ali pravnih), na katere vpliva sklep o začasnem zavarovanju ali sklep o odvzemu. Te osebe so tako tisti, zoper katere je izdan sklep o začasnem zavarovanju ali sklep o odvzemu, kot tudi tisti, ki so lastniki premoženja, zajetega v sklepu. Prav tako se to nanaša na vse tretje osebe, vključno s tretjimi osebami, ki ravnajo *bona fide*, kadar sklep neposredno posega v njihove pravice do zadevnega premoženja. Za odločitev o tem, ali sklep o začasnem zavarovanju oz. sklep o odvzemu neposredno posega v pravice takšnih tretjih oseb, pa je merodajno pravo države izvršiteljice.

Premoženje je v tretjem odstavku 2. člena Uredbe 2018/1805 opredeljeno podobno kot v predhodni direktivi in pomeni vsakršno premoženje, materialno ali nematerialno, premično ali nepremično, kot tudi pravne listine ali instrumente, ki

⁸² Sklep o začasnem zavarovanju predstavlja v smislu Uredbe odločbo, ki jo izda ali potrdi organ izdajatelj, da prepreči uničenje, preoblikovanje, odstranitev, prenos ali odsvojitve premoženja z namenom odvzema.

⁸³ Sklep o odvzemu pomeni pravnomočno sankcijo ali ukrep, ki ga je izreklo sodišče po zaključku postopkov v zvezi s kaznivim dejanjem, kar vodi k dokončnemu odvzemu premoženja fizične ali pravne osebe.

⁸⁴ Tako Uredba 2018/1805, tč. 15.

izkazujejo pravni naslov ali upravičenje na takem premoženju, za katero organ izdajatelj meni, da:

- a) predstavlja premoženjsko korist,⁸⁵ pridobljeno s kaznivim dejanjem, ali ustreza celotni ali zgolj delni vrednosti takšne premoženjske koristi;
- b) predstavlja predmete, ki so bili uporabljeni za kaznivo dejanje,⁸⁶ ali vrednost takšnih predmetov;
- c) ga je treba odvzeti z uporabo katerikoli pristojnosti odvzema v državi izdajateljici v skladu z Direktivo 2014/42 ali
- d) ga je treba odvzeti po zaključku postopkov v zvezi s kaznivim dejanjem na podlagi katerekoli druge določbe v zvezi s pristojnostmi odvzema, vključno z odvzedom brez pravnomočne obsodbe, v skladu s pravom države izdajateljice.

Gre za razmeroma široko definicijo, ki bi morala pokriti vse premoženjske oblike, ki bi lahko bile predmet zavarovanja oz. odvzema po Uredbi 2018/1805.

Sicer pa se za priznanje in izvršitev sklepa o začasnem zavarovanju oz. sklepa o odvzemu ne zahteva preverjanje dvojne kaznivosti, če gre za kataloška kazniva dejanja (z najvišjo predpisano zaporno kaznijo najmanj treh let), navedena v 3. členu Uredbe 2018/1805; izven tega kroga kaznivih dejanj pa lahko država izvršiteljica priznanje in izvršitev takega sklepa pogojuje s tem, da dejanja, za katera je bil tak sklep izdan, predstavljajo kaznivo dejanje po njenem pravu, ne glede na njegove sestavne elemente ali njegov opis po pravu države izdajateljice.

Kar zadeva priznanje in izvršitev sklepov o začasnem zavarovanju v drugi državi članici, Uredba 2018/1805 predvideva, da država izdajateljica prek organa izdajatelja⁸⁷ neposredno posreduje državi izvršiteljici, to je njenemu izvršitvenemu organu, posebno potrdilo, ki je navedeno v Prilogi I. Praviloma naj bi torej

⁸⁵ Pod ta pojem (angl. the proceeds of a criminal offence) se uvršča vsakršna gospodarska korist, neposredno ali posredno pridobljena s kaznivim dejanjem, ki zajema kakršnokoli obliko premoženja ter vključuje vsakršno nadaljnje ponovno vlaganje ali preoblikovanje neposredne premoženjske koristi in vse koristi, ki imajo določeno vrednost.

⁸⁶ Pod ta pojem (angl. the instrumentalities of a criminal offence) sodi vsakršno premoženje, ki se uporablja ali je na kakršenkoli način v celoti ali delno namenjeno izvršitvi kaznivega dejanja.

⁸⁷ Organ izdajatelj je bodisi sodnik (sodišče) ali državni tožilec oz. drug pristojni organ za odreditev začasnega zavarovanja, če je njegov sklep potrdil sodnik (sodišče) ali državni tožilec.

zadostovalo potrdilo, vendar lahko države članice s posebno izjavo⁸⁸ pogojujejo priznanje in izvršitev takšnih sklepov s tem, da se jim poleg navedenega potrdila posreduje tudi izvirnik sklepa ali njegova overjena kopija (v tem primeru mora biti prevedeno le potrdilo o začasnem zavarovanju). Država izdajateljica potrdila o začasnem zavarovanju posreduje tisti državi članici (praviloma eni, izjemoma⁸⁹ več državam članicam), za katero utemeljeno domneva, da ima oseba, zoper katero je bil izdan sklep, v njej premoženje ali dohodek. Ob posredovanju potrdila pošlje tudi potrdilo o odvzemu oz. vsaj navodilo, da mora ostati premoženje začasno zavarovano do posredovanja in izvršitve sklepa o odvzemu, pri čemer pa mora navesti tudi predvideni datum, kdaj bo tak sklep posredovan. Hkrati mora država izdajateljica izvršitveni organ še obvestiti o morebitnih osebah, na katere sklep vpliva, če razpolaga s takimi informacijami.

Izvršitveni organ prizna in izvrši sklep o začasnem zavarovanju, kot če bi šlo za nacionalni sklep, razen v izjemnih primerih, če:

- se sklicuje na katerega izmed razlogov za nepriznanje oz. neizvršitev,
- se sklicuje na kakšen razlog za odlog⁹⁰ oz.
- začasnega zavarovanja ni mogoče izvršiti, ker je bilo premoženje že odvzeto, je izginilo oz. je uničeno ali pa ga ni mogoče najti, ob tem pa tudi ne obstaja kakšno nadomestno premoženje, ki bi ga bilo mogoče odvzeti, če je država izdajateljica v potrdilu navedla tudi to možnost.⁹¹

V Uredbi 2018/1805 je izrecno izpostavljeno načelo zaupnosti preiskave, v okviru katere je bil izdan sklep o začasnem zavarovanju; to vključuje tudi pravilo, da so osebe, na katere sklep vpliva, o tem obveščene šele po izvršitvi sklepa. Določeni pa so tudi relativno strogi časovni okvirji odločanja, saj mora država izvršiteljica o priznanju sklepa odločiti najkasneje v 48 urah od takrat, ko je prejela popolno potrdilo, nato pa mora sklep nemudoma izvršiti, in sicer mora najpozneje v nadaljnjih 48 urah, potem ko je sprejela odločitev o priznanju, sprejeti tudi konkretne

⁸⁸ Države članice lahko to izjavo predložijo pred datumom začetka uporabe Uredbe 2018/1805 ali pozneje. Lahko jo tudi kadarkoli umaknejo, ob tem pa morajo tako o predložitvi kot o umiku izjave obvestiti Komisijo EU, ki da te informacije na voljo vsem državam članicam in Evropski pravosodni mreži.

⁸⁹ Prim. 5. člen Uredbe 2018/1805.

⁹⁰ Odlog je predviden, če bi izvršitev sklepa o začasnem zavarovanju lahko škodovala kazenski preiskavi v teku, oz. v določenih primerih, če za zadevno premoženje že obstaja sklep o začasnem zavarovanju (10. člen Uredbe 2018/1805).

⁹¹ Gl. 13. člen Uredbe 2018/1805.

ukrepe za izvršitev sklepa. Bistvenega pomena je tudi trajanje začasnega zavarovanja, saj so različne nacionalne ureditve rokov za začasno zavarovanje večkrat po nepotrebnem povzročale zaplete. Z Uredbo 2018/1805 je tako predvideno, da ostane premoženje v drugi državi članici začasno zavarovano vse dotlej, dokler država izvršiteljica dokončno ne odgovori na sklep o odvzemu oz. država izdajateljica ne obvesti države izvršiteljice o kakšni odločitvi ali ukrepu, zaradi katerega sklep ni več izvršljiv ali ga je treba umakniti. Država izvršiteljica pa lahko ob upoštevanju okoliščin primera državi izdajateljici predloži tudi obrazloženo zahtevo, s katero od nje zahteva, da omeji obdobje začasnega zavarovanja premoženja. Če se država izdajateljica z omejitvijo ne strinja, o razlogih za to obvesti izvršitveni organ države izvršiteljice. V tem primeru ostane premoženje začasno zavarovano v skladu z zgoraj navedenim splošnim pravilom. V primeru molka organa, če se organ izdajatelj v šestih tednih od prejema zahteve ne bi odzval, pa izvršitveni organ sklepa o začasnem zavarovanju ni več zavezan izvršiti.

Tudi za priznanje in izvršitev sklepov o odvzemu je določeno, da se takšen sklep prizna na podlagi posebnega potrdila iz Priloge II Uredbe 2018/1805. V primeru, če država izdajateljica posreduje le potrdilo o odvzemu brez predhodnega potrdila o začasnem zavarovanju, lahko država izvršiteljica zaradi poznejše izvršitve sklepa o odvzemu kot del ukrepov v zvezi z izvršitvijo odvzema sama odredi začasno zavarovanje zadevnega premoženja v skladu s svojim nacionalnim pravom.

Sicer pa lahko podobno kot pri sklepu o začasnem zavarovanju tudi v zvezi z odvzemom države članice s posebno izjavo⁹² pogojujejo priznanje in izvršitev takšnih sklepov s tem, da se jim poleg navedenega potrdila posreduje še izvornik sklepa ali njegova overjena kopija. Prav tako je smiselno podobno kot pri začasnem zavarovanju urejeno vprašanje, kateri državi se pošlje potrdilo in glede obveščanja oseb, na katere sklep vpliva. Poslano potrdilo drugi državi pa ne preprečuje državi izdajateljici, da sama izvrši sklep o odvzemu, vendar mora o tem, da je karkoli izterjala ali prejela, takoj obvestiti državo izvršiteljico.

⁹² Podobno kot pri sklepih o začasnem zavarovanju, lahko države članice to izjavo predložijo pred datumom začetka uporabe Uredbe 2018/1805 ali pozneje, lahko pa jo tudi kadarkoli umaknejo. Tako o predložitvi kot o umiku izjave morajo obvestiti Komisijo, ki da te informacije na razpolago vsem državam članicam in Evropski pravosodni mreži.

V zvezi z načinom izvršitve odvzema⁹³ v državi izvršiteljci je med drugim predviden tudi odvzem nadomestne vrednosti (denarni znesek namesto določenega premoženja) oz. nadomestnega premoženja (določeno premoženje namesto denarnega zneska) s to omejitvijo, da se država izvršiteljica ne sme odločiti za alternativne ukrepe brez soglasja države izdajateljice.⁹⁴ Sicer pa država izvršiteljica prizna in izvrši sklep o odvzemu, kot če bi šlo za nacionalni sklep, razen v izjemnih primerih, če:

- se sklicuje na katerega izmed razlogov za nepriznanje oz. neizvršitev;
- se sklicuje na kakšen razlog za odlog;
- odvzema ni mogoče izvršiti, ker je bilo premoženje že odvzeto, je izginilo oz. je uničeno ali pa ga ni mogoče najti, ob tem pa tudi ne obstaja kakšno nadomestno premoženje, ki bi ga bilo mogoče odvzeti, če je država izdajateljica v potrdilu navedla tudi to možnost.

Pregled in preučitev razlogov za nepriznanje oz. neizvršitev pokaže, da je v praksi pričakovati težave v primeru postopkov, izvedenih v obtoženčevi odsotnosti (*in absentia*), na podlagi katerih bi potem bila sprejeta odločitev o odvzemu. Sojenje *in absentia* je namreč razlog za nepriznanje oz. neizvršitev, razen v primeru izrecno podanih garancij, to je ustrezna obveščenosť osebe, zoper katero je bil izdan sklep o odvzemu, o datumu in kraju sojenja in navzočnost njenega odvetnika. Kadar tem garancijam ne bo zadoščeno, pa postopek *in absentia* ne bo predstavljal ovire le tedaj, če bo oseba, zoper katero je bil izdan sklep o odvzemu, izrecno izjavila, da ne izpodbija sklepa o odvzemu, ali če ne bo zahtevala ponovnega sojenja oz. vložila pritožbe v ustreznem roku, kar vse pa je malo verjetno.

Izvršitveni organ odločitev o priznanju in izvršitvi sklepa o odvzemu sprejme nemudoma, najpozneje pa v 45 dneh po prejemu potrdila o odvzemu, o čemer pošlje obvestilo organu izdajatelju. Vendar iztek navedenega roka izvršitvenega organa ne odveže obveznosti, da nemudoma sprejme odločitev o priznanju in izvršitvi sklepa o odvzemu in ga tudi izvrši. Kar zadeva samo izvršitev, pa je treba, če ni razlogov za odlog, sprejeti potrebne konkretne ukrepe, da se sklep o odvzemu izvrši nemudoma ter vsaj enako hitro in prednostno kot v podobnem nacionalnem primeru.

⁹³ Prim. 18. člen Uredbe 2018/1805.

⁹⁴ Tretji odstavek 23. člena Uredbe 2018/1805.

Kot ključno se izpostavlja tudi vprašanje merodajnega prava za izvršitev sklepov (tako o začasnem zavarovanju kot o odvzemu), in sicer se sklepi izvršijo po pravu države izvršiteljice z izjemo, da mora država izvršiteljica izvršiti sklep, izdan zoper pravno osebo, četudi v njenem pravu ni predvidena kazenska odgovornost pravnih oseb. Pravo države izvršiteljice se uporablja tudi glede upravljanja začasno zavarovanega in odvzetega premoženja kot tudi pri konkurenci sklepov, ko torej država izvršiteljica prejme dva ali več sklepov zoper isto osebo oz. za isti del premoženja. Ob tem pa mora izvršitveni organ v slednjem primeru, če je le mogoče, dati prednost interesu oškodovancev (žrtev), upošteva pa tudi druge ustrezne okoliščine, na primer: če je premoženje že začasno zavarovano, datum posameznih sklepov oz. datum njihovega prejema, teža zadevnega kaznivega dejanja in kraj, kjer je bilo kaznivo dejanje izvršeno.

Posebnega pomena je načelo obveščanja in neposredne komunikacije, kar pomeni, da Uredba 2018/1805 vzpodbuja glede katerihkoli vprašanj, ki vplivajo na njeno učinkovito izvajanje, takojšnje posvetovanje med vpletenima državama. Komunikacija poteka neposredno med organom izdajateljem in izvršitvenim organom⁹⁵, po potrebi pa tudi z osrednjim organom, če ga je država članica vzpostavila. Načelo obveščanja je zlasti pomembno v primeru, če sklep o začasnem zavarovanju ali odvzemu preneha veljati oz. ni več izvršljiv, o čemer mora organ izdajatelj nemudoma obvestiti izvršitveni organ. Prav tako je določena⁹⁶ obveznost obveščanja oseb, na katere sklep vpliva (po izvršitvi sklepa). Te imajo pravico do učinkovitega pravnega sredstva v državi izvršiteljici,⁹⁷ vendar pa se lahko materialni razlogi za izdajo sklepa o začasnem zavarovanju ali odvzemu izpodbijajo le v državi izdajateljici.⁹⁸

Bistven prispevek Uredbe pa je izboljšanje pravnega položaja oškodovancev, kar je novost glede na doslej sprejete pravne akte ne zgolj EU, temveč tudi na splošno, saj je izrecno predvidena povrnitev začasno zavarovanega oz. odvzetega premoženja ali

⁹⁵ Države članice naj bi Komisijo EU do 19. 12. 2020 obvestile o pristojnih organih; lahko pa določijo tudi enega ali več osrednjih organov, odgovornih za sprejemanje in posredovanje potrdil o začasnem zavarovanju oz. odvzemu ter za pomoč pristojnim organom, o čemer tudi obvestijo Komisijo EU. Te informacije morajo biti na voljo tudi državam članicam in Evropski pravosodni mreži, ki na svoji spletni strani poskrbi za ustrezno obveščanje držav članic.

⁹⁶ Prim. 32. člen Uredbe 2018/1805.

⁹⁷ Suspenzivni učinek pravnega sredstva pri sklepih o odvzemu je mogoč le, če to določa pravo države izvršiteljice.

⁹⁸ Gl. 33. člen Uredbe 2018/1805.

denarja oškodovancem,⁹⁹ prav tako je tudi natančneje kot doslej urejeno vprašanje razpolaganja z začasno zavarovanim oz. odvzetim premoženjem.

Kadar država izdajateljica v skladu s svojim nacionalnim pravom izda odločbo o povrnitvi začasno zavarovanega premoženja oz. o povrnitvi odvzetega premoženja ali o plačilu odškodnine oškodovancem, informacije o tej odločbi vključi v potrdilo o začasnem zavarovanju oz. v potrdilo o odvzemu ali pa jih naknadno pošlje izvršitvenemu organu. Ko je slednji obveščen o taki odločbi, pa je nadaljnji postopek vrnitve premoženja oz. poplačila oškodovanca odvisen od tega, ali gre za začasno zavarovanje ali pa že za fazo odvzema premoženja.

Če je izvršitveni organ obveščen o odločbi o povrnitvi začasno zavarovanega premoženja oškodovancu, sprejme vse potrebne ukrepe za zagotovitev, da se začasno zavarovano premoženje oškodovancu čim prej povrne v skladu s postopkovnimi pravili države izvršiteljice (po potrebi prek države izdajateljice) pod pogojem, da:

- upravičenost oškodovanca do premoženja ni sporna,
- premoženje ni zahtevano kot dokazni material v kazenskem postopku v državi izvršiteljici in
- ni posega v pravice oseb, na katere sklep vpliva.

Izvršitveni organ tudi mora v skladu z načelom obveščanja v primeru, da je premoženje preneseno neposredno na oškodovanca, to sporočiti organu izdajatelju. Prav tako se mora o vseh morebitnih spornih vprašanjih nemudoma posvetovati z organom izdajateljem in lahko v skrajnem primeru, če rešitve ni mogoče najti, tudi odloči, da se začasno zavarovano premoženje oškodovancu ne povrne.

Tudi v fazi odvzema premoženja lahko država izdajateljica obvesti izvršitveni organ o pravicah oškodovanca, bodisi o odločbi o povrnitvi odvzetega premoženja oškodovancu bodisi o odločbi o plačilu odškodnine oškodovancu. V primeru, ko je izvršitveni organ obveščen o odločbi o povrnitvi odvzetega premoženja oškodovancu, sprejme vse potrebne ukrepe za zagotovitev, da se odvzeto premoženje oškodovancu čim prej povrne (po potrebi prek države izdajateljice). Če premoženja ni mogoče povrniti, a je bil v zvezi s tem premoženjem pridobljen denar,

⁹⁹ Prim. 29. in 30. člen Uredbe 2018/1805.

se oškodovancu nakaže ustrežni znesek. Tudi v situaciji, ko je izvršitveni organ obveščen o odločbi o plačilu odškodnine oškodovancu, se ustrežni denarni znesek,¹⁰⁰ pridobljen na podlagi izvršitve sklepa o odvzemu, nakaže oškodovancu (znova po potrebi prek države izdajateljice). V vseh primerih, torej če je bilo premoženje neposredno preneseno na oškodovanca oz. mu je bil neposredno nakazan denar, pa mora izvršitvena država o tem obvestiti državo izdajateljico prek pristojnih organov. Po drugi strani pa mora tudi država izdajateljica obvestiti izvršitveni organ, če v državi izdajateljici poteka postopek za povrnitev premoženja oškodovancu oz. za plačilo odškodnine. V tem primeru država izvršiteljica, tudi če je bil sklep o odvzemu že izvršen, ne razpolaga z odvzetim premoženjem, dokler ni obveščena o odločitvi glede povrnitve premoženja oškodovancu ali glede plačila odškodnine.

Sicer pa Uredba predvideva razpolaganje s premoženjem (ki ni denar), pridobljenim na podlagi izvršitve sklepa o odvzemu, na naslednje načine:

- premoženje se lahko proda;
- premoženje se lahko prenese na državo izdajateljico, vendar to v primeru, ko je bil izdan sklep o odvzemu denarnega zneska, velja le, kadar organ izdajatelj s tem soglaša;
- če ni mogoče uporabiti prejšnjih načinov, se lahko s premoženjem razpolaga na kakršenkoli drug način v skladu s pravom države izvršiteljice;
- premoženje se uporabi za zadeve javnega interesa oz. socialne namene v državi izvršiteljici v skladu z njenim pravom, če država izdajateljica s tem soglaša.

Kadar pa gre za razpolaganje z denarjem, pridobljenim na podlagi izvršitve sklepa o odvzemu,¹⁰¹ država izvršiteljica z njim razpolaga na naslednja načina:

- če znesek, pridobljen z izvršitvijo sklepa o odvzemu, znaša 10.000 EUR ali manj, pripada državi izvršiteljici;
- če znesek, pridobljen z izvršitvijo sklepa o odvzemu, znaša več kot 10.000 EUR, država izvršiteljica prenese 50 % zneska na državo izdajateljico.

¹⁰⁰ Ne sme presegati zneska, navedenega v potrdilu.

¹⁰¹ Razen v primerih, če je sklepu o odvzemu priložena odločba o povrnitvi premoženja oškodovancu ali o plačilu odškodnine ali so se udeležene države članice dogovorile drugače.

Ureditev se torej glede na dozdejšnje spreminja zlasti v tem, da je na novo predviden še en način razpolaganja z nedenarnim premoženjem. Posebej je namreč poudarjena uporaba premoženja v korist družbene skupnosti (zadeve javnega interesa, socialni nameni) v državi izvršiteljici, kar odraža težnjo, da se družbi nameni določeno povračilo zaradi izvršenih kaznivih dejanj.

Sicer pa države članice nosijo vsaka svoje stroške, povezane z uporabo Uredbe, razen če gre za kakšne izjemne stroške – takrat lahko država izvršiteljica predlaga delitev stroškov. Kar zadeva morebitno plačilo odškodnine za škodo, ki osebam, na katere sklep vpliva, nastane z izvršitvijo sklepa o začasnem zavarovanju ali sklepa o odvzemu, pa mora država izdajateljica državi izvršiteljici, katere nacionalno pravo vzpostavlja odškodninsko odgovornost države v takšnem primeru, povrniti vso izplačano odškodnino. V primeru, da je škoda nastala delno ali izključno zaradi ravnanja države izvršiteljice, se lahko vpleteni državi med seboj tudi dogovorita o znesku povračila.

7 Sklepne ugotovitve in vpliv mednarodnih dokumentov EU na pravo Republike Slovenije

Analiza mednarodnih dokumentov EU pokaže, da se je mednarodnopravna ureditev zadnja leta osredotočala zlasti na učinkovitejše pravosodno sodelovanje na področju odrejenih začasnih zavarovanj in končnih odločb o odvzemu, pri čemer je razvoj rezultiral v sprejetje zavezujoče Uredbe 2018/1805. Od slednje si države članice obetajo še enostavnejše in učinkovitejše mednarodno pravosodno sodelovanje, katerega ključni cilj je storilec kaznivih dejanj pobrati premoženjsko korist, ki so si jo pridobili z izvršitvijo kaznivega dejanja. V smislu materialnopravnih in organizacijskih pravil pa so še vedno aktualne tudi določbe analizirane Direktive 2014/42, ki pa v Sloveniji, vsaj kar zadeva uvedbo centralnega organa, še ni povsem implementirana.

Sicer pa se je slovenska pravna ureditev z razvojem prek novel kazenskega zakonika prilagajala okvirnim sklepom in direktivam EU, kar se je odražalo zlasti z novelo KZ-1B, po kateri so bile dodane določbe o razširjenem odvzemu premoženja hudodelski združbi, nadalje o odvzemu premoženja, pridobljenega s kaznivim dejanjem, ki ga storilec ali osebe, katerim se premoženje vzame, uporabljajo v svojo korist s privolitvijo oseb, ki jim premoženje pripada, in nenazadnje tudi z vključitvijo domneve brezplačnosti pri prenosu premoženjske koristi ali premoženja na

gospodarsko družbo, v kateri imajo storilec ali njegovi bližnji sorodniki večinski delež oz. vpliv ali nadzor.

Nenazadnje je na mestu še ugotovitev, da ima vpogled v mednarodne dokumente pomembno vlogo tudi z vidika, da lahko poznavanje vsebine teh dokumentov pripomore pri razlagi in razreševanju določenih problematičnih in mejnih primerov, ki se pojavijo v sodni praksi in na katere domače pravo ne da zadovoljivega odgovora. Tudi zato, zlasti pa za nemoteno mednarodno sodelovanje, je ključnega pomena zagotoviti ustrezno strokovno usposobljenost strokovnjakov iz pravosodne prakse (zlasti sodnikov in tožilcev), da so čim bolj seznanjeni z mednarodnimi dokumenti, ne zgolj zavezujočimi, pač pa tudi tistimi (vključno s spletnimi portali), ki imajo le naravo priporočil oz. so namenjeni lažjemu pravosodnemu sodelovanju.

Literatura

- Commission of the European Communities, 2004, Report from the Commission Based on Article 6 of the Council Framework Decision of 26 June 2001 on Money Laundering, the Identification, Tracing, Freezing, Seizing and Confiscation of Instrumentalities and the Proceeds of Crime, dostopno na: <https://eurlex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52004DC0230&from=EN> (29. 6. 2021).
- Eurojust, 2012, Seminar on »Confiscation and Organised Crime: Procedures and Perspectives in International Judicial Cooperation«, Palermo, 21-22 May 2012 – Summary Report, dostopno na: <https://www.parlementairemonitor.nl/9353000/1/j9vviij5epmj1ey0/vj4x636921x0> (29. 6. 2021).
- Eurojust, 2015, Towards Greater Cooperation in Freezing and Confiscation of the Proceeds of Crime: A Practitioners' Approach, The Hague, 11 December 2014, Report, dostopno na: <https://www.eurojust.europa.eu/report-strategic-seminar-towards-greater-cooperation-freezing-and-confiscation-proceeds-crime> (29. 6. 2021).
- Evropska komisija, 2007, Poročilo Komisije na podlagi člena 6 Okvirnega sklepa Sveta z dne 24. februarja 2005 o zaplembi premoženjske koristi, pripomočkov in premoženja, ki so povezani s kaznivimi dejanji (2005/212/PNZ), dostopno na: <https://op.europa.eu/sl/publication-detail/-/publication/972102de-375d-4449-88c1-325373aeff52> (29. 6. 2021).
- Evropska komisija, 2008, Poročilo Komisije na podlagi člena 14 Okvirnega sklepa Sveta 2003/577/PNZ z dne 22. julija 2003 o izvrševanju sklepov o zasegu premoženja ali dokazov v Evropski uniji, dostopno na: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/SL/TXT/?uri=CELEX%3A52008DC0885> (29. 6. 2021).
- Evropska komisija, 2010, Poročilo Komisije Evropskemu parlamentu in Svetu na podlagi člena 22 Okvirnega sklepa Sveta 2006/783/PNZ z dne 6. oktobra 2006 o uporabi načela vzajemnega priznavanja odredb o zaplembi, dostopno na: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/SL/TXT/?uri=CELEX:52010DC0428> (29. 6. 2021).
- Evropska komisija, 2011, Poročilo Komisije Evropskemu parlamentu in Svetu na podlagi člena 8 Sklepa Sveta 2007/845/PNZ z dne 6. decembra 2007 o sodelovanju med uradi za odvzem premoženjske koristi državam članic na področju sledenja in identifikacije premoženjske koristi, pridobljene s kaznivim dejanjem, ali drugega premoženja, povezanega s kaznivimi dejanji,

- dostopno na: <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/e9d2ef41-f71e-4c7e-85e7-775f2c2f78a0/language-sl> (29. 6. 2021).
- Evropska komisija, 2012, Kriminal se ne izplača: strožji pristop na področju dobičkov iz nezakonitih dejavnosti, dostopno na: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/sl/IP_12_235 (29. 6. 2021).
- Evropska komisija, 2016a, Impact Assessment: Accompanying the Document Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on the Mutual Recognition of Freezing and Confiscation Orders, dostopno na: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX%3A52016SC0468> (29. 6. 2021).
- Evropska komisija, 2016b, Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on the Mutual Recognition of Freezing and Confiscation Orders, dostopno na: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A52016PC0819> (29. 6. 2021).
- INTERPOL, 2015, Resolution No.1. AG-2015-RES-01: Pilot Project Concerning a New Category of Notice Specifically Devoted to the Tracing and Recovery of Assets («Silver Notice»), dostopno na: AG-2015-84-RES-01 – Pilot project concerning Silver Notice.pdf (29. 6. 2021).
- Korošec Damjan, Bavcon Ljubo, Mednarodno kazensko pravo: Posebni del, Dejavnosti Sveta Evrope, Dejavnosti Evropske unije, Pravna fakulteta Univerze v Ljubljani, Ljubljana 2003.
- Lorenzmeier Stefan, The Legal Effect of Framework Decisions – A Case-Note on the Pupino Decision of the European Court of Justice, *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, Let. 12 (2006), str. 583–588, dostopno na: http://www.zis-online.com/dat/artikel/2006_12_97.pdf (29. 6. 2021).
- MONEYVAL (2017), The Fifth Round Mutual Evaluation on Slovenia, Adopted by the MONEYVAL Committee at Its 53rd Plenary Session (Strasbourg, 1 June 2017), dostopno na: <https://rm.coe.int/slovenia-5th-round-mer/168094b6be> (29. 6. 2021).
- Plesec Petra, Kazenskoprocesni vidiki odvzema predmetov, protipravne premoženjske koristi in premoženja, doktorska disertacija, Univerza v Ljubljani, Pravna fakulteta, Ljubljana 2016.
- Pradel Jean, Corstens Geert, Vermeulen Gert, *Droit pénal européen*, Dalloz, Pariz 2009.
- Rejec Longar, Katja, Modeli odvzema premoženja nezakonitega izvora – pravni, organizacijski in izvedbeni vidiki, doktorska disertacija, Univerza v Mariboru, Fakulteta za varnostne vede, Ljubljana 2018.
- Simonato Michele, Confiscation and Fundamental Rights Across Criminal and Non-Criminal Domains, *ERA Forum*, Let. 18 (2017), št. 3, str. 365–379, dostopno na: <https://link.springer.com/content/pdf/10.1007%2Fs12027-017-0485-0.pdf> (29. 6. 2021).
- Vettori Barbara, *Tough on Criminal Wealth: Exploring the Practise of Proceeds from Crime Confiscation in the EU*, Springer, Dordrecht 2006.

SUMMARY

This paper focuses on the institute of confiscation of the proceeds of crime, with an emphasis on EU law. In the context of EU secondary law, several international instruments dealing in whole or in part with the confiscation of the proceeds of crime started to be developed as early as the end of the 1990s. An insight into the development of European criminal law in the field of confiscation of the proceeds of crime is essential for understanding the EU's approach to this issue, which has become increasingly topical over the years, and, of course, for a comprehensive understanding of the current regime, in particular Directive 2014/42/EU of the European Parliament and of the Council on the freezing and confiscation of instrumentalities and proceeds of crime in the European Union and Regulation (EU) 2018/1805 of the European Parliament and of the Council on the mutual recognition of freezing orders and confiscation orders. In this paper, we thus highlight the most important legal instruments through which the EU has addressed the more effective recovery of the proceeds of crime, in particular the EU Council Framework Decisions, Directive 2014/42/EU and Regulation 2018/1805. The latter replaces the provisions of Framework Decisions 2003/577/JHA (on provisional freezing of assets) and 2006/783/JHA (on confiscation orders) as between the Member States bound by the Regulation, while the provisions of these Framework Decisions continue to apply not only as between the Member States not bound by the Regulation (Denmark and Ireland), but also as between any Member State not bound

by the Regulation and another Member State bound by the Regulation. Regulation 2018/1805 offers Member States the prospect of even more streamlined and therefore more effective international judicial cooperation, the key objective of which is to recover from criminals the proceeds of crime. The current legal framework for the confiscation of criminal assets in the European Union has not responded effectively enough to the challenge posed by criminals who hide their assets in other Member States. This has meant that few provisional freezing and confiscation orders have been executed in other Member States and, as a result, too little proceeds of crime have been confiscated and remained at the disposal of offenders. The European Parliament and the Council recognised, when the Directive was adopted, that an effective system of provisional freezing and confiscation in the European Union is inextricably linked to a well-functioning mutual recognition of provisional freezing and confiscation orders. While the Directive has contributed to a more effective enforcement of provisional freezing and confiscation orders at national level, the underlying objective of the new Regulation is to improve the enforcement of freezing and confiscation orders between individual Member States. Thus, the two instruments together (the Directive in terms of substantive provisions and the Regulation in terms of procedural rules) should contribute to more effective asset recovery in the European Union. The aim of this paper is to shed light on the development of European criminal law in the field of confiscation of the proceeds of crime by analysing the current regime, the understanding of which is crucial for the most effective international legal cooperation between our country and other EU Member States.

PRESTOPNIŠTVO ŽRTEV DRUŽINSKEGA NASILJA

NATAŠA GREGORIČ

Univerza v Mariboru, Pravna fakulteta, Maribor, Slovenija
natasa.juretic@gmail.com

Avtorica obravnava problematiko prestopniških ravnanj mladostnikov, žrtev družinskega nasilja. Ugotavlja, da nasilni vzorec, pridobljen v primarni družini, žrtev pogosto prenese na svoje potomce, tako da se z izkušnjo nasilja običajno srečuje tudi več generacij. Pogosto se dogaja celo, da žrtve družinskega nasilja, prav zaradi izkušnje s slednjim, konvergirajo v nasilne mladostnike. Težko izkustvo družinskega nasilja slednje manifestirajo skozi prestopniška ravnanja in delinkventna dejanja in s temi širšo družbeno skupnost posredno opozarjajo nase in na problem posledic družinskega nasilja. S sprejetjem različnih ukrepov ter z ustrezno zakonodajno ureditvijo lahko pojav nasilja ter posledično mladoletniškega prestopništva zmanjšamo ali omejimo. Obravnava mladoletnih prestopnikov/deviantov mora biti namreč usmerjena v pomoč, vzgojo in prevzgojo mladoletnikov. Potrebne pa so tudi spremembe v smeri še večje individualizacije obravnave mladoletnikov, večjega poudarka alternativnim načinom obravnavanja in doslednejšega spoštovanja procesnih garancij mladoletnikov pri njihovem obravnavanju.

DOI
[https://doi.org/
10.18690/um.pf.1.2024.12](https://doi.org/10.18690/um.pf.1.2024.12)

ISBN
978-961-286-817-8

Ključne besede:
družina,
družinsko nasilje,
prestopniško vedenje
mladostnikov,
deviatna ravnanja,
žrtev nasilja,
Slovenija



Univerzitetna založba
Univerze v Mariboru

DOI

[https://doi.org/
10.18690/um.pf.1.2024.12](https://doi.org/10.18690/um.pf.1.2024.12)

ISBN

978-961-286-817-8

Keywords:

violence,
laws regarding violence,
family,
theories of violence,
transgressing acts of
adolescents

DELINQUENCY OF VICTIMS OF DOMESTIC VIOLENCE

NATAŠA GREGORIČ

Univetrnsity of Maribor, Faculty of Law, Maribor, Slovenia
natasa.juretic@gmail.com

The author addresses the issue of delinquent behavior among young people, who are victims of family violence. He discovers that the violent pattern acquired in the primary family is often passed on by the victim to his offspring, resulting in the experience of violence being shared by several generations. It is not uncommon for the victims of family violence to develop into violent teenagers as a result of their experiences. The latter manifests the difficult experience of family violence through criminal behavior and delinquent acts, and with these, the wider social community indirectly draws attention to themselves and the problem of the consequences of family violence. By adopting various measures and with appropriate legislative regulation, we can reduce or limit the occurrence of violence and, as a result, juvenile delinquency. Treatment of juvenile delinquents/deviants must be aimed at helping, educating and re-educating juveniles. Changes are also needed in the direction of even greater individualization of the treatment of minors, greater emphasis on alternative methods of treatment and more consistent respect for the procedural guarantees of minors in their treatment.



1 Uvod

Nasilje je obsežen in kompleksen družbeni pojav, ki se pojavlja na različnih področjih družbenega življenja, tako v javnem, institucionalnem kot v družinskem okolju. V družinah se nasilje v najrazličnejših oblikah in obsegu vrši vsakodnevno, njegove posledice in ponavljajoča se negativna in otroku škodljiva ravnanja staršev pa so pogosto vzrok za nastajanje neustreznih vedenjskih vzorcev otrok in mladostnikov. V večini teh primerov so povzročitelji nasilja starši ali rejniki, ki se običajno ne zavedajo, da lahko takšna početje ogrozi žrtveni osebnostni razvoj. Včasih takšna izkušnja tako zaznamuje njihovo osebnost, da lahko vpliva na njihovo negativno ravnanje in odklonsko sprejemanje okolice do takšne mere, da slednji celo konvergirajo v prestopnike.

Mladoletniško prestopništvo zajema različne oblike odklonskega (neprilagojenega) vedenja otrok in mladostnikov, ki jih družba razume kot okolju škodljiva in moteča, zaradi česar so prestopniki potrebni posebne obravnave s strani državnih organov.¹ Mladostniškemu kriminalu družba posveča veliko pozornost, pri mladostnikih gre namreč za del prebivalstva, ki naj bi v prihodnosti prevzel odgovornost za razvoj družbe, zaradi česar je naloga odrasle, zrele skupnosti, da poskrbi za kakovost njihovega življenja, nagnjenost in opredeljenost. Država in družba se namreč morata pravočasno in pravilno odzvati na deviantnost mladoletnikov, predvsem pa morata skrbeti za poznavanje vzrokov in dejavnikov tveganja, kar omogoča zmanjševanje vseh oblik prestopniškega ravnanja.

O vzrokih prestopniškega ravnanja mladostnikov ne obstaja neko splošno spoznanje. Nobena izmed dosedanjih raziskav, ki so bile opravljene na to temo, namreč ni podala jasnega odgovora. Gre torej za področje, ki vsebuje še vedno veliko vprašanj, neznank in nejasnosti. Nejasnost izvira zlasti iz posebnosti modernega življenja, ki je polno antagonizmov, raznovrstnosti in razgibanosti in ki v veliki meri vpliva na stalno spreminjanje pojavnih oblik sodobnega mladinskega prestopništva in etiologije. Delinkventnost (mladostnikov) pogojujejo različni dejavniki in vzroki, ki pogosto med seboj (so)vplivajo in se lahko nenehno tudi spreminjajo.² V etiologiji sodobnega mladinskega prestopništva se zato pojavljajo številne študije, ki vzroke kriminalnega ravnanja mladostnikov/mladine pripisujejo različnim dejavnikom, kot

¹ K. Filipčič, *Mladoletniško prestopništvo*, v: *Kriminologija*, 2015, str. 405.

² N. Emler, S. Reicher, *Adolescence and Delinquency: The Collective Management of Reputation*, 1995, str. 265 – 267.

so človeška narava, duševnost, ekonomski dejavniki, pa tudi socialni pogoji in razmere.

Dejavniki tveganja za razvoj mladoletniškega prestopništva so specifični in raznovrstni. Eden najpomembnejših je zagotovo družina, ki vpliva na vedenje vseh svojih članov in posledično na osebnostni razvoj otroka.

Rezultati številnih mednarodnih raziskav³ so pokazali, da je za družinska okolja, iz katerih izvirajo deviantni subjekti, pogosto značilna prisotnost staršev s težavami z zlorabo alkohola in /ali droge,⁴ odsotnost enega ali obeh staršev zaradi smrti, ločitve ali opustitve,⁵ odsotnost starševskega nadzora, slaba družinska klima zaradi sporov ter zanemarjenje in nasilje.⁶ Podatki tujih študij kažejo, da je od 30 do 60 odstotkov mladostnikov, ki so med odraščanjem pogosto bili priča družinskemu nasilju in sporom med starši, kasneje postalo žrtev nasilja⁷ ali nasilneži. Ženske in moški, ki so občutili družinsko nasilje v otroštvu, se pogosto sami znajdejo v nasilnih medsebojnih razmerjih: moški v vlogi nasilneža,⁸ ženske pa kot žrtve nasilnega dejanja.⁹

Trajna izpostavljenost otroka nasilju v družini lahko v obdobju odraščanja in pubertete slednjemu pusti hude posledice. V začetni fazi se žrtvam pogosto pojavijo predvsem zdravstvene težave, težave s socializacijo, osebnostnim razvojem, depresija, stres, učne težave in nizka samopodoba, v poznejšem obdobju pa mladostniki izkušnjo nasilja izražajo z agresivnim ravnanjem, impulzivnostjo¹⁰ ter uporabo fizičnega ali psihičnega nasilja nad drugimi (zlasti nad partnerjem in otroki).¹¹ Mladoletniku se običajno zmanjša sposobnost vzpostavljanja konstruktivnih prijateljskih odnosov, prav tako se pri le-tem pojavi občutek

³ M. R. Dadds, M. B. Powell, *The Relationship of Interparental Conflict and Global Marital Adjustment to Aggression*, 1991, str. 553–567.

⁴ M. Bair-Meritt, M. Blackstone, C. Feudtner, *Physical Health Outcomes of Childhood Exposure to Intimate Partner Violence*, 2006, str. 278–290.

⁵ D. S. Bleck, S. Sussman, J. B. Unger, *A Further Look at the Intergenerational Transmissison of Violence*, 2010, str. 1022–1042.

⁶ L. Carlini, G. Benucci, C. Massetti et al., *Violenza intrafamiliar: un indagine casistica sulle sentenze del tribunale di terni dal 1985 al 2015*, 2009, str. 451–472.

⁷ B. Gualco, R. Rensi, G. Fossa, *Violenza assistita e comportamenti devianti dei giovani in Italia*, 2017, str. 106.

⁸ M. Breclj Anderluh, M. Breclj, 2015, *Strokovne smernice za obravnavo nasilja v družini pri izvajanju zdravstvene dejavnosti za zdravje RS*, str. 64.

⁹ Z. Kanduč, *Vzroki, razlogi in okoliščine družinskega nasilja: viktimološki pogledi*, 2001, str. 109–118.

¹⁰ E. Israel, C. Stover, *Intimate Partner Violence: The Role of the Relationship Between Perpetrators and Children Who Witness Violence*, 2009, str. 1755–1763.

¹¹ M. Haster, *Who Does What to Whom? Gender and Domestic Violence Perpetrators in English Police Records*, 2013, str. 623–635.

nevrednosti, zaradi česar poskuša z dominiranjem in manipuliranjem drugih pridobiti pomemben položaj zunaj družine.¹² Mladostnik, ki je v družinskem okolju doživljal nasilje, dojema, da je uporaba nasilja v medsebojnih odnosih normalna in sprejemljiva, kot taka pa sprejema tudi svoja deviantna/prestopniška ravnanja. Beseda »deviantna ravnanja« je sicer dokaj redko uporabljena v vsakdanjih jezikovnih praksah, se pa v socioloških in v kriminoloških besedilih najpogosteje nanaša na normativne kršitve. Deviantno je nekaj, česar »se ne dela«, česar »se ne sme početi«, kar je »družbeno nezaželeno«, kar torej sproži formalne in/ali neformalne sankcije (kritiko, stigmatizacijo, etiketo ...). Etiketa, ki jo prejme neka deviantna vedenjska kategorija (mladostnik), je nedvomno nadvse pomembna, saj običajno sugerira tudi ustrezno nadzorstveno reakcijo in način obravnave.¹³

Nekatere dosedanje raziskave s področja mladostniškega prestopništva so torej že potrdile neko skupno splošno značilnost, da vrsta težavnih ali za razvoj neugodnih okoliščin življenja že v osnovni primarni socializacijski skupini (družini) v veliki meri povzroči osebne deformacije žrtvi, posledice katerih so lahko tudi deviantna nagnjena mladostnika. *Dekleva* in *Razpotnik*¹⁴ navajata, da je odklonsko ravnanje mladostnikov v obliki nasilja in agresije velikokrat odraz nasilja odraslih (staršev, skrbnikov) ali strukturnega nasilja. Gre torej za nekakšen vedenjski vzorec, ki ga je mladostnik prevzel iz primarne družine in ga prenesel naprej. Prav zaradi tega je problematiki družinskega nasilja in mladostniškega prestopništva potrebno posvetiti posebno pozornost in zagotoviti posebno obravnavo in vzpostavitev učinkovitega sistema za njuno preprečevanja, saj gre za med seboj nedvomno povezani področji. To je tudi razlog, ki narekuje smiselnost uvedbe zakonodaje, ki bi tako na nacionalni kot mednarodni ravni sistemsko, celovito in enotno obravnavala in ureja navedeni problematiki

Pojava nasilje v družini in mladoletniška delinkventnost/deviantnost nista izoliran problem in ju ne moremo razumeti, ne da bi se zavedali ozadja trenutnih družbenih problemov. Temeljne okoliščine prestopniškega vedenja so integralni del zgradbe celotnega socialnega reda in obsegajo veliko število socialnih sprememb, ki so nastale skozi zgodovino in so odraz trenutnih družbenih razmer in pojavov. V Sloveniji se, tako kot v drugih državah, vsako leto vse pogosteje srečujemo s perečo problematiko

¹² M. Tomori, Psihosocialni dejavniki pri mladoletniškem prestopništvu, v: Prestopniško in odklonsko vedenje mladih – vzroki, pojavi, odzivanje, 2000, str. 89–112.

¹³ Z. Kanduč, Deviantno, konformno in (ne)normalno v kontekstu krizne post modernosti, 2010, str. 365–378.

¹⁴ B. Dekleva, Š. Razpotnik, Slovenia, v: Juvenile Delinquency in Europe and Beyond, 2010, str. 327–340.

mladoletniške kriminalitete. Raziskave Sveta Evrope kažejo na porast mladostniških kaznivih dejanj in na vedno nove oblike kriminala mladih.

V preteklem in iztekajočem se letu smo veliko pozornosti posvečali reševanju hude javnozdravstvene krize, ki je posledica razmaha bolezni covid-19. Vpliv pandemije in ukrepov zoper njo se odraža na različnih družbenih sferah. Prav v času epidemije smo priča tudi eskalaciji epidemiji nasilja v družini, katerega posledice bo zagotovo občutiti tudi na področju mladoletniške kriminalitete. Iz letnega poročila o delu policije za leto 2020 izhaja, da je bilo v policijskih evidencah zabeleženih kar 59 kaznivih dejanj nasilja v družini več kot leto prej.¹⁵

V zvezi s tem se postavlja vprašanje kriminalne prihodnosti Republike Slovenije v luči vedno bolj razsežne mladoletniške kriminalitete in vprašanje, zakaj se pri določenem odstotku otrok in mladostnikov pojavi delinkventno vedenje? Zakaj nekateri mladostniki in otroci, ki so bili žrtve družinskega nasilja, kršijo norme, veljavne v širši družbeni skupnosti ali v skupinah, v katere so vključeni, in konvergirajo v nasilneže?

Namen tega prispevka je proučiti, kakšen vpliv ima nasilje v družini na žrtev (otroka, mladoletnika), ki je slednjemu izpostavljena, ter posledično podati odgovore na prej zastavljena vprašanja, zlasti pa odgovoriti na vprašanje, v kolikšni meri izkušnja nasilja v primarnem okolju (družini) vpliva na kasnejša uporniška, deviantna, odklonska ravnanja žrtve tega nasilja.

Številne študije so sicer že potrdile vpliv nasilja na deviantnost mladih ter ga poskušale pojasniti z vidika poznavanja, razumevanja in (so)vplivanja številnih dejavnikov tveganja takšnega vedenja. Na kasnejše deviantno vedenje mladostnika vplivajo številni dejavniki, pogoji in okoliščine, ki sprožijo tako ali drugačno vedenje in prestopniška nagnjenja mladostnika.

Pričujoči prispevek se naslanja na rezultate, pridobljene med letoma 2018 in 2019, na podlagi terenskega dela – anketiranja mladoletnikov in kabinetne obdelave pridobljenih podatkov, nanašajočih se na sovisnost družinskega nasilja in poznejšega prestopniškega ravnanja mladoletnikov kot žrtev družinskega nasilja.

¹⁵ Ministrstvo za notranje zadeve, 2020/2021, Policija, Letna poročila o delu policije, dostopno na: <https://www.policija.si/o-slovenski-policiji/statistika> (3. 10. 2023).

Po uvodu so v drugem poglavju analizirani temeljni pojmi, nanašajoči se na obravnavano tematiko, ter teorije, nato sledi pregled zakonodajne ureditve odgovornosti mladoletnikov za izvršene prestopke v tretjem poglavju. Na koncu pa je predstavljen tudi kratek pregled obsega mladoletniške kriminalitete v Republiki Sloveniji. Slednjemu sledi analiza empirične raziskave in predstavitev njenih rezultatov.

2 Deviantna, prestopniška ravnanja mladostnikov in mladoletnikov

Prestopniško, deviantno ravnanje mladostnikov je tesno povezano z obdobjem mladosti ali adolescence. Gre za obdobje med otroštvom in odraslostjo človeka,¹⁶ ki pomeni pomemben prehod iz enega v drugo življenjsko obdobje,¹⁷ ko mladostniki iz pubertete preidejo v odraslo fazo.¹⁸ V procesu socializacije otrok prevzema moralne norme in načela, ki jih pridobi od staršev in širšega družbenega okolja, in jih nato sprejme kot svoja ter jih počasi nadgrajuje in usklajuje s svojimi lastnimi prepričanji in vrednotami, ki delujejo kot regulator njegovemu vedenju.¹⁹

V adolescenci se mladostniki/mladoletniki soočajo s svojim mentalnim, čustvenim, socialnim in moralnim razvojem ter telesno zrelostjo in začnejo razvijati lastni vrednostni sistem in spoznavne sposobnosti. Obdobje adolescence pa je tudi čas, ko se mladostniki pogosto vedejo prestopniško, odklonsko in uporniško ter nasprotujejo zahtevam in zapovedim družbe, zato nikakor ne preseneča, da je ena izmed ključnih nalog države in družbene skupnosti, da si prizadeva za vzpostavitev ali ohranitev miru in nekakšne družbene »harmonije«.

Izraz prestopništvo se običajno uporablja za označevanje celote prestopniških vedenj mladih oseb. Nekateri avtorji zastopajo stališče, da o prestopništvu lahko govorimo, ko se pri mladostniku pojavlja več različnih motenj v vedenju in če zaradi vedenjskih motenj prihaja v vedno nove konflikte že od otroških let.²⁰ Deviantnost pa vključuje pojave, ki jih neka družba dojema kot deviantne, kot nevarne, grozeče, zaskrbljujoče, problematične, škodljive ali nesprejemljive in so ocenjeni kot

¹⁶ M. Globočnik, *Nasilniško obnašanje mladih*, 1997, str. 38–50.

¹⁷ G. Meško, 1997, *Družinske vezi na zatožni klopi*, str. 29–32.

¹⁸ K. Lavš, *Uživanje drog kot odsev mladoletniškega iskanja identitete in notranje harmonije*, 1994, str. 93–96.

¹⁹ M. Tomori, *Psihosocialni dejavniki pri mladoletniškem prestopništvu*, v: *Prestopniško in odklonsko vedenje mladih – vzroki, pojavi, odzivanje*, 2000, str. 89–112.

²⁰ Prav tam, str. 91.

protipravni,²¹ antisocialni, kriminalni, nemoralni, sprevrženi, neokusni, neetični, grešni, barbarski, patološki in nečloveški.

Pojem mladoletniškega in mladinskega prestopništva zajema različne oblike deviantnega ali neprilagojenega obnašanja otrok in mladostnikov, ki jih družba dojema kot škodljiva ali moteča.²² V širšem smislu so prestopniška (odklonska) vedenja tista, ki pomenijo prestopne ali kršitve vedenjskih pravil. V ožjem smislu pa, kadar govorimo o tej temi v kontekstu kazenskega prava in kazenskega pregona storilcev, se ta izraz nanaša samo na tiste prestopke, ki so v kazenskem pravu opredeljeni kot kazniva dejanja. Takšna prestopniška vedenja mladostnikov označujemo kot kriminaliteto. Zato se izraz »mladoletniško« prestopništvo uporablja zlasti v kazenskopravnem kontekstu, v ostalih primerih pa se prestopki mladih oseb označujejo kot »mladinsko« prestopništvo.²³ Izraz mladoletniško prestopništvo se dejansko nanaša na mladostnike. Gre za kazenskopravno kategorijo, ki obsega skupino mladih ljudi, starih od štirinajst do osemnajst let. Drugo poimenovanje pa je bistveno bolj neopredeljeno, saj lahko obsega širšo populacijo (tudi del kazenskopravne kategorije otrok) in še starejše mladostnike.

Vsebina mladinskega prestopništva je dejansko zelo heterogena in raznolika. Deviantno, prestopniško ravnanje je dejansko nekomu ali nečemu pripisana »lastnost«, ki je časovno in prostorsko »relativna«.²⁴ V mladoletniško prestopništvo družba namreč uvršča vse, kar v nekem času in prostoru ocenjuje kot (za mlade) nedovoljeno ali nesprejemljivo in kar kazenski zakon običajno opredeljuje kot kazniva dejanja. Poleg klasičnih ali konvencionalnih prepovedanih dejanj (kaznivih dejanj ali takih, ki predstavljajo kršitve moralnih pravil), kot so tatvine, dejanja telesnega nasilja in spolno nasilje, sodijo v ta krog tudi vedenja povezana z uporabo drog, spolnostjo pa tudi oblačenjem in priljubljeno glasbo. Nekatera od teh odklonskih ali kaznivih vedenj sodijo v t. i. statusne prekrške, torej v prekrške, ki so povezani s starostnim statusom storilca. To so vedenja, ki so kazniva ali obsojanja vredna le, če jih storijo (pre)mlade osebe, mladoletniki ali otroci, ne pa tudi, če jih storijo odrasli polnoletni storilci.²⁵ Takšna prestopniška vedenja mladostnikov je

²¹ Z. Kanduč, Deviantno, konformno in (ne)normalno v kontekstu krizne post modernosti - kriminološka analiza, 2010, str. 365–378.

²² K. Filipič, Mladoletniško prestopništvo, v: Kriminologija, 2015, str. 405.

²³ B. Dekleva, Š. Razpotnik, Slovenia, v: Juvenile Delinquency in Europe and Beyond, 2010, str. 327–340.

²⁴ Z. Kanduč, Deviantno, konformno in (ne)normalno v kontekstu krizne post modernosti - kriminološka analiza, 2010, str. 365.

²⁵ B. Dekleva, Š. Razpotnik, Slovenia, v: Juvenile Delinquency in Europe and Beyond, 2010, str. 384–385.

potrebno nenehno nadzorovati, uravnavati in pravno pravilno obravnavati, saj so predvsem odvisna od psiholoških značilnosti posameznika in socialnega okolja, ki s svojimi vrednotami, zapovedmi, kulturo in spremembami pomembno vpliva na deviantnost v neki družbi.²⁶ Ravno zato je za učinkovito obravnavo, preprečevanje in ureditev tega področja nujna obravnavo mladoletnih storilcev kaznivih dejanj v posebnem zakonu, torej izven splošne kazenske zakonodaje. V obstoječi ureditvi obravnavanje mladoletnikov namreč ni celovito urejeno v enem zakonu. Vsebinsko trenutno to področje urejajo trije zakoni, in sicer Kazenski zakonik²⁷ (KZ), Zakon o kazenskem postopku²⁸ (ZKP) in Zakon o izvrševanju kazenskih sankcij²⁹ (ZIKS-1), pri čemer vsak vsebuje posebna poglavja in določbe, ki se nanašajo na obravnavo mladoletnikov. Na tem področju so nujno potrebne spremembe v smeri še večje individualizacije obravnave mladoletnikov, večjega poudarka alternativnim načinom obravnavanja in doslednejšega spoštovanja procesnih garancij mladoletnikov pri njihovem obravnavanju. To zasleduje nov predlog Zakona o mladoletnih storilcih kaznivih dejanj³⁰ (ZOMSKD), ki zajema določbe, ki urejajo obravnavanje mladoletnikov iz teh treh zakonov.

3 Dejavniki tveganja mladoletnega prestopništva

3.1 Splošno o dejavniki tveganja mladoletniškega prestopništva

Mladoletniški kriminal je izražen v različnih oblikah in ima zelo različne modalitete glede na vrsto, resnost in intenziteto. Lahko sega od drobne tatvine v kontekstu osamljenega incidenta do resničnega nasilnega zločina. Povprečni opaženi primeri se nanašajo na mladostnike, ki le občasno kršijo zakon, po drugi strani pa zasledimo mladostnike, ki s ponavljajočim se neobičajnim vedenjem storijo hujša kazniva dejanja ali so tvorci zelo nasilnega vedenja. Na ravnanje in vedenje posameznikov vpliva veliko dejavnikov in povezave med njimi so lahko raznolike. Zlasti v obdobju odraščanja in adolescence se pojavijo številni neugodni vplivi, ki jih označujemo kot

²⁶ M. Globočnik, *Nasilniško obnašanje mladih*, 1997, str. 38–50.

²⁷ Uradni list RS, št. 50/12 – uradno prečiščeno besedilo, 6/16 – popr., 54/15, 38/16, 27/17, 23/20, 91/20 in 95/21.

²⁸ Uradni list RS, št. 32/12 – uradno prečiščeno besedilo, 47/13, 87/14, 8/16 – odl. US, 64/16 – odl. US, 65/16 – odl. US, 66/17 – ORZKP153,154, 22/19, 55/20 – odl. US, 89/20 – odl. US, 191/20 – odl. US, 200/20 in 105/21 – odl. US.

²⁹ Uradni list RS, št. 110/06 – uradno prečiščeno besedilo, 76/08, 40/09, 9/11 – ZP-1G, 96/12 – ZPIZ-2, 109/12, 54/15, 11/18 in 200/20 – ZOOMTVI.

³⁰ EVA, 2018-2030-0046.

ogrožajoči dejavniki ali dejavniki tveganja.³¹ Razumevanje in poznavanje teh povečuje možnost, da bi prestopniško vedenje mladostnikov razumeli in nudili ustrezno pomoč in podporo mladim prestopnikom. V različni literaturi je mogoče sicer zaslediti različne opredelitve in pojasnila ogrožajočih dejavnikov in dejavnikov tveganja,³² vsi avtorji pa soglašajo, da imajo odločilno vlogo³³ in vpliv na mladostnike osebni dejavniki in dejavniki širšega okolja (družina, šola, vrstniki, sošeska, mediji itd.).³⁴ Gre za tiste dejavnike, ki na posameznika vplivajo v tolikšni meri, da lahko konvergira v prestopnika in navzven manifestira odklonsko vedenje ali pa ga od takšnega vedenja odvrta.

3.2 Individualni dejavniki tveganja

Pri individualnih dejavniki tveganja gre zlasti za dejavnike, ki so individualne narave in se nanašajo na osebnost mladoletnika oz. mladostnika. Med slednje uvrščamo zlasti psihosocialne dejavnike oz. lastnosti posameznika in njegove fizične posebnosti. *Selčeva* navaja,³⁵ da je dejavnike tveganja najprej treba iskati v otrokovi osebnosti, v njegovih dispozicijah, v prikrajšanostih in osebnostnih lastnostih. Pojasnjuje, da se že v otrokovem zgodnjem razvoju ustvari notranja osebnostna naravnost za takšno ali drugačno vedenje, ki kasneje lahko vpliva na prestopniško vedenje. *Tomori* med individualne dejavnike tveganja uvršča zlasti konstitucijske lastnosti (impulzivnost, ekstravertiranost itd.) in psihološke lastnosti (majhna samopodoba in nizka raven spoštovanja, potreba po sprejetosti med vrstniki, slabša socialna zrelost, asocialne osebne motnje itd.).³⁶

3.3 Družina, dejavnik širšega okolja in posledice nasilja v družini

Družino država in družba prepoznavata kot socialno skupino, v kateri se pridobivajo primarna občutja varnosti, zaželenosti in družbene sprejetosti. Gre za najzasebnejši in najintimnejši prostor, kjer se med člani družine izražajo najgloblja čustva

³¹ A. Kos-Mikuš, Varovalni dejavniki psihosocialnega razvoja – uporabnost za preprečevanje mladoletniškega prestopništva, 1992, str. 25–32.

³² G. Meško, E. Bertok, 2013, Mladoletniška kriminaliteta in mladoletniško nasilje: Ugotovitve evropske študije o prestopništvu in preventivnih dejavnostih.

³³ A. Kastelic, M. Mikulan, Mladostnik in droga, 2004, str. 25–32.

³⁴ A. Bučar-Ručman, Nasilje in mladi, 2004, str. 134.

³⁵ P. Selč, M. Pesjak, Dejavniki, ki povečujejo možnost nasilja v družini in iskanje pomoči pri zdravniku družinske medicine, 2008, str. 505–510.

³⁶ M. Tomori, Psihosocialni dejavniki pri mladoletniškem prestopništvu, v: Prestopniško in odklonsko vedenje mladih – vzroki, pojavi, odzivanje, 2000, str. 89–112.

pripadnosti, ljubezni in medsebojne povezanosti. V družini potekajo temeljni socializacijski procesi, ki so pomembni za posameznikovo nadaljnje življenje. V odnosu s starši in ostalimi družinskimi člani dobiva otrok navodila za socialno vedenje za kasneje.³⁷ Družina je namreč tista, v kateri otroci najprej razvijejo odnos do sebe, drugega ter skupnosti kot celote. Vedenjski vzorci, ki jih družina posreduje posamezniku, so pomembna osnova za razvoj osebnosti. Ravno zaradi tega številne študije izpostavljajo pomen »zdravih družin« in družinskih odnosov ter spodbujajo k sprejemanju ukrepov za preprečevanje družinskega nasilja in prevzemanja napačnih, nasilnih vzorcev vedenja s strani staršev.

Družinsko nasilje je pojav, ki ga ni mogoče enoznačno zajeti z eno samo splošno opredelitvijo. Gre za pojav, ki je v praksi zelo raznovrstno, in sicer v količinskem in kakovostnem pomenu. Splošno se nasilje lahko izraža v številnih oblikah, kot fizično, verbalno, socialno, ekonomsko in psihično, ki je lahko naperjeno zoper posameznike, skupine ali predmete. V družinskih razmerjih pa se praviloma nasilno vedenje ne pojavlja samo v eni od naštetih oblik, temveč se ta med seboj povezujejo. Zelo pogosto se fizično nasilje navezuje na simbolično in/ali čustveno nasilje. Posledice³⁸ izpostavljenosti žrtev (zlasti fizičnemu) nasilju v družini so posebej izrazite pri otrocih in mladostnikih, kar potrjujejo tudi številne raziskave avtorjev (*Finkelhor*,³⁹ *Holt*,⁴⁰ *O'Keefe*,⁴¹ *McGee*,⁴² *Greenhoot*,⁴³ *Goodman*⁴⁴ ...). Po drugi strani pa nekatere raziskave avtorjev (npr. *Edleson*,⁴⁵ *Kaufman*⁴⁶ in *Gelles*⁴⁷) kažejo, da vsi otroci in mladostniki, ki so bili izpostavljeni nasilju v družini, ne kažejo dolgotrajnih posledic v psihičnem razvoju in socialnem delovanju. V zvezi s tem se pojavlja vprašanje vpliva družinskega nasilja na kasnejše deviantno ravnanje mladostnika ter pomen družine kot dejavnika tveganja za mladoletniška deviantna, prestopniška

³⁷ M. Pušnik, Vrstniško nasilje v šoli, 1999, str. 31.

³⁸ K. Kitzmann, N. Gaylord, Child Witnesses to Domestic Violence: A Meta-Analytic Review, 2003, str. 339–352.

³⁹ D. Finkelhor, R. Ormrod, Turner, S. L. Hamby, The Victimization of Children and Youth: A Comprehensive, National Survey, 2005, str. 5–25.

⁴⁰ S. Holt, H. Buckley, S. Whelan, The Impact of Exposure to Domestic Violence on Children and Young People, 2008, str. 797–810.

⁴¹ M. O'Keefe, The Differential Effect of Family Violence on Adolescent Adjustment, *Child and Adolescent*, 1996, str. 51–68.

⁴² C. McGee, Children's Experience of Domestic Violence, 2000, str. 13–23.

⁴³ A. F. Greenhoot, L. McCloskey, A Longitudinal Study of Adolescent's Recollections, 2005, str. 1–25.

⁴⁴ G. S. Goodman, J. A. Quas, C. Ogle, Child Maltreatment and Memory, 2010, str. 719–743.

⁴⁵ J. L. Edleson, Emerging Responses to Children Exposed to Domestic Violence, 2006, dostopno na: [https://scholar.google.si/scholar?q=E+Edleson,+J.++\(2006\).+Emerging+responses+to+children+exposed+to+domestic+violence.&hl=sl&as_sdt=0&as_vis=1&oi=scholar](https://scholar.google.si/scholar?q=E+Edleson,+J.++(2006).+Emerging+responses+to+children+exposed+to+domestic+violence.&hl=sl&as_sdt=0&as_vis=1&oi=scholar) (12. 9. 2021).

⁴⁶ J. Kaufman, E. Zigler, Do Abused Children Become Abusive Parents?, 1987, str. 92–186.

⁴⁷ R. J. Gelles, M. M. Cavanaugh, Violence, Abuse, and Neglect in Families and Intimate Relationships, v: *Families and Change: Coping with Stressful Events and Transitions*, 2016, str. 32.

ravnanja. Številni avtorji zagovarjajo stališče, da je družina pomemben dejavnik tveganja,⁴⁸ ki bistveno vpliva na razvoj otrokove percepcije, kaj je prav in kaj narobe, ter ga nauči, kaj je v družbi sprejemljivo in kako se soočiti s problemi in stresom.⁴⁹ Pomembnost družine in njenega vpliva na mladostnika ter razvoj prestopniškega vedenja je osrednja tema njihovih razprav in študij. *Dekleva*⁵⁰ meni, da so storilci nasilnih dejanj ali pa njihove žrtve mnogo pogosteje tisti, ki so bili doma žrtve nasilja in deležni nasilnih vzgojnih prijemov, kakor pa tisti, ki nasilja niso doživljali. Po njegovem mnenju se po nekem nevidno delujočem vzorcu nasilje kot izkušnja in nasilnost kot vedenjska lastnost preko družinskih vzorcev reproducirata. Mladostniki, ki odraščajo v neurejenih družinah (ločeni starši, alkoholizem, pogosti prepiri med starši itd.), so bolj nagnjeni k prestopniškemu vedenju.⁵¹ Žrtve (otroci in mladostniki), ki so nasilju v družini posredno (kot udeleženci) ali neposredno (kot žrtve) izpostavljene, le-tega dojemajo kot normalen odziv na »dražljaje« iz okolice.

Problematiko družinskega nasilja in njegove posledice poskušajo pojasniti številne teorije o nasilju v družini, ki pa nimajo le pojasnjevalne vrednosti, temveč se med seboj dopolnjujejo in namigujejo na možne praktične odzive. Nekatere teorije povezujejo družinsko nasilje in deviantna ravnanja mladostnikov z izkušnjami iz otroštva. Tako imenovana generacijska teorija opozarja, da se mladostniki oz. moški in ženske (starši), ki so občutili ali pa so bili vsaj priče družinskemu nasilju (med svojima staršema) v otroštvu, pogosto sami znajdejo (namreč v svojem odraslem obdobju) v nasilnih medosebnih odnosih (v krogu lastne družine) ali v nasilnih razmerjih do drugih.⁵² Zelo podobno stališče zasledujejo tudi teorije učenja tradicionalnih spolnih vlog. Z vidika te se moški (mladoletniki/mladostniki) naučijo biti dominantni in agresivni, ženske pa podredljive in pasivne. Takšno učenje naj bi vplivalo na kasnejša napadalna ravnanja moškega in na viktimizacijo (naučeno »držo« žrtve) ženske.

Teorija socialnega učenja poudarja, da se lahko posameznik nauči agresivnega vedenja z opazovanjem drugih družinskih članov, v krogu subkulture vplivov (npr. vrstniške skupina ali soseske) ali prek medijev (zlasti televizije). Učenje ima lahko številne reperkusije: (1) posameznikove ponotranjene prepovedi agresivnega

⁴⁸ C. McGee, *Children's Experience of Domestic Violence*, 2000, str. 13–23.

⁴⁹ A. Bučar Ručman, *Nasilje in mladi*, 2004, str. 143.

⁵⁰ B. Dekleva, *Nasilje v stripih štirih generacij*, 2002, str. 161.

⁵¹ K. Filipčič, 2002, *Nasilje v družini*, str. 31–55.

⁵² Z. Kanduč, *Vzroki, razlogi in okoliščine družinskega nasilja: viktimoški pogledi*, 2001, str. 115.

vedenja oslabijo, (2) posameznik se navadi na agresivno vedenje, (3) posameznik privzame pozitivna stališča do agresivnega vedenja (običajno v specifičnih okoliščinah) in si izoblikuje pričakovanja v zvezi z agresivnim vedenjem. Učenje moralnih pravil poteka z opazovanjem drugih. Opazovanje že omogoča otrokom, da odkrijejo posledice določenih dejanj in kaj je v določenih okoliščinah najbolj primerno in uporabno vedenje. To vedenje ne povzročijo samo nagrade in kazni, temveč tudi vzorci, ki jih ima priložnost opazovati. Če je model privlačen in če so njegova dejanja skladna, so učinki emulacije naklonjeni. Nekateri avtorji (*Dutton*,⁵³ *Filipčič*,⁵⁴ in *Kanduč*⁵⁵) v tej zvezi opozarjajo, da agresivno vedenje ni funkcionalno le v instrumentalnem smislu (namreč v tem smislu, da omogoča posamezniku zaželeno spremembo v zunanjem svetu, npr. nadzor ali oblast nad drugo osebo), ampak je tudi inherentno prijetno (»lastna nagrada«), saj je povezano z občutji izraznosti, odločnosti, moči (nadzora nad okolico ali drugo osebo), energije in »očiščenja«.

4 Družinsko nasilje z vidika sociološke teorije učenja in njegov vpliv na prestopniška, deviantna ravnanja mladoletnikov, žrtev družinskega nasilja

Teorija socialnega učenja je teorija, ki izhaja iz *Sutherlandove* teorije diferencialnih asociacij, po kateri se posameznik (otrok, mladoletnik) prestopniškega, deviantnega vedenja nauči v interakcijah s starši (ljudmi), ki kršijo družbene norme. Prestopniki se v teh interakcijah naučijo tehnik izvrševanja kaznivih dejanj ter vrednot, stališč, motivov in racionalizacij, ki takšno vedenje podpirajo. Tako se nekateri v kritični situaciji zatečejo k agresiji in kriminalnemu vedenju. Takšno razumevanje odraža, da je nasilje v družini naučeno, torej krožno nasilno vedenje, ki se intergeneracijsko prenaša.⁵⁶ Na teorijo socialnega učenja se navezuje tudi sorodna teorija medgeneracijskega prenosa, ki temelji na predpostavki, da so otroci nagnjeni k posnemanju nasilnega vedenja svojih staršev. Izpostavljenost nasilju naj bi otroka naučila nasilnosti. Otroci in najstniki iz nasilnih družin prevzamejo neprimerne načine spoprijemanja, saj se vzorca nasilnega reševanja konfliktov naučijo od staršev.⁵⁷ Obe teoriji zastopata stališče, da se nasilja naučimo v družini in da obstaja velika verjetnost, da bodo zlorabljeni otroci (žrtve družinskega nasilja) kasneje

⁵³ D. G. Dutton, *The Victimhood of Battered Women: Psychological and Criminal Justice Perspective*, 1989, str. 60–64.

⁵⁴ K. Filipčič, 2002, *Nasilje v družini*, str. 46–86.

⁵⁵ Z. Kanduč, *Vzroki, razlogi in okoliščine družinskega nasilja: viktimoški pogledi*, 2001, str. 115.

⁵⁶ M. A. Straus, R. J. Gelles, S. K. Steinmetz, *Behind Closed Doors: Violence in the American Family*, 2006.

⁵⁷ J. H. Kashani, W. D. Allan, *The Impact of Family Violence on Children and Adolescents*, 1998.

postali nasilni prestopniki oz. devianti. Posameznik oblikuje svoje vedenje na podlagi izkušenj v primarni družini. Kot navaja *Tomorjewa*,⁵⁸ imajo mladostniki, ki se vedejo prestopniško, pogosto za seboj neugodne izkušnje iz odnosov s svojimi bližnjimi. V obrambi pred drugimi si na vsak način prizadevajo zavzeti vlogo, v kateri ne bodo žrtev, zato si kot način lajšanja bolečine izberejo vlogo tistega, ki obvladuje in v različnih oblikah ponižuje druge, ki so šibkejši od njega samega. Nasilen starš je otroku slab vzor, zato se slednji običajno v podobnih situacijah in preizkušnjah vede in zgleduje po njem ter na druge prenaša slabe vzorce nasilnega vedenja.

Družina je pomemben dejavnik tveganja, prav zato se med mladostniki kot akterji deviantnega ravnanja in nasilja pogosto znajdejo tisti, ki izhajajo iz družin, kjer so razmere med starši konfliktno in nevzdržne. Vpliv družinskega okolja je torej odločilen za otrokov kognitivni, vedenjski in čustveni razvoj. Številne študije so pokazale, da imajo otroci pretepenih mater, ki so izkušnjo nasilja v družini doživljali posredno, pozneje v življenju vedenjske in zdravstvene težave.⁵⁹ *Widom* meni, da se osebe, za katere je bila v otroštvu sodno ugotovljeno nasilje v družini, pozneje v 42 odstotkih pojavljajo v policijskih zapisnikih kot nasilni mladostniki, ki so s svojim zavestnim, voljnim ravnanjem kršili družbena pravila.⁶⁰

5 Kazenska odgovornost mladoletnih prestopnikov in obseg mladoletniške kriminalitete v Sloveniji

KZ-1 v 1. členu določa, da se kazenska odgovornost uveljavi s kaznovanjem polnoletnih oseb zaradi storjenih kaznivih dejanj na podlagi ugotovljene krivde. Po slovenski zakonodaji se kazenska odgovornost mladih začne s 14. letom starosti. Takrat postanejo mlajši mladoletniki in za svoja dejanja že odgovarjajo. Mladoletniki so mlajši mladoletniki od 14 do 16 leta, starejši mladoletniki od 16 do 18 leta in mlajši polnoletniki od 18 do 21 leta. Ta delitev je pomembna predvsem zaradi vrste vzgojnih ukrepov in kazni.⁶¹

⁵⁸ M. Tomori, Psihosocialni dejavniki pri mladoletniškem prestopništvu, v: *Prestopniško in odklonsko vedenje mladih*, 2000, str. 100–102.

⁵⁹ P. G. Jaffe, D. A. Wolfe, S. K. Wilson, *Children of Battered Women: The Relation of Child Behavior to Family Violence and Maternal Stress*, 1985, str. 95–129.

⁶⁰ C. S. Widom, *Posttraumatic Stress Disorder in Abused and Neglected Children Grown Up*, 1999, str. 1223–29.

⁶¹ B. Tivadar, M. Rožman, *Mladost kot problem: dejavniki prestopniškega vedenja*, v: *Socialna ranljivost mladih*, 2000, str. 145–168.

Do 14. leta so za mladostnike v celoti odgovorni starši. Ko mladostnik dopolni 14 let, pa postane kazensko odgovoren. Pri sumu storitve kaznivega dejanja lahko pride do določenih aktivnosti organov odkrivanja, pregona in sojenja. Organi ob tem upoštevajo, da je storilec še vedno otrok v smislu Konvencije o otrokovih pravicah⁶² in mu zato priznavajo poseben položaj v vseh postopkih. Vsi, ki mladoletnika obravnavajo, upoštevajo, da je prvenstveni namen poleg raziskave dejanja, za katerega veljajo enaka dokazna pravila kot za odrasle, predvsem skrb za njegov nadaljnji razvoj, in tako torej delujejo v smislu iskanja pomoči zanj. Prioritetni so tako vzgojni ukrepi in ne kaznovanje. Mogoč je sicer tudi najmilejši ukrep, ki je ukor, vendar se tega skoraj ne izreka več. KZ-1 v drugem odstavku 5. člena navaja, da kazensko odgovornost mladoletnikov določa poseben kazenski zakonik. V zvezi s tem se nam na področju kazenske obravnave mladoletnih storilcev in žrtev po dolgih letih obetajo spremembe, in sicer sprejem težko pričakovanega posebnega zakona za mladoletnike. Pravosodje na enoten kazenski zakonik, ki obravnava mladoletne storilce in žrtve kaznivih dejanj, čaka že vrsto let. Ministrstvo za pravosodje je v javno razpravo (v aprilu 2019) dalo predlog zakon o mladoletnih storilcih kaznivih dejanj, ki združuje obravnavo mladoletnih prestopnikov iz zdajšnjih treh zakonov v enega. Zakon uveljavlja t. i. zaščitniški model obravnavanja mladoletnikov. Temeljno prizadevanje družbe in države je zlasti usmerjeno na razumevanje, da so delikventna dejanja mladoletnikov povezana predvsem z neprimernimi družinskimi in socialnimi razmerami, država pa v obliki svojih intervencij teži k odpravljanju vzrokov odklonskih dejanj in ne h kaznovanju.

Na statistiko mladoletniškega prestopništva vplivajo številne okoliščine in dejavniki, med njimi so zlasti pomembne spremembe kazenske zakonodaje, spremembe pravil znotraj policije, policijsko odkrivanje kaznivih dejanj in neraziskanost mladoletniškega prestopništva.⁶³

Obseg mladoletniške kriminalitete je težko določljiv, kar je posledica njenega temnega polja, kljub temu pa lahko mladoletniško kriminaliteto ocenjujemo in merimo z različnimi metodami, kot so analiza uradnih statističnih podatkov, viktimološke študije in samonaznanitvene študije.⁶⁴

⁶² Uradni list SFRJ–MP, št. 15/90.

⁶³ K. Bašič, *Mladoletniška kriminaliteta*, 1992, str. 58–66.

⁶⁴ B. Tivadar, M. Rožman, *Mladost kot problem: dejavniki prestopniškega vedenja*, v: *Socialna ranljivost mladih*, 2000, str. 145–168.

V slovenskem okolju je bilo izvedeno malo število študij, ki bi z uporabo samonaznanitvene študije preverjalo prestopništvo in viktimizacijo med mladoletniki. To metodo sta prvič sistemsko uporabila *Dekleva* in *Razpotnik*⁶⁵ z raziskavo Odklonskost, nasilje in kriminaliteta – problematika mladine neslovenske narodnosti in priseljencev druge generacije. Ugotovila sta, da se večina fantov v starosti 14–15 let sreča vsaj z eno resno obliko nasilja, da so bila najpogostejše prijavljena kazniva dejanja tatvine v samopostrežbi (20 odstotkov anketirancev) in da je različna dejanja telesnega nasilja priznalo okoli 2–7 odstotka anketirancev. Prav tako sta ugotovila številne dejavnike, ki so najbolj vplivali na nasilno vedenje (moški spol, nagnjenost k tveganjem, slaba družinska klima, uporaba telesnega nasilja v otroštvu in med staršema, konfliktna naravnost med vrstniki itd.). V letih 2006–2008 se je izvajala mednarodna študija prestopništva International Self-Report Delinquency Study (ISRD2),⁶⁶ ki je pokazala, da je struktura prestopniških vedenj v Sloveniji podobna strukturi v drugih državah in da so s pojavljanjem prestopništva v različnih državah statistično povezani isti ali podobni socialno nadzorstveni dejavniki. *Dekleva* in *Razpotnik*⁶⁷ sta v njeni študiji, ki je zajemala ugotovitve ISRD2 ugotovila, da so se med slovenskimi 12–15-letnimi učenci kot najpogostejša odklonska vedenja pokazala vandalizem, tatvine in vdiranje v računalniške sisteme, prestopniki pa so večinoma bili moškega spola. Ugotovitve raziskave so potrdile, da je večja navezanost otrok in mladoletnikov na starše botrovala k manjšemu prestopništvu ter da je ugodno šolsko okolje pozitivno vplivalo na manj prestopništva. Nadaljnje ugotovitve, dognane v študiji ISRD2, so pokazale, da so bili prestopniki večinoma moškega spola, predvsem v primeru nasilja, vandalizma in bolj resnih prekrškov in da so bili mladostniki drugega porekla bolj prestopniški. *Meško* in *Bertok*⁶⁸ sta med mladostniki, starimi 13–17 let, opravila t. i. raziskavo YouPrev, v kateri sta potrdila tezo, da velik delež mladostnikov vsaj enkrat stori prestopniško dejanje (od tega 14,8 odstotkov deklet in 22 odstotkov fantov), in sicer so storilci različnih oblik prestopniških dejanj (tatvine v trgovini, vloma v stavbo z namenom kraje, kraje vozila, uporabe groženj/orožja za izsiljevanje denarja, sodelovanja v skupinskem pretepu, uživanja droge ipd. Med mladostniki prevladujejo grafitiranje (12,3 odstotkov), tatvine v trgovini (9,7 odstotkov), poškodovanje tuje lastnine (6,5

⁶⁵ B. Dekleva, Š. Razpotnik, Slovenia, v: *Juvenile Delinquency in Europe and Beyond*, 2010, str. 327–340.

⁶⁶ International Self-Report Delinquency Study, URL: <https://web.northeastern.edu/isrd/isrd2/> (12. 9. 2021).

⁶⁷ B. Dekleva, Š. Razpotnik, Slovenia, v: *Juvenile Delinquency in Europe and Beyond*, 2010, str. 327–340.

⁶⁸ G. Meško, E. Bertok, 2013, Mladoletniška kriminaliteta in mladoletniško nasilje: Ugotovitve evropske študije o prestopništvu in preventivnih dejavnostih.

odstotkov), kraja stvari (denarja) od druge osebe (7,2 odstotkov), nošnja orožja ali drugega predmeta, ki se lahko uporabi kot orožje (5,2 odstotkov).

Statistični podatki policije kažejo, da je po porastu števila kaznivih dejanj v letu 1992 število, z izjemo manjšega poskoka med letoma 1998 in 2000, padalo vse do leta 2020. Omeniti je treba, da je zaradi epidemije covid-19, ki je pretresla cel svet, takšen padec tudi pričakovan (v letu 2019 je bilo 1.412 kaznivih dejanj mladoletniške kriminalitete, v letu 2020 pa je bilo 1.194 kaznivih dejanj mladoletniške kriminalitete).

V letu 2022 so najpogosteje zaznana kazniva dejanja med mladoletniki tatvina (399 kaznivih dejanj), velika tatvina (122 kaznivih dejanj), nasilništvo (88 kaznivih), poškodovanje tuje stvari (69 kaznivih dejanj), lahka telesna poškodba (68 kaznivih dejanj), neupravičena proizvodnja in promet s prepovedanimi drogami, nedovoljenimi snovmi v športu in predhodnimi sestavinami za izdelavo prepovedanih drog (55 kaznivih dejanj) itd.⁶⁹

6 Empirična raziskava

Temeljna problematika, s katero se avtorica sooča, je ugotovitev, ali nasilje staršev v družini vpliva na morebitna kasnejša deviantna, prestopniška ravnanja mladostnikov, žrtev družinskega nasilja. Avtorica je na želela nadgraditi oz. nadaljevati raziskavo, ki jo je s pomočjo anketnega vprašalnika opravila že v letih 2015 in 2016 z otroki in mladostniki Mladinskega centra Krško ter učenci Šolskega centra Nova Gorica.⁷⁰

6.1 Metoda dela

Raziskava je potekala na osnovnih in srednjih šolah na goriškem konec leta 2018 in v letu 2019. Vključeni so bili otroci in dijaki štirih osnovnih in treh srednjih šol, stari med 12 in 18 let. Namen zbiranja in statističnega analiziranja podatkov, pridobljenih pri raziskavi, je bil prikazati povezavo med družinskim nasiljem in poznejšim prestopniškim/deviantnim ravnanjem mladostnikov, žrtev tega nasilja. Podatki so bili pridobljeni s pomočjo delno strukturiranega anonimnega anketnega vprašalnika, ki so ga po predhodnem soglasju staršev izpolnjevali otroci in mladostniki. Vprašalnik

⁶⁹ Letna poročila o delu policije, dostopno na: <https://www.policija.si/o-slovenski-policiji/statistika> (3. 10. 2022).

⁷⁰ N. Gregorič, 2016, Vpliv družinskega nasilja na deviantna ravnanja mladostnikov, str. 139–165.

je bil sestavljen na podlagi pregleda literature in je vseboval 25 vprašanj kombiniranega tipa. V raziskavo je bilo vključenih 137 otrok in dijakov, anketiranci so bili tako fantje kot dekleta. Vse ankete so bile pravilno izpolnjene, med izpolnjevanjem so otrokom in dijakom bila podana jasna navodila, zaradi česar izključenih anket ni bilo.

Zajet populacijski vzorec je bil manjši od pričakovanega, saj so soglasje za izvedbo ankete podali le nekateri starši, poleg tega pa je bila odzivnost šol (ravnateljev) zaradi občutljivosti problematike nižja od pričakovane.

6.2 Rezultati

V raziskavi je sodelovalo 137 otrok in dijakov osnovnih in srednjih šol na goriškem. Socialno demografski podatki anketirancev (spol, starost, leto rojstva) so prikazani v tabelah v nadaljevanju.

Populacijski vzorec je tvorilo 71 anketirank in 66 anketirancev, starih med 12 in 18 let (letnik 2001, 2002, 2003, 2004, 2005 in 2006).

Tabela 1: Spolna struktura vzorca

Spol	Število	F (%)	Kumulativni %
Ženski	71	51,83	51,83
Moški	66	48,17	100
Skupaj	137	100	

Ugotovljeno je bilo, da v starostni strukturi anketirancev prevladujejo mladoletniki rojeni leta 2006 (stari 12 let) in leta 2004 (stari 14 let), sledijo mladostniki rojeni leta 2001 (stari od 17 do 18 let), najmanjši odstotek vseh anketirancev pa so predstavljali mladostniki, rojeni v letu 2003 (stari 15 let) in 2005 (stari 13 let). Med vsemi anketiranci je najvišji odstotek anketirank bilo rojenih v letih 2004 in 2006, med anketiranci pa v letu 2001 (Tabela 2).

Anketni vprašalnik je zajemal vprašanja glede oblike družin, v katerih so anketiranci prebivali. V sodobnem času se namreč poleg klasične jedrne družine pojavljajo nove oblike družin, ki vplivajo na razvoj in prestopniško/deviantno vedenje njenih članov. Številne dosedanje študije so pokazale, da je za družinska okolja, iz katerih izvirajo deviantni subjekti, pogosto značilna odsotnost enega ali obeh staršev (zaradi smrti,

ločitve ...), zaradi česar se je anketni vprašalnik dotaknil tudi tega vprašanja. V zvezi s tem so podatki pokazali, da največ anketirancev živi v štiričlanski tradicionalni družini, ki jo sestavljajo oče, mati, brat ali sestra ter anketiranec, kar predstavlja 38,69 odstotkov vseh anketirancev. Sledijo tričlanske tradicionalne družine, oče, mati in anketiranec (takšnih je 37,96 odstotkov), najmanjše število oseb v posamezni družini pa tvorita dva člana: mati z anketirancem, kar predstavlja 0,73 odstotkov vseh anketirancev (Tabela 3).

Tabela 2: Starostna struktura vzorca

Leto rojstva (anketirancev)	F	F(%)	Kumulativni %
2001	28	20,43	20,43
2002	24	17,52	37,95
2003	21	15,33	53,28
2004	28	20,44	73,72
2005	3	2,2	75,9
2006	33	24,1	100
Skupaj	137	100	
Leto rojstva (ž)	F	F(%)	Kumulativni %
2001	11	15,49	15,49
2002	9	12,67	28,16
2003	9	12,67	40,83
2004	21	29,58	70,42
2005	0	0	100
2006	21	29,58	
Skupaj	71	100	
Leto rojstva (m)	F	F(%)	Kumulativni %
2001	17	25,76	25,76
2002	15	22,72	48,48
2003	13	19,7	68,2
2004	7	10,6	78,2
2005	2	3	81,78
2006	12	18,18	100
Skupaj	66	100	

Tabela 3: Oblike družine anketirancev

Družinski člani	F	F(%)	Kumulativni %
Anketiranec+mati	1	0,73	0,73
Anketiranec+oče	3	2,2	2,93
Anketiranec+mati+oče	52	37,96	40,89
Anketiranec+mati+oče+brat	53	38,69	79,58
Anketiranec+mati+oče+brat ali/in sestra	15	10,95	90,51
Več kot petčlanska družina	13	9,49	100
Drugo(živim s stricem, teto, babico...)	0	0	
Skupaj	137	100	

Pridobljeni podatki so pokazali tudi različno urejen družinski stan staršev, ki lahko, glede na ugotovitve predhodnih študij, (so)vpliva na deviantno/prestopniško vedenje mladoletnikov (Tabela 4).

Namen pridobitve podatkov o starševskem stanju je bil zlasti ugotoviti, v kakšnih družinskih razmerah živijo anketiranci in v kolikšni meri lahko urejene ali neurejene družinske razmere (starševski stan) vplivajo na njihov razvoj. Vprašanje je namreč zelo pomembno zlasti z vidika dokazovanja temeljnega vprašanja glede morebitne korelacije med doživljanjem nasilja v družini in kasnejšim prestopniškim ravnanjem anketiranca kot žrtve družinskega nasilja. Otroci/mladostniki, ki so bili žrtve ali priče nasilja (konfliktov) med staršema, pogosteje postanejo nasilneži in prestopniki kot otroci, ki živijo v urejenih družinah.

V zvezi s tem je bilo v raziskavi ugotovljeno, da večina anketirancev živi v družini, kjer sta starša poročena (86 odstotkov anketirancev), 17,52 odstotkov anketirancev živi v družini, kjer starša živita v izvenzakonski skupnosti, z ločenima staršema pa živi 13,14 odstotkov anketirancev. Končna analiza rezultatov je pokazala, da sedem anketirancev, ki so v primarni družini bili izpostavljeni nasilju in konfliktnim situacijam med staršema, izhaja iz družin ločenih staršev, med temi pa so štirje anketiranci bili storilci prestopniških ravnanj.

Tabela 4: Družinski stan

Stan staršev	F	F(%)	Kumulativni %
Poročena	86	62,77	62,77
Ločena	18	13,14	75,91
Živita v izven zakonski skupnosti	24	17,52	93,43
Ne živita skupaj (samohranilec/ka)	8	5,84	99,27
Vdovel/a	1	0,73	100
Istospolno usmerjena starša	0	0	
Skupaj	137	100	

V nadaljevanju so prikazani rezultati o izpostavljenosti anketirancev nasilju v primarni družini. Iz podatkov izhaja, da je 34 anketirancev (24,82 odstotkov) že izkusilo nasilje v primarni družini, ostali anketiranci (75,18 odstotkov) pa niso bili žrtve nasilja v družinskem okolju (Tabela 5).

Tabela 5: Anketiranci-žrtve družinskega nasilja

Žrtev družinskega nasilja	F	F(%)	Kumulativni%
Da	34	24,82	24,82
Ne	103	75,18	100
Skupaj	137	100	

Povzročitelj nasilja v družini je lahko posamezen starš ali celo oba starša skupaj. Pogosto med spoloma varirajo le pojavne oblike nasilja (pri moških je pogostejše fizično nasilje, ženske pa se običajno zatekajo k psihičnemu nasilju).

Iz analize podatkov izhaja, da je med anketiranci, ki so bili žrtve družinskega nasilja, vlogo nasilneža najpogosteje prevzel oče (55,88 odstotkov), v 23,52 odstotkih pa je nasilje v družini izvajala mati, oba starša skupaj pa sta izvajala nasilje pri šestih anketirancih (17,64 odstotkov). Podatki kažejo, da so storilci nasilja v večini primerov bili moški (Tabela 6), kar sovpada z ugotovitvami številnih drugih raziskav s področja nasilja.⁷¹

Tabela 6: Nasilneži

Vršilci nasilja v družini	F	F(%)	Kumulativni %
Oče	19	55,88	55,88
Mati	8	23,52	67,7
Oba	6	17,64	85,34
Drugi	1	2,94	100
Skupaj		100	

Anketni vprašalnik je vseboval tudi vprašanja, ki so se nanašala na oblike družinskega nasilja, katerih namen je bil ugotoviti najpogosteje uporabljeno obliko nasilja v domačem okolju. Anketni odgovori so pokazali, da se nasilje, ki ga nasilneži vršijo v družinah, pojavlja v različnih oblikah. Najpogostejša oblika nasilja, ki jo uporablja nasilnež v družinah anketirancev, je fizično nasilje (33,3 odstotkov), sledi psihično nasilje (30,16 odstotkov), v manjši meri pa se pojavljata ekonomsko nasilje (15,87 odstotkov) in zanemarjanje (4,76 odstotkov) (Tabela 7). Pri nekaterih anketirancih (žrtvah družinskega nasilja) je bilo prisotnih tudi več različnih oblik nasilja hkrati.

⁷¹ Agencija Evropske unije za temeljne pravice, 2014, Nasilje nad ženskami: vseevropska raziskava, dostopno na: https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra-2014-vaw-survey-at-a-glance-oct14_sl.pdf (13. 9. 2021).

Tabela 7: Oblike družinskega nasilja

Oblike družinskega nasilja	F	F(%)	Kumulativni %
Fizično	21	33,33	33,33
Psihično	19	30,16	63,49
Ekonomsko	10	15,87	79,36
Zanemarjanje	3	4,76	84,13
Drugo	10	15,87	100
Skupaj	63	100	

Z analizo pridobljenih podatkov je avtorica poskušala potrditi oz. ovreči obstoj korelacije med doživeto izkušnjo nasilja v družini in poznejšim agresivnim, nasilnim ravnanjem žrtve takšnega nasilja. Anketni vprašalnik je namreč vseboval tudi vprašanja o morebitnem nasilnem vedenju anketirancev nad tretjimi osebami. V analizi, ki je zajemala podatke o nasilnem vedenju mladostnikov nad drugimi, so bili najprej zajeti vsi anketiranci, torej tudi tisti, ki nasilja v primarni družini niso izkusili. Rezultati so pokazali, da je 36,5 odstotkov (izmed 137-ih anketirancev je torej 50 anketirancev) že izvajalo nasilje nad drugimi osebami (Tabela 8).

V nadaljevanju so prikazani podatki (Tabela 9), ki se nanašajo na nasilne anketirance, ki pa so hkrati bili tudi žrtve družinskega nasilja. Podatki kažejo, da je izmed 34-ih anketirancev, ki so nasilje v primarnem okolju že izkusili, bilo kar 79,41 odstotkov takšnih, ki so tudi sami bili nasilni do drugih. Pri preostalih sedmih pa nasilno ravnanje ni bilo izraženo (Tabela 9). Iz analize podatkov je torej mogoče zaznati velik vpliv družine (kot pomembnega dejavnika tveganja) oz. družinskega nasilja na (nasilno, prestopniško) vedenje žrtev nasilja.

Tabela 8: Nasilje anketirancev do drugih

Nasilje anketirancev nad drugimi	F	F(%)	Kumulativni %
Da	50	36,50	36,50
Ne	87	63,50	100
Skupaj	137	100	

Tabela 9: Nasilne žrtve družinskega nasilja

Žrtve družinskega nasilja kot nasilneži	F	F (%)	Kumulativni %
Da	27	79,41	79,41
Ne	7	20,59	100
Skupaj	34	100	

Na prestopniška/deviantna ravnanja mladoletnikov lahko poleg družine in njenih značilnosti vplivajo tudi drugi dejavniki, ki (so)vplivajo oz. spodbujajo takšna nesprejemljiva ravnanja mladostnikov, kar je prikazano v Tabeli 10.

Tabela 10: Vzroki nasilja, nasilnih žrtev družinskega nasilja

Vzroki nasilništva	F	F(%)	Kumulativni %
Alkohol	4	14,8	14,8
Mamila	3	11,11	11,11
Slabe družinske razmere-spori med starši, ekonomska stiska, nasilje v družini	20	74,00	74,00
Težko otroštvo	0	0	0
Drugo	0	0	0
Skupaj	27	100	

Namen pridobiti podatke, ki se nanašajo na deviantna ravnanja anketirancev (Tabela 11), je bil zlasti ugotoviti neposreden vpliv družinskega nasilja na prestopniška ravnanja mladostnikov in vrsto izvedenih deviantnih ravnanj. Rezultati raziskave so pokazali, da je v kakršni koli obliki doživeto nasilje v družini pomembno povezano z deviantnim vedenjem žrtev nasilja. Izmed 34-ih anketirancev, žrtev družinskega nasilja, je bilo 23 (67,64 odstotkov) anketirancev, ki so bili hkrati tudi storilci kaznivih dejanj (Tabela 11).

Tabela 11: Deviantna ravnanja

Žrtve nasilja-vršilci kaznivih dejanj	F	F(%)	Kumulativni %
Prestopniško ravnanje žrtve nasilja DA	23	67,64	67,64
Prestopniško ravnanje žrtve nasilja NE	11	32,36	100
Skupaj	34	100	

Podatki v nadaljevanju prikazujejo vrste kaznivih dejanj, ki so jih anketiranci (žrtve družinskega nasilja) izvrševali. Najpogosteje izvršeno kaznivo dejanje je bilo poškodovanje tuje stvari (21,87 odstotkov anketirancev), sledila so kazniva dejanja z elementi nasilja (18,75 odstotkov) ter kazniva dejanja povzročitve lahke telesne poškodbe (15,62 odstotkov). Ugotovitve glede vrste prevladujočih kaznivih dejanj v veliki meri sovpadajo s statističnimi podatki Policije v enakem obdobju (Tabela 14), pri čemer v podatkih iz policijskih evidenc izstopajo premoženjska kazniva dejanja (zlasti tatvine).⁷²

⁷² Letna poročila o delu policije, dostopno na: <https://www.policija.si/o-slovenski-policiji/statistika> (12. 9. 2021).

Podatki raziskave kažejo, da je kljub relativno visokemu številu storilcev kaznivih dejanj (žrtev družinskega nasilja) oz. prestopnikov vrsta, teža in obseg izvršenih kaznivih dejanj še sprejemljiva. Ne glede na to pa veljavna sistemska ureditev terja, da mladoletnik prevzame odgovornost za svoje nezrela in neodgovorna (kazniva) ravnanja. Teža prestopniškega ravnanja in starost mladostnika sta običajno odločilna elementa za presojo primernosti ukrepa zoper mladoletnega storilca.

Podatki analize kažejo, da so bili nekateri anketiranci, ki so prestopniško (nepriklagojeno) ravnali tudi ustrezno obravnavani s strani pravosodnih organov in policije. V zvezi s tem je bilo ugotovljeno, da je 47,82 odstotkov deviantnih anketirancev bilo obravnavanih s strani državnih organov, do izvedbe formalnega kazenskega postopka in izreka ustreznih sankcij (oz. vzgojnih ukrepov) pa ni prišlo.

Tabela 12: Vrste prestopniških (kaznivih) dejanj

Vrste kaznivih dejanj	F	F(%)	Kumulativni %
Tatvina, rop	3	9,37	9,37
Grožnje	0	0	
Pobeg od doma-prek.	1	3,12	31,24
Nasilje doma	1	3,12	34,36
Nasilje do drugih (splošno)	6	18,75	53,12
Vlom	0	0	
Povzročitev lahke telesne poškodbe	5	15,62	68,73
Povzročitev hude telesne poškodbe	0	0	
Poškodovanje tuje stvari	7	21,87	90,63
Drugo	3	9,37	90,60
Skupaj	32	100	

Tabela 13: Obravnava mladoletnih prestopnikov

Obravnava storilca kd pred organi pregona/sodna intervencija	F	F(%)	Kumulativni %
Da	11	47,82	47,82
Ne	12	52,18	100
Skupaj	23	100	

Tabela 14: Število kaznivih dejanj mladoletniške kriminalitete v Republiki Sloveniji

Vrsta kazni	Število kaznivih dejanj					Delež preiskanih kaznivih dejanj [v %]				
	2016	2017	2018	2019	2020	2016	2017	2018	2019	2020
Tatvina	489	455	451	427	373	100	99,8	100	99,8	99,5
Velika tatvina	169	160	202	165	136	100	100	100	99,8	99,5
Nasilništvo	38	40	54	67	80	100	100	100	100	100
Poškodovanje tuje stvari	83	128	59	85	75	96,4	99,2	98,3	100	100
Droge	65	119	100	103	73	100	100	99	100	100
Zatajitev	17	26	43	61	61	100	100	97,7	100	98,4
Lahka telesna poškodba	65	70	84	83	61	100	100	100	100	100
Grožnja	28	38	44	39	43	100	100	100	97,4	100
Goljufija	27	33	36	36	32	96,3	100	100	100	100
Rop	19	18	29	33	25	100	94,4	100	100	100
Druga kazen	316	270	227	313	235	99,7	100	100	99,7	99,1
Skupaj	1.316	1.357	1.329	1.412	1.194	99,6	99,6	99,8	99,6	99,6

7 Razprava/ugotovitve

Ob celostnem pregledu rezultatov raziskave avtorica ugotavlja, da je med mladoletniki/mladostniki prisotna sorazmerno visoka stopnja nasilja v družini (največ nasilja se pojavlja v urejenih družinah, kjer sta starša sklenila zakonsko zvezo), pri čemer najpogosteje v vlogi nasilneža nastopa oče. Najpogostejša oblika družinskega nasilja je fizično nasilje, sledijo mu psihično in ekonomsko nasilje ter zanemarjane (redkeje). S pridobljenimi podatki o nasilju v družini je bilo sicer mogoče v veliki meri potrditi vpliv družinskega nasilja na deviantna/prestopniška ravnanja žrtev nasilja, vendar podatki raziskave kažejo, da na slednje (so)vplivajo tudi drugi dejavniki (alkohol, družba...). Podatki študije prikazujejo, da so žrtve družinskega nasilja najpogosteje izvrševali kaznivo dejanje poškodovanje tuje stvari, sledila so kazniva dejanja z elementi nasilja ter kazniva dejanja povzročitve lahke telesne poškodbe, za katera pa storilec ni bila izrečena nobena sankcija.

8 Zaključek

Družinsko nasilje je vsekakor obsežen in pereč problem današnje družbe, ki je močno povezan z deviantnimi/prestopniškim ravnanjem žrtev družinskega nasilja. Pri nasilnem vedenjem gre predvsem za zlorabo moči, potrebe po prevladi in nadzorovanju nasilneža nad posameznimi družinskimi člani ali celotno družino. Posledice, ki jih nasilje pušča žrtvam in posledično tudi širši okolici, so nevarne,

zaradi česar ga moramo obravnavati kot skupni družbeni problem. Nasilni vzorec, pridobljen v primarni družini, žrtev pogosto prenese na svoje potomce, tako da se z izkušnjo nasilja običajno srečuje tudi več generacij. Glavna naloga in skrb posameznika, družbe in tudi države je predvsem prizadevanje za omejitve in preprečitev tega problema in odpravo njegovih posledic. Mladoletniki, ki zaradi izkušnje družinskega nasilja konvergirajo v prestopnike, so zaradi neprilagojenega vedenja v družbi etiketirani in zato potrebni posebne obravnave. Na prestopniško vedenje mladoletnika lahko poleg družine vpliva tudi veliko število drugih dejavnikov, med katerimi so povezave različne. Poznavanje dejavnikov tveganja, zlasti proučevanje družinske dinamike (nasilja in razmer v družini), prispeva k boljšemu razumevanju prestopniškega/deviantnega vedenje mladoletnikov ter pripomore k aktivnemu delovanju v smeri zmanjševanja vseh oblik mladoletniškega prestopništva.

Literatura

- Agencija Evropske unije za temeljne pravice, Nasilje nad ženskami: vseevropska raziskava- rezultati na kratko, Urad za publikacije Evropske unije, Luksemburg 2014, dostopno na: https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra-2014-vaw-survey-at-a-glance-oct14_sl.pdf (13. 9. 2021).
- Bair-Merritt Megan, Blackstone Mercedes, Feudtner Chris, Physical Health Outcomes of Childhood Exposure to Intimate Partner Violence, *Pediatrics*, Let. 117 (2006), št. 2, str. 278–290.
- Bašič Katja, Mladoletniška kriminaliteta, Ptički brez gnezda: glasilo Društva specialnih in rehabilitacijskih pedagogov Slovenije, Let. 17 (1992), str. 58–66.
- Bleck David S., Ssussman Steve, Unger Jennifer B., A Further Look at the Intergenerational Transmissison of Violence, *Journal of Interpersonal Violence in Emerging Adulthood*, Let. 25 (2010), str. 1022–1042.
- Breclj Anderluh Marija, Zupancič Agata, Strokovne smernice za obravnavo nasilja v družini pri izvajanju zdravstvene dejavnosti, Ministrstvo za zdravje Republike Slovenije, Ljubljana 2015.
- Bučar Ručman Aleš, Nasilje in mladi, KMKC NM, Let. 1 (2004), str. 143.
- Carlini Luigi, Benucci Giorgio, Massesetti Claudia, Rossi Riccardo, Conforti Federica, Bacci Mauro, Violenza intrafamiliare: un indagine casistica sulle sentenze del tribunale di terni dal 1985 al 2015, *Rassegna Italiana di Criminologia*, Let. 3 (2009), št. 9-10, str. 451–472.
- Dadds Mark R., Powell Martine B., The Relationship of Interparental Conflict and Global Marital Adjustment to Agression, Anxiety, Non-clinic Children, *Journal of abnormal Child Psychology*, Let. 19 (1991), št. 5, str. 553–567.
- Dekleva Bojan, Mladinsko prestopništvo v Sloveniji v mednarodni primerjavi, *Socialna pedagogika*, Let. 14 (2010), št. 4, str. 383–404.
- Dekleva Bojan, Nasilje v stripih štirih generacij, *Socialna pedagogika*, Let. 6 (2002), št. 4, str. 161.
- Dekleva Bojan, Razpotnik Špela, Medvrstniško nasilje v šoli: socialnopedagoški pogled, *Socialna pedagogika*, Let. 19 (2015), št. 3-4, str. 218–230.
- Dekleva Bojan, Razpotnik Špela, Slovenia, v: *Juvenile Delinquency in Europe and Beyond*, J. Junger-Tas, I. H. Marshall, D. Enzmann, M. Killias (ur.), Springer, Dordrecht 2010.
- Dekleva Bojan, Šola mladina in nasilje, v: *Prestopniško in odklonsko vedenje mladih – vzroki, pojavi, odzivanje*, A. Šelih (ur.), Bonex založba, Ljubljana 2000.

- Duttan Donald, *The Domestic Assault of Women: Psychological and Criminal Justice, Perspectives*, University of British Columbia, Vancouver 1995.
- Edleson Jeffrey L., *Emerging Responses to Children Exposed to Domestic*, *Clinical Child and Family Psychology*, 2006, dostopno na:
[https://scholar.google.si/scholar?q=E+Edleson,+J.+\(2006\).+Emerging+responses+to+children+exposed+to+domestic+violence.&hl=sl&as_sdt=0&as_vis=1&oi=scholart](https://scholar.google.si/scholar?q=E+Edleson,+J.+(2006).+Emerging+responses+to+children+exposed+to+domestic+violence.&hl=sl&as_sdt=0&as_vis=1&oi=scholart) (12. 9. 2021).
- Emler Nicholas, Reicher Stephen, *Adolescence and Delinquency: The Collective Management of Reputation*, *Contemporary Sociology*, Let. 82 (1995), št. 26, str. 265–267.
- Filipčič Katja, *Mladoletniško prestopništvo*, v: *Kriminologija*, A. Šelih, K. Filipčič (ur.), IUS Software, GV Založba, Ljubljana 2015.
- Filipčič, Katja, *Nasilje v družini*, Bonex založba, Ljubljana 2002.
- Finkelhor David, Ormrod Richard, Turner Heather, Hamby Sherry, *The Victimization of Children and Youth: A Comprehensive, National Survey*, *Child Maltreatment*, Let. 10 (2005), št. 1, str. 5–25.
- Finkelhor David, Ormrod Richard, Turner Heather, Hamby Sherry, *Violence, Abuse, and Crime Exposure in National Sample of Children and Youth*, *Pediatrics review*, Let. 124 (2009), št. 5, str. 1411–1423.
- Gelles Richard, Cavanaugh Colleen, *Violence, Abuse, and Neglect in Families and Intimate Relationships*, v: *Families and Change: Coping with Stressful Events and Transitions*, P.C. McKenry, S. J. Price (ur.) Thousand Oaks, CA: Sage, Utah 2016. *Globočnik Melita*, *Nasilniško obnašanje mladih*, *Revija za kriminalistiko in kriminologijo*, Let. 48 (1997), št. 1, str. 38–50.
- Goodman Gails, Quas Jodi, Ogle Christin, *Child Maltreatment and Memory*, *Annual Review of Psychology*, Let. 61 (2010), str. 719–743.
- Greenhoot Follmer Andrea, McCloskey Laura, Glisky Elizabeth, *A Longitudinal Study of Adolescent's Recollections*, *Applied Cognitive Psychology*, Let. 19 (2005), št. 6, str. 1–25.
- Gregorič, Nataša, *Vpliv družinskega nasilja na deviantna ravnanja mladostnikov*, diplomsko delo, Pravna fakulteta, Univerze v Mariboru, Maribor 2016.
- Gualco Barbara, Rensi Regina, Fossa Giovanna, *Violenza assistita e comportamenti devianti dei giovani in Italia - risultati dell'International Self-report Delinquency Study-3*, *Rasegna Italiana di Criminologia*, Let. 12 (2017), št. 3, 104–114.
- Haster Marianne, *Who Does What to Whom? Gender and Domestic Violence Perpetrators*, *Journal of Criminology*, Let. 10 (2013), str. 623–635.
- Holt Stephanie, Buckley Helen, Whelan Sadhbh, *The Impact of Exposure to Domestic Violence on Children and Young People*, *Child Abuse & Neglect*, Let. 32 (2008), št. 8, str. 797–810.
- Israel Emily, Stover Carla, *Intimate Partner Violence: The Role of the Relationship Between Perpetrators and Children Who Witness Violence*, *Journal of Interpersonal Violence*, Let. 24 (2009), št. 10, str. 1755–1763.
- Jaffe Peter G., Wolfe David, Wilson Kaye S., *Children of Battered Women: The Relation of Child Behavior to Family Violence and Maternal Stress*, Let. 53 (1985), št. 5, str. 95–129.
- Kanduč Zoran, *Deviantno, konformno in (ne)normalno v kontekstu krizne post modernosti - kriminološka analiza*, *Revija za kriminalistiko in kriminologijo*, Let. 61 (2010), št. 4, str. 365–378.
- Kanduč Zoran, *Vzroki, razlogi in okoliščine družinskega nasilja: viktimološki pogledi*, *Revija za kriminalistiko in kriminologijo*, Let. 52 (2001), št. 2 str. 109–118
- Kashani Javad H., Allan Wesley D., *The Impact of Family Violence on Children and Adolescents*, Thousand Oaks CA: Sage Publications Inc, London 1998.
- Kastelic Andrej, Mikulan Marija, *Mladostnik in droga: Priročnik za starše in učitelje*, Domus, Ljubljana 1999.
- Kaufman Joan, Zigler Edward, *Do Abused Children Become Abusive Parents*, *American Journal of Orthopsychiatry*, Let. 57 (1987), št. 2, str. 92–186.
- Kitzmann Katherine, Gaylord Noni K., Holt Aimee R., Kenny Erin, *Child Witnesses to Domestic Violence: A Meta-Analytic Review*, *Journal of Consulting and Clinical Psychology*, Let. 71 (2003), št. 2, str. 339–352.

- Kos-Mikuš Anica, Varovalni dejavniki psihosocialnega razvoja – uporabnost za preprečevanje mladoletniškega prestopništva, *Revija za kriminologijo, Let. 43 (1992), št. 1, str. 25–32.*
- Lavš Katarina, Uživanje drog kot odsev mladostniškega iskanja identitete in notranje harmonije, *Obzornik zdravstvene nege, Let. 28 (1994), št. 3-4, str. 93–96.*
- McGee Caroline, Children's Experience of Domestic Violence, *Child and Family Social Work, Let. 2 (2000), št. 1, str. 13–23.*
- Meško, Gorazd, Družinske vezi na zatožni klopi?, *Educy založba, Ljubljana 1997.*
- Meško Gorazd, Bertok Eva, Mladoletniška kriminaliteta in mladoletniško nasilje: Ugotovitve evropske študije o prestopništvu in preventivnih dejavnostih – priročnik za prakso, *Fakulteta za varnostne vede, Ljubljana 2013.*
- Meško Gorazd, Bertok Eva, Mladoletniško prestopništvo: nacionalno poročilo projekta YouPrev, *Fakulteta za varnostne vede, Ljubljana 2013.*
- Ministrstvo za notranje zadeve, Republika Slovenija, Letno poročilo o delu policije, dostopno na: <https://www.policija.si/o-slovenski-policiji/statistika> (12. 9. 2021).
- O'Keefe Molly, The Differential Effect of Family Violence on Adolescent Adjustment, *Child and Adolescent, Social Work Journal, Let. 13 (1996), št. 1, str. 51–68.*
- Pušnik, Mojca, Vrstniško nasilje v šoli, *Zavod RS za šolstvo, Ljubljana 1999.*
- Selič Polona, Pesjak Katja, Kopčevar Guček Nena, Kersnik Janko, Dejavniki, ki povečujejo možnost nasilja v družini in iskanje pomoči pri zdravniku družinske medicine, pilotna študija o nasilju v družini, *Zdravniški vestnik, Let. 77 (2008), št. 8, str. 505–510.*
- Setto Michael, Babchishin Kelly M., Pullman E. Lesleigh, Mc Phai Ian, The Puzzle of Intrafamilial Child Sexual Abuse: A Meta Analysis Comparing Intrafamilial and Exrafamilial Offenders With Child Victims, *Clinical Psychology review, Let. 39 (2015), št. 42, str. 42–57.*
- Spatz Widom Cathy, Luntz Frank, Antisocial Personality Disorder in Abused and Neglected Children Grown Up, *Am J Psychiatry, Let. 151 (1994), št. 5, str. 1223–1229.*
- Straus Murray A., Gelles Richard J., Steinmetz Suzanne K., *Behind Closed Doors: Violence in the American Family, Routledge, New York 2006.*
- Tivadar Bojan, Rožman Mirjana, Mladost kot problem: dejavniki prestopniškega vedenja, v: *Socialna ranljivost mladih, M. Ule (ur.), Ministrstvo za šolstvo in šport, Ljubljana 2000.*
- Tomori Martina, Psihosocialni dejavniki pri mladoletniškem prestopništvu, v: *Prestopniško in odklonsko vedenje mladih – vzroki, pojavi, odzivanje, A. Šelih (ur.), Bonex Založba, Ljubljana 2000.*
- Widom C. S., Posttraumatic Stress Disorder in Abused and Neglected Children Grown Up, *The American journal of psychiatry, Let. 156 (1999), št. 8, str. 1223-29.*

SUMMARY

Domestic violence and deviant or delinquent behaviours of victims of domestic violence are extensive, interconnected, social phenomena that are the subject of numerous studies and research. Domestic violence can have lasting consequences for victim, sometimes even such an unpleasant experience can mark the victim's personality and affect their deviant acceptance of the environment, in a way that they become offenders. Some studies to date confirm the link between the violence to which the victim (child, adolescent) was exposed and the subsequent, criminal conduct of the victim of this violence, while other studies strongly deny the link. With the research, the author wanted to confirm or reject the connection between the two phenomena, but in any case, the motivating factor for the research was the prevailing evidence that there is a connection between the social problems of domestic violence (child abuse) and juvenile delinquency. The relationship may or may not be causal, but literature indicates that many of the same families and juveniles who have been involved in domestic violence become involved in juvenile delinquency.

The author deals with the issue of the impact of domestic violence on subsequent delinquent behaviour of adolescents, victims of violence. She is trying to get answers by conducting a survey in research which he included 137 children and adolescents in primary and secondary schools. Despite the large number of distributed questionnaires, most parents, due to the sensitivity of the topic, did not decide

give consent for the implementation of the questionnaire, which makes the population sample relatively small. Survey results indicated that male parents were cited as abusers more frequently than female parents. The most common form of violence was physical violence. Nearly 25 percent of juvenile offenders reported having already experienced domestic violence. The most common crimes committed by juveniles were damage to foreign objects, theft, robbery, and violence against others.

Despite the small population sample, the results show that the connection between the two phenomena certainly exists, and certainly the criminal behaviour of adolescents is also influenced by other factors (risk factors).

Risk factors or causes of juvenile delinquent behaviour increase the likelihood of developing such behaviour. Some theories generalize the importance of a single factor, but the majority is of the opinion that juvenile delinquency is influenced by several interrelated factors arising from the wider or narrower social or juvenile environment, the general social and economic situation, and the juvenile's personal characteristics. Their interaction must be considered. As part of the research, the author points out the family or the family environment and the conditions in it as a fundamental risk factor. The latter has a significant impact on the development of the child's perception of what is right and what is not as well as on his personality development. Poor family conditions can negatively affect a child's development and further behaviour. Due to the scale of the problem and, above all, the consequences that domestic violence has on the victims and consequently on the victims of this violence, society must treat it as a complex social phenomenon.

The main task and concern of the individual, society and the state are primarily the effort to limit and prevent both, domestic violence, and deviant behaviours of victims of such violence. Victims of domestic violence express their difficult experiences through crime or criminal behaviour that threatens the wider community, and indirectly draw attention to the problem of the consequences of domestic violence. These individuals need special support, professional help, treatment, and mutual cooperation, which can only be provided by a normatively regulated society system.

PRAVICA DO PLACENTE – ODPRTA PRAVNA VPRAŠANJA

SUZANA KRALJIĆ

Univerza v Mariboru, Pravna fakulteta, Maribor, Slovenija
suzana.kraljic@um.si

Placenta predstavlja v času nosečnosti ključen organ za razvoj fetusa. Placenta je imela oz. še vedno ima v določeni kulturah velik, predvsem spiritualni pomen. Da pa lahko porodnica sledi izpolnitvi morebitnega duhovnega namena, je potrebna izročitev placente, ki pa odpira mnoga pravna in etična vprašanja. Države so k reševanju teh vprašanj pristopile različno. Nekatere uvrščajo placento striktno med patološke odpadke, medtem ko druge omogočajo, da se placenta na zahtevo izroči porodnici. Avtorica v članku podaja prikaz ritualov, povezanih s placento, placentofagije ter pravni položaj placente po ločitvi od matere v slovenski in izbranih tujih ureditvah. V iskanju odgovora na odprta pravna vprašanja in etične dileme podaja primerjalnopravne rešitve v izbranih pravnih ureditvah.

DOI
[https://doi.org/
10.18690/um.pf.1.2024.13](https://doi.org/10.18690/um.pf.1.2024.13)

ISBN
978-961-286-817-8

Ključne besede:
placentarni rituali,
placentofagija,
lastninska pravica,
osebne pravice,
patološki odpad



Univerzitetna založba
Univerze v Mariboru

DOI

[https://doi.org/
10.18690/um.pf.1.2024.13](https://doi.org/10.18690/um.pf.1.2024.13)

ISBN

978-961-286-817-8

Keywords:

placental rituals,
placentophagy,
property right,
personality rights,
pathological waste

THE RIGHT TO PLACENTA – OPEN LEGAL QUESTIONS

SUZANA KRALJIĆ

University of Maribor, Faculty of Law, Maribor, Slovenia
suzana.kraljic@um.si

During pregnancy, the placenta is a crucial organ for the developing fetus. In certain cultures, the placenta still has a significant spiritual meaning. However, for the woman giving birth to follow the fulfillment of any spiritual purpose, the placenta must be handed over, which raises many legal and ethical issues. Countries have approached these issues differently. Some classify the placenta strictly as pathological waste, while others allow the placenta to be handed over to the woman giving birth on request. In this article, the author provides an overview of placenta-related rituals, placentophagy, and the legal status of the placenta after separation from the mother in Slovenian and selected foreign jurisdictions. The author provides comparative legal solutions in selected legal systems to answer open legal questions and ethical dilemmas.



1 Uvod

Rojstvo predstavlja enega izmed najpomembnejših mejnikov v življenju vsakega človeka. Gledano z medicinskega vidika, predstavlja rojstvo samo predvsem biološki proces, saj se dojenček v času nosečnosti razvija v ženskem telesu. Pravno gledano pa otrok z rojstvom postane nosilec pravic in obveznosti. Pogoj za pridobitev pravne sposobnosti je, da se je otrok rodil živ.¹ Rojstvo otroka prinese tudi spremembe v položaju drugih oseb. Tako s prihodom novega otroka v novo družbeno vlogo vstopijo tudi mati, oče, bratje, sestre, stari starši, strici, tete itd.

Z rojstvom so povezani mnogi rituali. Posamezni avtorji poudarjajo, da je na Zahodu v sekularnem kontekstu podana visoka stopnja ritualizacije nosečnosti in poroda (npr. glede izbire imena, shranjevanje slike ultrazvoka, nakupa daril).² Med sodobnočasne rituale pa si je v zadnjih letih utrla pot tudi placentofagija. Če je bila placentofagija ali uživanje posteljice oz. placentе³ še pred kratkim neznanka, danes temu ni več tako. Vse več je žensk, ki izrazijo željo, da bi po porodu konzumirale placento. Ne gre prezreti, da ima placenta v posameznih kulturah že dolgo posebno vlogo, ki se jo mnogokrat povezuje predvsem z duhovnimi (manj verskimi) prepričanji, a tudi z medicinskimi. Tako so se tudi že v slovenskih porodnišnicah pojavile porodnice, ki so izrazile željo, da se jim po porodu izroči placenta.

Prvi v literaturi naveden sodobni primer placentofagije izhaja iz Združenih držav Amerike (ZDA), in sicer iz leta 1979.⁴ Po mnenju *Marraccini* in *Gorman* pa se je placentofagija še posebej razširila med belimi ženskami srednjega razreda v zahodnih družbah.⁵ K popularizaciji placentofagije so prav gotovo prispevale zvezdnice (npr. Kim in Kourtney Kardashian ter Alicia Silverstone), ki so to posredovale medijem in s tem omogočile odkritje nove tržne niše, ki se hitro (še posebej v ZDA) širi. Posledično se je povečalo tudi raziskovanje razlogov za oz. proti uživanju placentе.⁶ Vendar ne gre prezreti, da uživanje placentе oz. tako proklamirana materina pravica

¹ Drugi odstavek 17. člena Pravilnika o pogojih in načinu opravljanja mrtliško pregledne službe (Uradni list RS, št. 96/93; 15/08) določa, kdaj se otrok šteje za živorojenega: »Za živorojenega otroka se šteje in se mora prijaviti smrt – ne glede na porodno težo in dolžino, na čas trajanja nosečnosti ter na čas trajanja življenja – vsak plod, ki pri izločitvi iz materinega telesa diha ali kaže druge znake življenja (npr. bitje srca, utripanje popkavnice ali vidno gibanje progastih mišic), in sicer ne glede na to ali je bila popkavnica prekinjena ali posteljica še pritrjena.«

² J. Wojtkowiak, *Ritualizing Pregnancy and Childbirth in Secular Societies: Exploring Embodied Spirituality at the Start of Life*, 2020, str. 458.

³ V nadaljnjem besedilu je uporabljen izraz placenta.

⁴ C. B. Bosco, E. G. Diaz, *Placentophagy: A Controversial Trend*, 2018, str. 1842.

⁵ M. E. Marraccini, K. S. Gorman, *Exploring Placentophagy in Humans: Problems and Recommendations*, 2015, str. 372.

⁶ Več o teh raziskavah gl. npr. C. Stanley, A. Baillargeon, A. Selk, *Understanding Placentophagy*, 2018, str. 37–49.

do placente odpira tudi mnoga pravna vprašanja. Namen članka ni razglablјati o morebitnih dobrih in slabih straneh placentofagije, temveč raziskati izbrana pravna vprašanja. Temeljni raziskovalni vprašanjji prispevka sta, ali placenta predstavlja stvar ter ali obstaja materina lastninska pravica do placente ali ne. Źelja mater, da se jim po porodu izroči placenta, namreč presega gole potencialne zdravstvene koristi za mater (npr. lažje obvladovanje poporodne depresije oz. spodbujanje nastajanja materinskega mleka). Placenta ima lahko v določenih družbah tudi pomembno kulturno vrednost. Zaradi priznavanja te vrednosti je bila podelitev lastninske pravice na placenti v določenih družbah edini logični (pravni) korak. V prispevku so analizirane izbrane primerjalnopravne ureditve, kakor tudi pristop slovenske pravne ureditve k vprašanju, ali obstaja materina lastninska pravica do placente. V primerjalnopravni prikaz so vključene izbrane pravne ureditve, kjer so že bile sprejeta zakonodajna izhodišča glede raziskovalnih vprašanj, in ki lahko služijo kot primer dobre prakse tudi v slovenski ureditvi.

Uvodu sledijo tri vsebinska ključna poglavja. Najprej avtorica prikaže placentarne rituale, ki so značilni predvsem za določene tradicionalnih in staroselskih kulture. Sledi poglavje, v katerem avtorica polemizira o povezanosti placentofagije s kanibalizmom. V četrtem poglavju po so opredeljena splošna pravna izhodišča. V podpoglavjih so nato analizirana pravna regulativa glede placente kot biološkega odpadka ter izbrani stvarnopravni vidiki povezani s placento (npr. ali obstaja lastninska pravica na placenti). V podpoglavju je nato podane še primerjalnopravne ureditve izbranih držav, ki so v svojih nacionalnih predpisih že pristopile k ureditvi pravnega položaja placente po porodu. V zaključku nato avtorica podaja ključne ugotovitve.

2 Placentarni rituali

Placenta je začasen organ, ki povezuje mati in plod (fetus) (ga obdaja) ter prenaša kisik in hranilne snovi od matere do fetusa in dovoljuje sprostitvev ogljikovega dioksida in odpadkov iz plodu. Placenta je človeško tkivo, bogato s krvnimi žilami, ki se izloči iz materinega telesa po porodu ploda. Izločitev placente tvori poporodno fazo. Po rojstvu otroka porod še ni zaključen, saj ji sledi tretja porodna doba, v kateri

se porodi placenta. Običajno se placenta porodi v petnajstih do tridesetih minutah po porodu otroka, včasih pa lahko traja tudi dalj časa.⁷

Placenta in z njo povezani placentarni rituali (ang. placental rituals) imajo poseben pomen v mnogih tradicionalnih in staroselskih kulturah. Tako je na Havajih povezana z otrokovim bodočim zdravjem, za zagotovitev katerega je treba po porodu izvesti poseben skrbni in tradicionalni pokop placente. S pokopom placente v zemljo se namreč, po njihovem verovanju, otrok poveže z njegovo domovino in predniki.⁸

Afriško Ibo pleme, ki živi v Nigeriji in Gani, obravnava placento kot mrtvega dvojčka živega otroka in je deležna popolnega pogrebnege obreda.⁹ V mnogih afriških kulturah je znan tudi tako imenovani »*zan bokun*«, s katerim se označuje kraj, kjer je pokopana placenta. Pokopljejo jo pod drevo.¹⁰

Kenijsko Kikuyu pleme položi placento kot simbol plodnosti na neobdelano polje in jo prekrije z žitom ter travo. Pleme Kikuyu verjame, da placenta in popkovina simbolizirata navezanost otroka na mater in njegove korenine v tradicionalni družbi. Na ta način se otroka poveže z njegovo domovino in predniki.¹¹ Nekatera afriška plemena pa placento spravijo v odeje in jo pokopljejo pod drevesom, saj drevo simbolizira življenje.¹²

Uživanje placente je zapisano tudi v knjigi tradicionalne kitajske medicine (Compendium of Materia Medica¹³) iz 16. stoletja. V knjigi je opisana praksa dolgoletnega poporodnega (postpartum) uživanja placente ter njeni zdravilni učinki. V knjigi je *Li-Shi-Zhen* uporabil kitajski izraz »*Zi He Che*«, ki opredeljuje posušeno

⁷ Government of South Australia, Department for Health and Ageing, 2016, Clinical Directive: Compliance is Mandatory – Management of the Release of a Placenta for Private Use Clinical Directive, str. 5.

⁸ D. Knapp van Bogaert, G. A. Ogunbanjo, Post-Birth Rituals: Ethics and the Law, 2008, str. 45.

⁹ M. E. Black, Placenta Tales, 2008, str. 1508.

¹⁰ M. Bentham, Placenta Traditions, 2016, dostopno na: <https://homebirth.org.nz/magazine/article/placenta-traditions/> (17. 2. 2019).

¹¹ D. Knapp van Bogaert, G. A. Ogunbanjo, Post-Birth Rituals: Ethics and the Law, 2008, str. 45.

¹² M. Bentham, Placenta Traditions, 2016.

¹³ »Compendium of Materia Medica« ali »Ben Cao Gang mu« (本草綱目) predstavlja zbornik herbologije, ki jo je spisal *Li Shi-Zhen* (1518-1593) v času Ming Dinastije (1368-1644). Delo je nastajalo sedemindvajset let. Prvotna verzija je bila zaključena natisnjena v Nanjingu leta 1578. Gre za zbirko kitajske medicine, ki je bila znana v tistem času. Našteva 1892 rastlin, živali in mineralov, za katere se je verjelo, da imajo zdravilne lastnosti. Zbornik predstavlja napoved začetka sodobnih farmakoloških študij (S. M. Young, D. C. Benysek, In Search of Human Placentophagy: A Cross-Cultural Survey of Human Placenta Consumption, Disposal, and Cultural Beliefs, 2010, str. 468; UNESCO, 2015, Memory of the World Register- Ben Cao Gang Mu).

človeško placento, ki se je v preteklosti uporabljala za zdravljenje različnih bolezni (npr. impotence pri težavah z jetri in ledvicami, neplodnost in nizko energijo), a pri ljudeh, ki niso bili v poporodnem obdobju. Nikakor pa ni jasnih dokazov, da so matere po porodu svojega otroka zaužile lastno placento. Košček placente pa so ponekod tudi shranili kot talisman.¹⁴

Novozelandski staroselci Maori placento imenujejo *turangawaiwai* ali *whenua*, kar pomeni tudi kraj ali zemljo. Po njihovem verovanju namreč zemlja hrani ljudi na enak način, kot je posteljica v času nosečnosti hranila otroka. Maori po rojstvu otroka zato obredno posadijo drevo in tako vzpostavijo osebno, duhovno, simbolno in sveto povezavo med zemljo in otrokom.¹⁵

Med pripadniki ameriškega indijskega plemena Navajo se izvaja več načinov pokopa placente.¹⁶ Skupno vsem vrstam pa je, da se placenta po porodu odnese iz porodnišnice, če je pripadnica plemena Navajo opravila porod v porodnišnici. Otrokovo placento tako zakopljejo v svetih štirih vogalih rezervata plemena, s čimer se dojenček poveže z materjo zemljo in svojimi predniki.¹⁷ Najpogosteje pa placento zakopljejo v globoko luknjo v kupu pepela severno od družinskega »*hooghana*«, ki predstavlja tradicionalni dom Navajev. Zakop se lahko opravi tudi pod brinjevcem ali pinijo ali pa na drugem mestu, ki ima za družino poseben pomen.¹⁸

V kenijski kulturi Luo¹⁹ je treba placento deklince pokopati na levi strani materine hiše, placento dečka pa na desni strani. Znotraj kulture Luojev obstaja namreč kozmološki in simbolni sistem, kjer se leva stran povezuje s šibkostjo, minljivostjo in ranljivostjo, medtem ko desna stran predstavlja moč, trajnost in avtoriteto. Deklince torej veljajo za nestalne članice plemena, saj se bodo po poroki preselile iz

¹⁴ C. W. Coyle, K. E. Hulse, K. L. Wisner, K. E. Driscoll, T. C. Clark, *Placentophagy: Therapeutic Miracle or Myth?*, 2015, str. 673–680; S. M. Young, D. C. Benyshek, *In Search of Human Placentophagy: A Cross-Cultural Survey of Human Placenta Consumption, Disposal, and Cultural Beliefs*, 2010, str. 468.

¹⁵ D. Knapp van Bogaert, G. A. Ogunbanjo, *Post-Birth Rituals: Ethics and the Law*, 2008, str. 45.

¹⁶ Razen placente ima za pleme Navajo poseben pomen tudi popkovernica, ki vpliva na otrokovo prihodnost, njegov osebni položaj v plemenu ter odnos do njegove domovine. Popkovernica se naj da na kraj, za katerega starši in stari starši menijo, da bo najbolj koristen za otrokovo prihodnost. Če družina želi, da bi bil deček dober z živino, privežejo popkovino npr. Na konjski rep ali grivo. Če pa želijo, da bi se ukvarjal s kmetijstvom, pa popkovernico zakopljejo na družinskem polju. Če želijo, da bo deklina večča tkanja, zakopljejo njeno popkovernico v družinskem »*hooganu*«, kjer je krosna (statve) (M. T. Schwartz, *Unraveling the Anchoring Cord: Navajo Relocation, 1974 to 1996*, 1997, str. 48).

¹⁷ E. Burns, *More Than Clinical Waste? Placenta Rituals Among Australian Home-Birthing Women*, 2014, str. 45; D. Knapp van Bogaert, G. A. Ogunbanjo, *Post-Birth Rituals: Ethics and the Law*, 2008, str. 45; M. Cohen, *Law of Placenta*, 2020, str. 346.

¹⁸ M. T. Schwartz, *Unraveling the Anchoring Cord: Navajo Relocation, 1974 to 1996*, 1997, str. 48.

¹⁹ Placento v kulturi Luo imenujejo »*biero*«.

družine, fantje pa bodo ostali v svoji družini in s poroko nadaljevali kot patriarhalna avtoriteta družine.²⁰

V tajski kulturi placento pred pokopom posolijo ter jo nato pokopljejo pod drevesom, ki ustreza simbolom azijskega leta otrokovega rojstva.²¹

Ljudstvo Toraja predstavlja etnično skupino staroselcev, ki živi v Sulawesi (Indonezija). Po njihovem verovanju se placenta šteje za brata ali sestro fetusa. Po rojstvu s placento ravnaajo z velikim spoštovanjem in jo po možnosti eden od dedkov pokoplje v jugovzhodnem kotu doma prednikov, kar označuje mesto, kamor se vrača vsak Torajanec, četudi odide iz domačega kraja.²²

V Kambodži se po porodu placento zavije v bananine liste ter se jo položi za tri dni zraven novorojenčka.²³ Nato se placento pokoplje na posebnem mestu, ki je namenjeno zaščiti otroka, mesto pa se utrdi z bodičasto rastlino, ki prepreči zlobnim duhovom poseganje v otrokovo dobro.²⁴

V Maleziji placenta velja za drugega otrokovega sorojenca. V Mehiki placento obravnavajo kot otrokovega tovariša (špan. *el compañero*). Usoda placente vpliva tudi na usodo otroka, zato z njo ravnaajo skrbno. Posledično v obeh kulturah ustrezno častijo kraj njenega pokopa.²⁵

V Koreji se placento (korej. *tae*) po porodu umije in pokoplje. Ritual pokopa se imenuje »*taejang*«. Preden pa se opravi obred pokopa, se placenti dodeli ime, ki je odvisno od meseca njenega »rojstva«.²⁶

Kljub temu, da v Turčiji danes ženske rojevajo v zdravstvenih ustanovah, je še vedno podana prisotnost ritualov, povezanih s placento in popkovino. Od načina kam oz. kako bo popkovnica odstranjena po porodu, je namreč odvisna dojenčkova

²⁰ S. M. Nangendo, *Factors Affecting the Use of Modern Prenatal and Maternity Services in Got Agulu Sub-Location, Western Kenya*, 2006, str. 151.

²¹ D. Knapp van Bogaert, G. A. Ogunbanjo, *Post-Birth Rituals: Ethics and the Law*, 2008, str. 45.

²² T. Hoppenbrouwers, S. Sandarupa, A. Donzelli, *From the Womb to the Tree Child Rearing Practices and Beliefs Among the Toraja of Sulawesi*, 2017, str. 670.

²³ IPEN – Placenta Network, *Placenta History*, 2021.

²⁴ D. Knapp van Bogaert, G. A. Ogunbanjo, *Post-Birth Rituals: Ethics and the Law*, 2008, str. 45.

²⁵ B. Rogoff, C. P. Gonzalez, C. C. Quiacain, J. C. Quiacain, *Developing Destinies: A Mayan Midwife and Town*, 2011, str. 307; D. Knapp van Bogaert, G. A. Ogunbanjo, *Post-Birth Rituals: Ethics and the Law*, 2008, str. 45.

²⁶ D. Knapp van Bogaert, G. A. Ogunbanjo, *Post-Birth Rituals: Ethics and the Law*, 2008, str. 45.

prihodnost, zaposlitev in življenje. Če bo popkavnica pokopana na dvorišču mošeje, velja prepričanje, da bo otrok pobožna oseba. Če starši želijo, da bo otrok izobražen, bodo vrgli popkavnico na šolski vrt. Pri pokopu popkavnice v hlevu velja prepričanje, da bo otrok ljubitelj živali. Če starši vržejo popkavnico v vodo, pa bo otrok iskal svojo usodo drugje. Placento pa se opisuje kot otrokovega prijatelja ali tovariša. Obravnava se jo kot del otroka, zato jo po rojstvu zavijejo v čisti kos tkanine in zakopljejo na čistem kraju.²⁷

V Ukrajini tradicionalne babice iz placente razodevajo število nadaljnjih otrok, ki jih bo ženska rodila. V Transilvaniji mora par, ki ne želi imeti več otrok, sežgati otrokovo placento in jo zmešati s pepelom. Da bi mož postal neploden, mora to mešanico popiti.²⁸

V Srbiji se placente ne sme vreči na dvorišče, saj bi lahko prišla v roke drugim osebam, kar bi otroku prineslo nesrečo. V Dobrudži v Romuniji verjamejo, da če bi svinja pojedla placento, bi to privedlo do izgube mleka pri materi. V Poleziji verjamejo, da če bo placento pojedel pes, bo otrok umrl. Nasprotno pa je na Kosovu, kjer placento celo dajo psu, da jo poje, saj bo tako otrok zvit, ko bo odrasel.²⁹

V okrožju Sekhukhune v Mpumalangi v Južni Afriki približno 10 odstotkov žensk, ki rodijo v bolnišnicah, odnese placento in popkavnico domov. Izbrane dele placente in popkavnice pustijo, da se posušijo na soncu. Neuporabljene dele placente in popkavnice zakopljejo. Posušene dele placente in popkavnice nato uporabijo za izdelavo »muti«, katerega uporaba ima dva namena. Z njim se spodbuja plodnost neplodnih žensk ter zagotavlja prirojena ljubezen oz. povezanost med sorojenci.³⁰

Omeniti je tudi t. i. »lotusov porod«, pri katerem po porodu ne pride do prekinitve popkavnice, ki po porodu tako še vedno povezuje otroka z izločeno placento. Popkavnica se bo nato sama v nekaj dneh (predvidoma v treh do desetih) ločila od

²⁷ Turkish Cultural Foundation, 2021, Birth Traditions.

²⁸ D. Knapp van Bogaert, G. A. Ogunbanjo, Post-Birth Rituals: Ethics and the Law, 2008, str. 45–46.

²⁹ A. Pivovarova, The Forgotten Placenta: Symbolic Acts in Modern Home Birth Practice, 2014, str. 168–169.

³⁰ D. Knapp van Bogaert, G. A. Ogunbanjo, Post-Birth Rituals: Ethics and the Law, 2008, str. 46.

otroka. Lotusov porod naj bi prispeval k duhovni povezavi med otrokom in njegovo placento.³¹

3 Placentofagija ali kanibalizem?

Beseda placentofagija (angl. placentophagy) je sestavljena in dveh besed, in sicer grške besede *plakóenta* (lat. placenta), ki pomeni ravno torto (angl. flat cake) ter besede *phagos*, ki pomeni jesti.³²

V angleščini je zaslediti dve besedi, in sicer *placentophagy* in *placentophagia*. Mnogokrat se uporabljata kot sopomenki, a *Marraccini* in *Gorman* pojasnjujeta, da je med obema pojmomoma podana bistvena razlika. *Placentophagy* se namreč uporablja za človeško konzumacijo placente,³³ medtem ko se izraz *placentophagia* uporablja za konzumacijo placente pri živalih.³⁴

Placentofagija oz. po slovensko uživanje ali konzumacija placente je prisotna tudi v živalskem svetu, in sicer še posebej med sesalci. Živali naj bi z zaužitjem placente nevtralizirale vonj svojega novorojenega potomca ter ga tako zaščitile pred morebitnimi plenilci. Prav tako naj bi z zaužitjem placente samica nadomestila s porodom izgubljene nutriente, kar naj bi ji pomagalo pri okrepitvi.³⁵

Kljub temu, da se sodobna placentofagija povezuje primarno z materjo t. i. materinska placentofagija (angl. maternal placentophagy³⁶), poznamo tudi očetovsko (angl. paternal placentophagy) in otroško placentofagijo (angl. infant placentophagy). Ljudstvo Malekula iz Melanezije je prakticiralo očetovsko placentofagijo. Novopečeni oče je po porodu pojedel puding, narejen iz placente in krvi. Ljudstvo

³¹ E. Burns, More Than Clinical Waste? Placenta Rituals Among Australian Home-Birthing Women, str. 45; A. Bonsignore, F. Buffelli, R. Ciliberti, F. Ventura, A. Molinelli, E. Fulcheri, Medico-Legal Considerations on »Lotus Birth« in the Italian Legislative Framework, 2019.

³² C. M. Cusak, Placentophagy and Embryophagy: An Analysis of Social Deviance Within Gender, Families, or the Home (Etude 1), 2011, str. 113.

³³ A. Goeden, Placentophagy: A Woman's Right to Her Placenta, 2018, str. 171.

³⁴ M. E. Marraccini, K. S. Gorman, Exploring Placentophagy in Humans: Problems and Recommendations, 2015, str. 371; S. K. Johnson, J. Pastushek, J. Rödel, U. R. Markert, T. Groten, Placenta – Worth Trying? Human Maternal Placentophagy: Possible Benefit and Potential Risks, 2018; R. Botelle, C. Willott, Birth, Attitudes and Placentophagy: A Thematic Discourse Analysis of Discussions on UK Parenting Forums, 2020, str. 2.

³⁵ M. B. Kristal, J. M. DiPirro, A. C. Thompson, Placentophagia in Humans and Nonhuman Mammals: Causes and Consequences, 2012, str. 178–179.

³⁶ R. Botelle, C. Willott, Birth, Attitudes and Placentophagy: A Thematic Discourse Analysis of Discussions on UK Parenting Forums, 2020, str. 2.

Gullah pa je poznalo in izvajalo otroško placentofagijo. Če je placenta ob rojstvu prekrila otrokov obraz, so iz nje naredili čaj, ki ga je nato novorojeni otrok popil.³⁷

Uživanje posteljice je v preteklih letih dobilo mnogo zagovornic, kar je povzročilo nagel razvoj tovrstnega trga, ki ponuja vedno več produktov in storitev, povezanih s placento. Zaslediti je možno tudi internetne portale³⁸ in celo kuharske knjige,³⁹ kjer so objavljeni recepti o pripravi placente v različnih variacijah.

Placenta se lahko konzumira surova, kar pa je mnoge matere odvrčalo, zato ni presenetljivo, da se je temu začel prilagajati potrošniški trg, ki je ponudil usluge kapsulizacije placente, s čimer je omogočeno lažje zaužitje. Placentalna enkapsulacija je praksa shranjevanja placente po tem, ko je obdelana oz. prekuhana s paro. Sledi dehidracija, mletje in shranjevanje v kapsule. Kapsule se zaužije kmalu po porodu, med menstrualnim obdobjem ali med menopavzo, s prepričanjem, da pomagajo pri preprečevanju nekaterih simptomov menopavze. V povprečju se lahko iz ene placente pripravi približno sto kapsul.⁴⁰

Razlogov za uživanje placente med zagovorniki je več. V placenti so namreč prisotni hormoni in nutrijenti, ki vsebujejo progesteron, laktogen, β – endorfin, oksitocin, železo, kar naj bi omogočilo lažjo in hitrejšo okrepitev po porodu, stimulacijo nastajanja mleka, stabilizacijo razpoloženja matere ter zmanjšanje rizičnosti poporodne depresije.⁴¹ Vprašljivo pa je, koliko hormonov in nutrijenov se lahko ohrani skozi pripravo placente (npr. kuhanjem, pečenjem). Prav tako strokovnjaki opozarjajo, da placenta ni sterilna, saj služi kot filter nevarnih snovi za fetus, zaradi česar lahko vsebuje škodljive snovi (npr. svinec, bakterije, viruse).⁴²

Ameriški Center for Disease Control and Prevention (CDCP) je opozoril na nevarnost uživanja placente v obliki kapsul. Opozorilo CDCP temelji na primeru iz leta 2016, ko je prišlo do okužbe otroka preko matere, ki je zaužila placento v obliki

³⁷ A. Goeden, *Placentophagy: A Woman's Right to Her Placenta*, 2018, str. 175.

³⁸ Dostopno na: <http://www.twilightheadquarters.com/placenta.html>;
<https://www.sammichespsychmeds.com/three-delicious-placenta-recipes-for-new-moms/>;
http://www.mothers35plus.co.uk/plac_rec2.htm (16. September 2021).

³⁹ Npr. kuharska knjiga R. Cook, 2013, 25 Placenta Recipes – Easy and Delicious Recipes for Cooking with Placenta!

⁴⁰ S. K. Johnson, J. Pastuschek, J. Rödel, U. R. Markert, T. Groten, *Placenta – Worth Trying? Human Maternal Placentophagy: Possible Benefit and Potential Risks*, 2018.

⁴¹ M. E. Marraccini, K. S. Gorman, *Exploring Placentophagy in Humans: Problems and Recommendations*, 2015, str. 371; A. Goeden, *Placentophagy: A Woman's Right to Her Placenta*, str. 177.

⁴² C. B. Bosco, E. G. Diaz, *Placentophagy: A Controversial Trend*, 2018, str. 1841.

kapsul. Mati je namreč z zaužitjem okužene posteljice svojemu otroku prenesla beta-hemolitični streptokok skupine B,⁴³ zaradi česar je otrok neposredno po porodu razvil akutni respiratorni distressni sindrom (ali kratko ARDS) in je moral biti zdravljen z antibiotiki.⁴⁴

Na drugi strani pa imamo nasprotnike, ki uživanje placente celo opredeljujejo kot obliko kanibalizma.⁴⁵ Kanibalizem pomeni prehranjevanje s pripadniki lastne biološke vrste in se običajno nanaša na prehranjevanje ljudi s človeškim mesom, kar imenujemo tudi ljudožerstvo ali antropofagija.⁴⁶ Beseda kanibalizem izvira iz besede *Canibalis*, s katero so opisali Karibe (Kanibe), ljudstvo, ki je živelo v Novem Svetu, ki ga je odkril Krištof Kolumb, in je bilo znano po kanibalizmu.⁴⁷ Namen kanibalizma⁴⁸ je bil povezan z verovanjem, da se z zaužitjem umrlega prevzamejo njegove značilnosti (npr. pogum in moč).⁴⁹ Ker pri uživanju placente, le to praviloma zaužije mati, ki je otroka rodila, je uživanje placente možno opredeliti kot primer avto-kanibalizma,⁵⁰ saj tako gledano mati zaužije del svojega telesa.

O morebitnem uživanju placente in z njo povezanim kanibalizmom lahko najdemo zapis tudi v Svetem pismu.

»53 Ti pa boš v stiski in sili, s katero te bo stiskal sovražnik, moral jesti sad svojega telesa, meso svojih sinov in hčera, ki ti jih je dal Gospod, tvoj Bog. 54 Tudi najnežnejši in najrahločutnejši izmed tvojih mož bo s hudobnim očesom gledal na svojega brata, na ženo svojega naročja in na tiste sinove, ki mu še ostanejo, 55 tako da ne bo dal nobenemu izmed njih od mesa svojih sinov, ki ga bo jedel, ker mu ne bo ostalo nič več v stiski in sili, s katero te bo stiskal sovražnik v vseh tvojih mestih. 56 Tudi najnežnejša in najrahločutnejša izmed tvojih žensk, ki od rahločutnosti in nežnosti ne bi niti poskusila položiti svojega stopala

⁴³ Latinsko *Streptococcus agalactiae* (GBS).

⁴⁴ S. Krstev Barać, Razbijanje mitova: Placentofagija, 2017; C. B. Bosco, E. G. Diaz, Placentophagy: A Controversial Trend, 2018, str. 1842; A. Farr, F. A. Chervenak, L. B. McCullough, R. N. Baergen, A. Grünebaum, Human Placentophagy: A Review, 2017.

⁴⁵ M. B. Kristal, J. M. DiPirro, A. C. Thompson, Placentophagia in Humans and Nonhuman Mammals: Causes and Consequences, 2012, str. 178–179.

⁴⁶ A. Estes, Cannibalism and Other Transgressions of the Human in The Road, 2017, str. 1.

⁴⁷ Več o tem gl. N. L. Whitehead, Carib Cannibalism, The Historical Evidence, 1984, str. 69–87.

⁴⁸ Kanibalizem se lahko deli na endokanibalizem (uživanje pripadnikov iste etnične skupine) in ekzokanibalizem (uživanje drugih pripadnikov) (G. Campbell, Eating the Dead in the Madagascar, 2013, str. 1032–1034).

⁴⁹ J. Washington, The Magical Power of Cannibalism, 2013, str. 48.

⁵⁰ Angl. *auto-cannibalism* ali *self-cannibalism* ali *autosarcophagy*.

na zemljo, bo s hudobnim očesom gledala na moža svojega naročja, na sina in hčer, 57 na posteljico, ki pride izmed njenih nog, in na sinove, ki jih bo rodila; kajti ob pomanjkanju vsega bo to na skrivnem jedla – v stiski in sili, s katero te bo stiskal sovražnik v tvojih mestih.«

Uživanje placente in kanibalizem sta tako izhajajoč iz Svetega pisma dovoljena, če so podane okoliščine, kjer bi bila smrt s stradanjem neizbežna.⁵¹ Vendar je treba opozoriti, da se v slovenskem prevodu Svetega pisma,⁵² iz katerega smo izhajali, uporablja izraz »jesti sad svojega telesa«, medtem ko angleška verzija Svetega pisma

»Because of the suffering your enemy will inflict on you during the siege, you will eat the fruit of the womb, the flesh of the sons and daughters the Lord your God has given you.«⁵³

uporablja izraz »jesti sad svoje maternice«. Placenta je gobast mišični organ, ki zagotavlja hranila od materine do plodove krvi in odnaša odpadne proizvode iz ploda v materino kri. Maternica pa je ženski reproduktivni organ, kjer se oplojeno jajčece ali plod razvije. Placento je torej možno označiti kot sad maternice, kar je mnogokrat tudi promovirano na internetnih straneh, ki ponujajo kapsualizacijo placente po porodu.⁵⁴

V ZDA je samo zvezna država Idaho izrecno prepovedala kanibalizem in predvidela kazen za njeno kršitev. Kdor koli namerno zaužije meso ali kri človeškega bitja, je kriv kanibalizma. Tovrstno dejanje, torej kanibalizem, pa ni kaznivo dejanje, če je do zaužitja prišlo v ekstremnih življenjsko nevarnih razmerah in je to bil edini način preživetja.⁵⁵ Za kaznivo dejanja kanibalizma je predvidena zaporna kazen do štirinajst let.⁵⁶

⁵¹ M. B. Kristal, J. M. DiPirro, A. C. Thompson, Placentophagia in Humans and Nonhuman Mammals: Causes and Consequences, 2012, str. 187.

⁵² Gl. Sveto pismo, 5 Mz 28, 53-57, dostopno na: <https://www.biblija.net/biblija.cgi?m=5+Mz+28%2C15-69&id13=1&pos=0&set=2&l=sl> (29. 8. 2021).

⁵³ Prim. <https://www.biblestudytools.com/deuteronomy/28.html/> (16. 9. 2021).

⁵⁴ Gl. npr. <http://www.placentapills.com/what/> (16. 9. 2021); več o kapsualizaciji placente gl. Še A. Farr, F. A. Chervenak, L. B. McCullough, R. N. Baergen, A. Grünebaum, Human Placentophagy: A Review, 2017.

⁵⁵ Z vprašanjem kanibalizma se je ukvarjalo britansko sodišče v primeru *Regina v. Dudley and Stevens* ((1884) 14 QBd 273 DC), kjer so mornarji na čolnu ubili oslabiljenega sopotnika in ga pojedli. Sodišče je sprva mornarje obsodilo na smrt. Zavzelo je stališče, da ni mogoče upravičiti uboja enega posameznika, da bi rešili življenje drugega, z utemeljitvijo, da je uboj nujen za to. Kazen je bila kasneje spremenjena.

⁵⁶ Prim. Sec. 18-5003 Idaho Statutes, Title 18, Chapter 50 – Mayhem.

Kazenski zakonik RS⁵⁷ (KZ-1) prav tako izrecno ne prepoveduje kanibalizma,⁵⁸ kar pomeni, da ni kazenskopravne ovire za zaužitje placente.

4 Pravna izhodišča

4.1 Splošno

Svetovna zdravstvena organizacija (SZO) je sprejela smernice o reproduktivnem zdravju žensk. Regionalna pisarna SZO za Evropo (angl. WHO Regional Office for Europe) pa je oblikovala deset Načel perinatalne oskrbe (angl. Principles of Perinatal Care). Oboje je podlaga za program »Essential Antenatal, Perinatal and Postpartum Care«, ki se je naglo razširil po Evropi in se uporablja za matere in otroke pred, med in po porodu.⁵⁹ Kljub temu da program ne omenja izročitve placente, je treba pri izročanju placente materam, ki to zahtevajo, slediti sprejetim protokolom.⁶⁰ Z zakonitvijo protokola o izročitvi se placenta namreč na eni strani ne šteje več za patološki odpadke, na drugi strani pa se je določil strokovni postopek za predajo placente. Protokol kot tehnični standard določa, da se mora izročitev placente materi opraviti v skladu z varnostjo sanitarnih predpisov. Slednji veljajo namreč tako za tiste, ki izročajo organ, torej placento (npr. porodnišnica), kakor tudi za tiste, ki jo prejmejo (npr. mati). Protokoli podajajo tudi omejitve glede izročitve placente materi. Placente se ne sme izročiti ženski, ki imajo diagnozo HIV, hepatitisa B ali C. Do izročitve prav tako ne bo prišlo, če so se po porodu ali zaradi značilnosti placente pokazale potrebe po mikrobiološki ali histopatološki študiji, kar je podano npr. v primeru diagnoze mikroinfarktov ali horioamnionitisa.⁶¹ Glede na navedeno se odpira vprašanje o ureditvi obravnave oz. izročanja placente po porodu porodnici v Sloveniji.

⁵⁷ Uradni list RS, št. 50/12 – uradno prečiščeno besedilo, 6/16 – popr., 54/15, 38/16, 27/17, 23/20, 91/20, 95/21.

⁵⁸ Nekaznivost kanibalizma pa je treba razmejiti od drugih kaznivih dejanj, ki so lahko povezana z njim: npr. skrunitev trupla po 313. členu (»Kdor neupravičeno skrrije, odnese, poškoduje, uniči ali kako drugače oskruni truplo, del trupla ali posmrtno ostanke, se kaznuje z zaporem do dveh let.«); uboj po 115. členu (»Kdor komu vzame življenje, se kaznuje z zaporem od petih do petnajstih let. ...«); umor po 116. členu (»Kdor koga umori s tem, da mu vzame življenje 1) na grozovit ali zahrbtnen način; ...«); idr.

⁵⁹ Več o tem gl. C. B. Bosco, E. G. Diaz, Placentophagy: A Controversial Trend, 2018, str. 1841.

⁶⁰ Prav tam, gl. tudi

https://www.sahealth.sa.gov.au/wps/wcm/connect/d197e5004d5176dfbd91ff4c56539eed/Managment+for+the+Release+of+a+Placenta+for+Private+Use_02062016.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=ROOTWORLDKSPACE-d197e5004d5176dfbd91ff4c56539eed-nJcxYK6 (19. 9. 2021).

⁶¹ C. B. Bosco, E. G. Diaz, Placentophagy: A Controversial Trend, 2018, str. 1841; gl. Npr. The Royal Hospital for Women, 2017, Procedures & Guidelines – Approved by Quality & Patient Care Committee, 20. 4. 2017.

4.2 Placenta kot patološki odpadek

Po ocenah se na svetu vsako leto proizvede približno 50 milijonov kilogramov človeškega placentalnega materiala.⁶² V Sloveniji ni mogoče zaslediti primerjalnega uradnega podatka. A če izhajamo iz stališča, da je bilo v letu 2020 v Sloveniji živorojenih 18.767 otrok⁶³ ter da je povprečna teža posteljice 700 gramov,⁶⁴ bi to lahko pomenilo približno 13.136 kilogramov človeškega placentalnega materiala.

Leta 2008 je sicer bila sprejeta Uredba o ravnanju z odpadki, ki nastajajo pri opravljanju zdravstvene in veterinarske dejavnosti ter z njima povezanih raziskavah⁶⁵ (Uredba), ki pa se, izrecno navedeno, ne uporablja za dele teles in organov, vključno z vrečkami krvi in konzervirano krvjo (prva alineja četrtega odstavka 2. člena Uredbe). Gre za t. i. patološke odpadke, ki so klasificirani s številko 18 01 02.⁶⁶ Med patološke odpadke, klasificirane s številko 18 01 02,⁶⁷ tako spadajo človeški organi, tkiva in anatomski deli, zobje, ostanki od kirurških posegov in obdukcij ter tudi placenta in celo zarodki.

Za ravnanje s patološkimi odpadki se uporablja Uredba o odpadkih.⁶⁸ Patološki odpadki se zbirajo v namenske zbiralnike ali plastične vreče, ki se napolnijo do treh četrtin, nato se jih dobro zapre, zaščiti in označi z datumom ter mestom nastanka. Zdravnik mora ustrezno izpolniti spremni list, ki mora vsebovati naziv odpadka, opis odpadka in klasifikacijsko številko 18 01 02.⁶⁹ Patološki odpadki se zažgejo v krematoriju. Sežiganje patoloških odpadkov opravljata dva krematorija v Sloveniji, in sicer mariborski in ljubljanski. Kljub temu, da placenta ni izrecno poimenovana kot patološki odpadek, jo glede na definicijo patoloških odpadkov vsekakor uvrščamo mednje.

⁶² R. S. Yoshizawa, M. J. Hird, Schrödinger's Placenta: Determining Placentas as Not/Waste, 2020, str. 246.

⁶³ Statistični urad RS, 2021, Rojeni in umrli.

⁶⁴ Mayo Clinic, 2020, Pregnancy Weight Gain: What's Healthy?.

⁶⁵ Uradni list RS, št. 89/08.

⁶⁶ Tako tudi Sklep Komisije z dne 18. Decembra 2014 o spremembi Odločbe Komisije 2000/532/ES o seznamu odpadkov v skladu z Direktivo 2008/98/ES Evropskega parlamenta in Sveta (2014/955/EU; UL EU L 370, 30. 12. 2014) in Direktiva 2008/98/ES Evropskega parlamenta in Sveta z dne 19. Novembra 2008 o odpadkih in razveljavitvi nekaterih direktiv (UL EU L 312, 22. 11. 2008).

⁶⁷ Gre za klasifikacijo odpadkov, ki jo podaja *European Waste Catalogue*, ki vsebuje okrog 650 kod za smeti, ki so razdeljene v 20 poglavij, ki so razdeljena v podpoglavja. Vsaka koda je sestavljena iz šestih števil. Koda je lahko dodana zvezdica, ki označuje, da gre za nevarne odpadke.

⁶⁸ Uradni list RS, št. 37/15, 69/15, 129/20.

⁶⁹ Tako tudi M. Petrovič, Varovanje zdravja in okolja – varnost in zdravje pri delu, str. 13.

Avstralski Department for Health and Ageing je leta 2016 izrecno določil, da se placenta, ko se izloči, šteje za medicinski odpadke.⁷⁰ Zelo raznolik pa je pristop k opredelitvi placente v ZDA. Teksaški Zakonik o zdravju in varnosti⁷¹ izrecno določa, da izraz »embrionalni in ostanki fetalnega tkiva« pomenijo zarodek, plod, dele telesa ali organe iz nosečnosti, ki se konča s smrtjo zarodka ali ploda, in za katero državno pravo ne zahteva izdaje potrdila o smrti. Omenjeni izraz pa ne vključuje popkovine, placente, gestacijske vrečke, krvi ali telesnih tekočin (par. 697.002(3) tiksaškega Zakonika o zdravju in varnosti). V Minnesoti je podana opredelitev fetalnega tkiva, ki pomeni vsak del telesa, organ ali celico nerojenega človeškega otroka. Fetalno tkivo pa ne vključuje tkiva ali celic, pridobljenih iz placente, popkavnice ali amnijske tekočine (par. 137.47(c) Minnesota Statutes⁷²). Na drugi strani pa posamezne države izrecno opredeljujejo placento kot patološki odpadke. Havajsko pravo določa, da človeški patološki odpadki pomenijo vsa tkiva in organe, vključno s placento.⁷³ Podobno je tudi v Illinois, kjer morajo rojstni centri poskrbeti, da patološke in bakteriološke odpadke, vključno s placento, ustrezno odstrani prevoznik odpadkov.⁷⁴

Republika Hrvaška je leta 2015 sprejela Pravilnik o gospodarjenju medicinskim odpadom⁷⁵ (Pravilnik), v katerem v trinajstem odstavku 2. člena podaja opredelitev patoloških odpadkov, med katerimi je izrecno omenjena tudi placenta.⁷⁶ V 20. členu Pravilnika je urejeno upravljanje s patološkimi odpadki, ki se morajo v zdravstveni ustanovi, v kateri nastanejo, hraniti v hladilnici v neprepustnih vrečah. Prevoznik, ki opravlja prevoz patoloških odpadkov, mora biti vpisan v register prevoznikov odpadkov skladno s posebnim predpisom o ravnanju z odpadki. Patoloških odpadkov se ne smejo shranjevati zunaj zdravstvene ustanove, pokopališča ali upepeljevalnice. Sežig patoloških odpadkov se opravi v upepeljevalnici.

⁷⁰ Government of South Australia, Department for Health and Ageing, 2016, Clinical Directive: Compliance is Mandatory -Management of the Release of a Placenta for Private Use Clinical Directive, str. 5–6.

⁷¹ Texas Health and Safety Code, dostopno na:

<https://statutes.capitol.texas.gov/docs/sdocs/healthandsafetycode.pdf> (13. 9. 2021).

⁷² Minnesota Statutes, dostopno na:

https://www.revisor.mn.gov/statutes/2020/cite/137.47?keyword_type=all&keyword=placenta (13. 9. 2021).

⁷³ Prim. Hawaii Code R. § 11-104.1-2 (LexisNexis 2018), dostopno na:

<https://www.law.cornell.edu/regulations/hawaii/Haw-Code-R-SS11-104-1-2> (13. 9. 2021).

⁷⁴ Prim. Ill. Admin. Code tit. 77, par. 265.2050(a) (2018), dostopno na: <https://casetext.com/regulation/illinois-administrative-code/title-77-public-health/part-265-birth-center-demonstration-program-code/subpart-a-general-requirements/section-2652050-disposal-of-medical-waste> (13. 9. 2021).

⁷⁵ Narodne novine RH, 50/2015; 56/2019.

⁷⁶ Trinajsti odstavek 2. člena Pravilnika določa: »Patološki otpad su dijelovi ljudskog tijela, amputati, tkiva i organi odstranjeni tijekom kirurških zahvata, tkiva uzeta u dijagnostičke svrhe, placente i fetusni te drugi anatomske otpad definiran od strane stručnog osoblja u zdravstvu kao patološki otpad, te koji zbog etičkih razloga zahtjeva posebne uvjete gospodarenja kad potječe iz humane medicine...«

Kosovski Zakon o odpadku⁷⁷ pa za razliko od hrvaške ureditve ne podaja opredelitve patoloških odpadkov, temveč opredeljuje zgolj medicinske odpadke (1.54. odstavek 2. člena Zakona o odpadku), ki nastanejo pri opravljanju medicinskih storitev. Ker se placenta pridobi bodisi pri porodu ali prekinitvi nosečnosti, torej pri opravljanju medicinskih storitev povezanih s tem, spada tudi placenta med medicinske odpadke, ki pa jo Zakon o odpadku ne omenjena izrecno. Glede upravljanja z medicinskimi odpadki se uporablja 38. člen Zakona o odpadku, ki se nanaša na upravljanje s posebnimi odpadki, med katere uvršča tudi medicinske odpadke. Upravljanje s posebnimi odpadki se mora izvajati z metodami, ki ne predstavljajo nevarnosti za življenjsko okolje in zdravje ljudi. Minister pa sprejme dodatne ukrepe za upravljanje s posebnimi odpadki, če se lahko z odpadki ogrožata življenjsko okolje in zdravje ljudi. Konkretno pa se na upravljanje z medicinskimi (tudi humanim in veterinarskim) odpadki nanaša 49. člen Zakon o odpadku. Po tem členu morajo osebe, ki upravljajo medicinske odpadke, imeti licenco. Odpad, ki nastaja pri izvajanju medicinskih storitev, se mora razvrstiti na kategoriji »nevaren« in »nenevaren«. Osebe, ki upravljajo medicinski odpad, morajo izdelati načrt upravljanja z odpadkom in imenovati odgovorno osebo za upravljanje z odpadkom. Leta 2013 je bilo sprejeto še »Administrativno uputstvo (MSPP) br. 22/2013 o upravljanju medicinskim, humanim i veterinarskim odpadkom«,⁷⁸ ki prav tako podaja opredelitev patoloških odpadkov, med katerimi pa je izrecno omenjena tudi placenta. Kljub temu, da omenjena Administrativna navodila podrobno opisujejo, kako je potrebno postopati z medicinskim odpadkom, je septembra 2021 prišlo do neljubega dogodka v kosovski Ginekološki kliniki v Prištini. Na kliniki je prišlo do neustreznega ravnanja s placentami, ki so jih ustrezno zapakirali v predpisane rumene vreče ter jih dali v zamrzovalne skrinje. Ker pa ni prišlo do odvoza, je zaradi prenapoljenosti zamrzovalnih skrinj prišlo do nepravilnosti oz. nezmožnosti njihovega zapiranja in posledično do taljenja zamrznjenih placent. Ker so bile zamrzovalne skrinje v neposredni bližini porodnih sob (oddaljenost deset do petnajst metrov), so predstavljale tveganje za zdravje. Do nastalega položaja je prišlo, ker občina Priština še ni sklenila pogodbe s pravno osebo, ki bi poskrbela za odvoz placent. Razlog je, da občina Priština še ni odredila kraja, kjer naj bi se ostanki placent pokopali. Tovrstna nedoslednost kaže na nesledenje določbam kosovskega Zakona o odpadku

⁷⁷ Zakon br. 04/Z-060 o odpadku, dostopen na:

<http://old.kuvendikosoves.org/common/docs/ligjet/Zakon%20o%20otpadku.pdf> (19. 9. 2021).

⁷⁸ Slo. Administrativno navodilo (MSPP) št. 22/2013 o upravljanju z medicinskim, humanim in veterinarskim odpadkom (Administrativno navodilo), dostopno na: https://mmphi.rks-gov.net/assets/cms/uploads/files/Legislacioni/Aktet%20Nenlgiore/ministri-UA-22-4151-2013_707250.pdf (19. 9. 2021).

ter Administrativnim navodilom. Patološki odpad bi se namreč moral zbirati, skladiščiti in obravnavati tako, da se ga zakoplje na določeni lokaciji. Pri zakopu je treba opraviti tudi dezinfekcijo. Razen tega mora biti patološki odpad pri pakiranju tudi hermetično zaprt ter hranjen pri temperaturi do osem stopinj celzija in ne dlje od pet dni. Lahko se ga sicer skladišči v zamrzovalniku do enega leta, vendar je potrebno izvajati redno dezinfekcijo.⁷⁹ Iz navedenega jasno izhaja, da je prišlo do nesledenja predpisom, ki urejajo ravnanje s patološkim materialom, kamor se po kosovskem pravu uvršča placenta. S tem se povzročata tveganje nevarnosti za življenje pacientk in zaposlenih v kliniki. Prav tako pa lahko zaznamo ključno razliko med slovensko in kosovsko ureditvijo. V Sloveniji se placente prav tako zamrznejo, a se jih nato enkrat tedensko odpremi za sežig.⁸⁰ Na Kosovu pa placente kot patološki odpad zakopljejo.

4.3 Stvarnopravna vprašanja

Postavlja se vprašanje, čigava je placenta. Placenta je namreč organ, ki je nastal v materinem telesu in v katerem poteka izmenjava snovi med materino in plodovo krvjo ter se izločajo hormoni. S tem se preprečuje nekaterim škodljivim snovem prehod z matere na plod.⁸¹ Po porodu otroka se izloči iz materinega telesa tudi placenta, ki jo z otrokom povezuje popkovnica. Torej, čigava je pravno gledano placenta: materina ali otrokova? *Coyle et al.* navajajo, da je nemogoča makroskopska ločitev materinskega in fetalnega tkiva placente.⁸²

Kako pa je s pravnega vidika? Kljub porastu povpraševanja po placenti in njenem odnašanju domov (tudi pri nas so v nekaterih porodnišnicah srečali s tovrstnimi željami porodnic), večina žensk ne ve, kakšna je pravna ureditev. Zato na tem mestu ni odveč, da se glede na želje žensk, ki zahtevajo svojo placento z namenom izvajanja placentofagije ali rituala pokopa, temu pravnemu vprašanju posveti pozornost.

⁷⁹ A. Konushevci, *Zamrzivači puni placente ogrožavajo rad Ginekološke klinike u Prištini*, 2021.

⁸⁰ V. Levstik, *Je uživanje človeške posteljice ali placente res koristno?*, 2017.

⁸¹ Government of South Australia, Department for Health and Ageing, 2016, *Clinical Directive: Compliance is Mandatory -Management of the Release of a Placenta for Private Use Clinical Directive*, str. 5.

⁸² Tudi Department for Health and Ageing navaja, da je placenta človeško tkivo fetalnega in materinskega izvora. Prav tam, str. 7.

Izhajajoč iz prvega odstavka 15. člena Stvarnopravnega zakonika⁸³ (SPZ) je stvar samostojen telesni predmet, ki ga človek lahko obvladuje. Izhajajoč iz SPZ človekovo telo, truplo in deli telesa niso stvar. Deli telesa niso samostojna stvar, dokler niso ločeni od človeka. Z ločitvijo dela telesa, v našem primeru torej placente, lahko placenta postane samostojna stvar. Pri tem ne gre prezreti tudi etičnih pravil in osnovnih pravil za varovanje človekovega osebnega dostojanstva.⁸⁴ Pri nas so dopustna razpolaganja s telesom ali deli telesi, saj se jih lahko prepusti za učne namene, se jih daruje ali uporabi za nadaljnje zdravljenje. Pri tem ne gre za razpolaganja v smislu stvarnega prava, temveč za izvrševanje osebnostne pravice posameznika (v našem primeru porodnice), da znotraj pravnih in moralno-etičnih dopustnih okvirov odloča, kaj se bo zgodilo z njegovimi organi (v našem primeru placento).⁸⁵ Če porodnica izrazi željo, da bi odnesla placento domov, nastane težava, saj je placenta opredeljena kot nevarni patološki odpad in je njeno odnašanje vezano na predpise v zvezi z infekcijami in njihovim obvladovanjem ter na predpise, ki določajo ravnanje z odpadki.⁸⁶

Če bi se lahko po porodu vzpostavila lastninska pravica na placenti, bi se namreč ženskam, ki bi to želele, omogočil neobremenjen dostop do njihove placente. Vendar se je treba zavedati, da lahko popolna lastninska pravica na placenti povzroči tudi škodljive družbene posledice.⁸⁷ Še posebej so v ospredje postavljene posledice, ki se vežejo na zdravje posameznika, kakor tudi na varovanje okolja.⁸⁸ Zato so tudi države, ki so to pravno že uredile s pravnimi predpisi, in posledično bolnišnice s svojimi protokoli, določile izjeme oz. pogoje, pod katerimi je možno pridobiti placento po porodu.⁸⁹

⁸³ Uradni list RS, št. 87/02; 91/13; 23/20.

⁸⁴ M. Juhart, M. Tratnik, R. Vrenčur, 2007, *Stvarno pravo*, str. 63.

⁸⁵ M. Tratnik, v: M. Juhart, M. Tratnik, R. Vrenčur, B. Koritnik, 2018, *Stvarnopravni zakonik (SPZ) s komentarjem*, str. 76.

⁸⁶ R. Franc, *Babiška obravnava in nasveti po porodu doma*, 2018, str. 108.

⁸⁷ Tako tudi A. Goeden, *Placentophagy: A Woman's Right to Her Placenta*, 2018, str. 172.

⁸⁸ Prim. 10. člen Uredbe o odpadkih (varstvo okolja in varovanje človekovega zdravja): »(1) Z odpadki je treba ravnati tako, da ni ogroženo človekovo zdravje in se ne škodi okolju, ter da ravnanje zlasti: 1. ne predstavlja tveganja za vodo, zrak, tla, rastline in živali; 2. ne povzroča čezmernega obremenjevanja s hrupom in neprijetnimi vonjavami; 3. ne povzroča škodljivih vplivov na območja, na katerih je predpisan poseben režim v skladu s predpisi, ki urejajo ohranjanje narave, ali predpisi, ki urejajo varovanje virov pitne vode, in; 4. ne povzroča škodljivih vplivov na krajino ali območja, na katerih je predpisan poseben režim v skladu s predpisi, ki urejajo varstvo kulturne dediščine. (2) Načrtovanje, proizvodnja, distribucija, potrošnja in uporaba proizvodov morajo biti taki, da pripomorejo k preprečevanju nastajanja odpadkov ter povečanju možnosti za pripravo za ponovno uporabo in recikliranje odpadkov, ki nastanejo iz teh proizvodov.«

⁸⁹ Gl. npr. *The Royal Hospital for Women*, 2017, *Procedures & Guidelines - Approved by Quality & Patient Care Committee* 20 April 2017.

Glede odnašanja placente iz porodnišnice in o placentofagiji je podala svoje mnenje tudi Komisije za medicinsko etiko:

»V našem kulturnem okolju je želja porodnic, da se jim izroči posteljica, nenavadna in povezana s pomisleki o higieničnosti in etičnimi standardi o dostojanstvu človeške telesnosti. Stališče Komisije za medicinsko etiko je, da je z vsemi deli človeškega telesa, ki niso namenjeni za znanstvene raziskave ali drugo medicinsko obravnavo, v skladu z obstoječimi pravili potrebno ravnati kot z biološkimi odpadki in jih s sežigom varno ter neškodljivo odstraniti.«⁹⁰

V Sloveniji imamo 14 porodnišnic⁹¹ in večina ne omogoča odnašanje placente domov, saj izhajajo iz stališča, da glede na dikcijo SPZ placenta ne more biti predmet lastninske pravice. Prav tako pa sledijo mnenju Komisije za medicinsko etiko. Pri tem se spregleda pravica porodnice do izvrševanja osebnostne pravice. Zadržki so se namreč pojavili predvsem v povezavi s placentofagijo. Kljub temu, pa so se z izraženimi željami porodnic po izročitvi placente že srečali (npr. v mariborski porodnišnici so se prvič srečali z zahtevo po izročitvi placente že junija 2010⁹²).

4.4 Primejalnopravne ureditve

4.4.1 Nemčija

Tudi v Nemčiji se je postavilo vprašanje, ali placenta, ki je po porodu ločen organ človeškega telesa, predstavlja stvar v smislu stvarnega prava, ter ali je s tem lahko tudi predmet razpolagalnih poslov (nem. Verfügungsgeschäfte). Stališče nemškega Bundesgerichtshof (BGH) je, da takšni organi (placenta) še naprej spadajo k zaščiteni dobrini (nem. Schutzgut) telesa (nem. Körper). Torej niso stvari, če lahko služijo za vzdrževanje telesnih funkcij oz. če kasneje (po ločitvi) pride do ponovne reintegracije v njegovo telo.⁹³ Glede na navedeno placenta vsekakor služi vzdrževanju telesnih funkcij v času nosečnosti, saj je neločljivo povezna z nosečnico

⁹⁰ Stališče Komisije za medicinsko etiko o placentofagiji, dostopno na: <https://www.gov.si/assets/ministrstva/MZ/DOKUMENTI/KME/Uradna-staliska/Stalisce-KME-o-placentofagiji.pdf> (3. 8. 2021).

⁹¹ Porodnišnice so v Brežicah, Celju, Ljubljani, Mariboru, Murski Soboti, Ptuj, Postojni, Šempetru, Slovenj Gradcu, Izoli, Kranju, Jesenicah, Novem mestu in Trbovlju.

⁹² R. Franc, Babiška obravnava in nasveti po porodu doma, 2018, str. 108.

⁹³ J. Baur, R. Stürmer, 2009, Sachenrecht, str. 12.

in fetusom, vendar s porodom to funkcijo izgubi. Prav zato pa po izločitvi iz telesa porodnice ni možna njena ponovna reintegracija v telo. Zatorej spada placenta k zaščiteni dobrini kot organ telesa, samo dokler je v telesu. Z izločitvijo ta status izgubi.

Tudi v Nemčiji je prišlo do vprašanja, komu pripada placenta: materi ali otroku. Mnenja so deljena. Placenta se praviloma loči od žive matere, kar pomeni, da po mnenju *Oechslerja* pripada materi.⁹⁴ Temu pritrjuje tudi izoblikovano prevladujoče pravno mnenje, da je ločen del telesa še vedno last osebe, ki ji je pripadal pred ločitvijo. Pri tem se nam zastavlja vprašanje, kako pa je to v primeru, če je mati med porodom, preden je prišlo do izločitve otroka, umrla. S smrtjo namreč preneha pravna osebnost matere? Za umrlim posameznikom nastopi dedovanje. Ali bi v tem primeru prišlo do dedovanja placente, ki se bo izločila? Glede na navedeno, da se nad placento ne pridobi lastninska pravica, temveč gre za izvrševanje osebnostne pravice, je odgovor ne. Dedovanje namreč lahko poteka, če je podana lastninska pravica na stvari, medtem ko pa osebnostne pravice s smrtjo posameznika ugasnejo.

4.4.2 ZDA

Havaji so bili leta 2006 prva zvezna ameriška država, ki je dovolila materam, da po porodu placento odnesejo domov. Leta 2005 so namreč Havaji razglasili, da predstavlja placenta biološki odpad, s čimer so močno razburili domorodne Havajčane.⁹⁵ Razlog je v havajski tradicionalni kulturi, kjer ima placenta zelo pomembno simboliko, in sicer kulturno, zgodovinsko in medicinsko. Grobišča placent njihovih prednikov imajo za Havajčane enak pomen kot grobišča, kjer bodo pokopani po smrti. Zatorej je placenta novorojenčka sveta in jo je treba obravnavati na sveti način, saj se le tako lahko zagotovita telesno zdravje otroka in oblikovanje njegove identitete. Zato je sprejetje zakona, s katerim so bile placente razglašene za biološki odpad, naletelo na široko neodobravanje med havajskimi domačini. Sledilo je sprejetje zakona, ki materi dovoljuje, da lahko po porodu odnese placento iz bolnišnice.⁹⁶ Mati lahko placento odnese iz bolnišnice šele, ko je po ustreznem testiranju matere ugotovljeno, da niso prisotne okužbe ali druge nevarnosti. Bolnišnica izroči placento ženski, iz katere izvira, ali pa njenemu pooblaščenču. Havajski oddelki so morali sprejeti obrazce za predajo, ki določajo tudi ustrezne

⁹⁴ J. Oechsler, v: E. M. Rinne, 2004, *Sachenrecht*, str. 1008.

⁹⁵ M. Cohen, *Law of Placenta*, 2020, str. 341.

⁹⁶ N. Cook Lauer, *Hawaiian Law Now Permits Parents to Keep Placentas*, 2006.

ukrepe za varno prepustitev človeške placente (Hawai Revised Status Division 1. Government par. 321-30).

V ameriški zvezni državi Oregon se je 1. 1. 2014 začel uporabljati zakon z imenom *House Bill 2612*, ki materam omogoča, da lahko po porodu, v skladu s pravili, ki jih je sprejel Oregon Health Authority, odnesejo placento iz zdravstvene ustanove.

Tudi država Teksas je z zakonom dovolila materam, da po porodu odnesejo placento, saj je namreč 1. 1. 2016 začel veljati zakon H.B. No. 1670, ki je jasno določil pogoje za odstranitev placente iz rojstnega centra ali bolnišnice. V Sec. 172.002 je določeno, da lahko ženska, ki je otroka rodila v omenjeni ustanovi, ali njen mož, če je ženska nesposobna odločati ali mrtva, vzame placento v posest in jo odstrani iz bolnišnice ali rojstnega centra brez sodne odločbe:

- a) če so testi ženske, v skladu s pravili oddelka, negativni glede nalezljivih bolezni;
- b) če oseba, ki je vzela placento v posest, podpiše obrazec, predpisan s strani oddelka, in potrdi, da
 - i) je prejela od bolnišnice ali rojstnega centra izobraževalne informacije, predpisane s strani oddelka, o širjenju bolezni, ki se prenašajo s krvjo iz placente ter o ustreznem ravnanju s placentami;
 - ii) je placenta za osebno rabo.

Omenjena sec. 172.002 nadalje še določa, da oseba, ki odnese placento iz bolnišnice ali rojstnega centra, le-to obdrži samo za svojo osebno uporabo ter da je ne sme prodati. Podpisano izjavo osebe, ki je prejela placento, bolnišnica ali rojstni center hrani skupaj z zdravstveno dokumentacijo ženske.

Leta 2016 je Mississippi spremenil zakonodajo, saj je placento izločil iz definicije medicinskih odpadkov, kamor je bila pred spremembo uvrščena tudi placenta. Izročitev medicinskih odpadkov je bila možna samo na podlagi sodne odločbe. Sprememba zakonodaje je omogočila, da se lahko placenta po porodu izroči materi, če jo zahteva. Do spremembe zakonodaje je prišlo po sodnem postopku, ki ga je sprožila Jordan Thiering, ki je želela, da ji bolnišnica po porodu izroči placento z namenom, da jo bo zaužila.⁹⁷

⁹⁷ A. Farr, F. A. Chervenak, L. B. McCullough, R. N. Baergen, A. Grünebaum, Human Placentophagy: A Review, 2017.

4.4.3 Južnoafriška republika

Zakon o pridobivanju in presaditvi delov človeškega telesa zaradi zdravljenja⁹⁸ (ZPPDČT) v prvem odstavku 4. členu določa, da darovanje temelji na načelih prostovoljnosti, neplačanosti in altruizma, v skladu s katerimi za odvzete dele telesa ni dopustno dati oz. prejeti nobenega plačila niti druge premoženjske ali nepremoženjske koristi. Vendar je darovanje v tretji točki prvega odstavka 3. člena ZPPDČT opredeljeno kot »darovanje dela telesa, namenjenega za presaditev«. Iz navedenega sledi, da se ZPPDČT ne uporablja za placento, saj se placenta po porodu izloči iz porodnice in je ni več možno uporabiti za presaditev.

Za razliko od slovenskega zakona zakon Južnoafriške republike v Poglavju 2 Zakona o človeških tkivih (angl. Human Tissue Act; v nadaljevanju: HTA) določa, da se lahko človeško tkivo, kri in gamete živih oseb uporabljajo samo za medicinske ali zobozdravstvene namene. V tem delu je HTA primerljiv s slovensko ureditvijo, vendar HTA nadalje izrecno določa, da se placenta, fetalna tkiva in popkovnica, razen s soglasjem ministra in ob upoštevanju vseh pogojev, navedenih v soglasju, ne smejo uporabljati za nobenega od prej navedenih namenov, in sicer za proizvodnjo terapevtske ali profilaktične snovi. Južnoafriški HTA torej jasno določa, da je tradicionalna praksa brez ministrovega soglasja nezdružljiva z zakonom. Nasprotniki tega stališča trdijo, da bi prepoved te tradicionalne prakse povzročila, da bi se ženske s ciljem sledenja svoji tradiciji, odločale za porod na domu. S tem bodo ženske izpostavljene večjemu tveganju pri samem porodu. Zaradi tega pride do soočanja z etično dilemo. Prepoved tradicije lahko namreč škoduje ženskam pri porodu, saj rojevanje doma pomeni za ženske večje tveganje kot porodi z ustrežno zdravstveno oskrbo, ki jo ženske prejmejo v primeru bolnišničnih porodov. Na drugi strani pa lahko podpora tradiciji škoduje skupnosti, saj pri tem prihaja do izpostavljenosti potencialnemu viru nalezljivih bolezni. Poudariti je treba, da v Južnoafriški republiki HIV oz. AIDS, virusni hepatitis in sifilis prizadenejo velik delež nosečnic. Tradicionalna praksa predstavlja torej tudi nevarnost za javno zdravje - vsaj za družino in ožjo skupnost. Ker imajo tradicionalne prakse in vrednote v Južnoafriški republiki še vedno izredno velik pomen, je potrebna preučitev tovrstnih ritualov, ki se lahko razlikujejo glede na način zaužitja (npr. ali je placenta zaužita surova ali je dobro prekuhana). Tudi v primeru zakopa placente je treba jasno določiti pogoje, v katerih se zakop lahko opravi (npr. ali je placenta zakopana na ustreznem kraju oz.

⁹⁸ Uradni list RS, št. 56/15.

ali je dovolj dobro zakopana, da se zagotovi, da ne bo prišlo do onesnaževanja okolice; kakšna je potencialna življenjska doba morebitnega virusa ali drugega morebitnega patogena, ki se lahko nahaja v placenti, ki bo zakopana, itd.).⁹⁹

5 Zaključek

Placenta ima že v času nosečnosti vitalni pomen za fetus. S pregledom ritualov, povezanih s placento, lahko ugotovimo, da je imela oz. še vedno ima v določenih kulturah velik, predvsem spiritualen pomen. Nova pravna vprašanja pa so se odprla z vidika zahtev porodnic, da se jim po porodu izroči placenta z namenom konzumiranja. Ugotovimo lahko, da so posamezne države k temu vprašanju aktivno pristopile ter ga tudi zakonsko uredile. S tem so postavile pogoje, pod katerimi je možna izročitev placente porodnici po porodu. Prednost je dana zagotavljanju varstva zdravja in okolja. V državah, kjer je možna izročitev placente, so izdelani jasni protokoli in je porodnica deležna tudi pojasnilne dolžnosti glede ravnanja s placento. Kljub temu, da so se tudi pri nas v porodnišnicah že srečali z zahtevami po izročitvi placente, je pravna regulativa še dokaj nedodelana, predvsem v smeri izročanja placent. Te se pri nas še vedno štejejo kot patološki odpadki, ki morajo biti odstranjeni v skladu s pravnimi predpisi. Ne gre pa prezreti, da ima placenta tudi za slovenske porodnice lahko spiritualni pomen (če ne sledimo samo možnosti placentofagije), saj predstavlja vez, ki je v času nosečnosti povezala mater in fetusa. Zatorej ne bi bilo odvečno, da se tudi pri nas izdelajo tovrstni enotni protokoli, ki bi jim slovenske porodnišnice lahko enotno sledile, in ne bi prišlo do razhajanja v praksi.

Literatura

- Baur Jürgen, Stürmer Rolf, Sachenrecht (18. izdaja), C. H. Beck, München 2009.
- Bentham Michelle, Placenta Traditions, 2016, dostopno na:
<https://homebirth.org.nz/magazine/article/placenta-traditions/> (17. 2. 2019).
- Black Mary E., Placenta Tales, *BMJ: British Medical Journal*, Let. 336 (2008), št. 7659, str. 1508.
- Bonsignore Alessandro, Buffelli Francesca, Ciliberti Rosagemma, Ventura Francesco, Molinelli Andrea, Fulcheri Ezio, Medico-Legal Considerations on "Lotus Birth" in the Italian Legislative Framework, *Italian Journal of Pediatrics*, Let. 45 (2019), str. 1-6.
- Bosco Cleofina B., Diaz Eugenia, Placentophagy: A Controversial Trend, *Int J Res Med Sci*, Let. 6 (2018), št. 6, str. 1841–1846.

⁹⁹ Povzeto po D. Knapp van Bogaert, G. A. Ogunbanjo, Post-Birth Rituals: Ethics and the Law, 2008, str. 46.

- Botelle Riley, Willott Chris, Birth, Attitudes and Placentophagy: A Thematic Discourse Analysis of Discussions on UK Parenting Forums, *BMC Pregnancy and Childbirth*, Let. 20 (2020), št. 134, str. 1–10.
- Burns Emily, More Than Clinical Waste? Placenta Rituals Among Australian Home-Birthing Women, *The Journal of Perinatal Education*, Let. 23 (2014), št. 1, str. 41–49.
- Cohen Mathilde, Law of Placenta, *Yale Journal of Law and Feminism*, Let. 2 (2020), št. 2, str. 337–409.
- Campbell Gwyn, Eating the Dead in Madagascar, *South African Medical Journal*, Let. 103 (2013), št. 12, str. 1032–1034.
- Cook Lauer Nancy, Hawaiian Law Now Permits Parents to Keep Placentas, 2006, dostopno na: <https://womensenews.org/2006/07/hawaiian-law-now-permits-parents-keep-placentas/> (17. 9. 2021).
- Coyle, Chythia W., Hulse Kathryn E., Wisner Katherine L., Driscoll Kara E., Clark Crystal T., Placentophagy: Therapeutic Miracle or Myth?, *Arch Womens Ment Health*, Let. 18 (2015), št. 5, str. 673–680.
- Cusak Carmen M., Placentophagy and Embryophagy: An Analysis of Social Deviance Within Gender, Families, or the Home (etude 1), *LSD Journal*, Let. 2011, št. 1, str. 112–168.
- Estes Andrew, Cannibalism and Other Transgressions of the Human in The Road, *European Journal of American Studies*, Let. 12 (2017), št. 3, dostopno na: <http://journals.openedition.org/ejas/12368>; DOI: <https://doi.org/10.4000/ejas.12368> (14. 9. 2021).
- Farr Alex, Chervenak Frank A., McCullough Laurence B., Baergen Rebecca N., Grünebaum Amos, Human Placentophagy: A Review, *Am J Obstet Gynecol.*, Let. 218 (2017), št. 4, str. 401e1–401.e11.
- Franc Rosemarie, Babiška obravnava in nasveti po porodu doma, v: *Obravnava ženske med in po porodu doma v ginekološki dispanzerski ambulanti – zbornik*, I. Takač, N. Kozar (ur.), Univerza v Mariboru, Medicinska fakulteta, Maribor 2018.
- Goeden Amber, Placentophagy: A Woman's Right to Her Placenta, *Concordia Law Review*, Let. 3 (2018), št. 1, str. 170–199.
- Government of South Australia, Department for Health and Ageing, 2016, Clinical Directive: compliance is mandatory -Management of the Release of a Placenta for Private Use Clinical Directive, dostopno na: https://www.sahealth.sa.gov.au/wps/wcm/connect/d197e5004d5176dfbd91ff4c56539eed/Management+for+the+Release+of+a+Placenta+for+Private+Use_02062016.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=ROOTWORKSPACE-d197e5004d5176dfbd91ff4c56539eed-mxUqxiv (20. 7. 2021).
- Hoppenbrouwers Toke, Sandarupa Stanislaus, Donzelli Aurora, From the Womb to the Tree Child Rearing Practices and Beliefs Among the Toraja of Sulawesi, *Wacana Journal of the Humanities of Indonesia*, Let. 18 (2017), št. 3, str. 658–691.
- IPEN - Placenta Network, 2021, Placenta History, dostopno na: <https://placentaremediesnetwork.org/placenta-history/> (19. 9. 2021).
- Johnson Sophia K., Pastuschek Jana, Rödel Jürgen, Markert Udo R., Groten Tanja, Placenta – Worth Trying? Human Maternal Placentophagy: Possible Benefit and Potential Risks, *Geburtshilfe Frauenheilkd*, Let. 78 (2018), št. 9, str. 846–852.
- Juhart Miha, Tratnik Matjaž, Vrenčur Renato, *Stvarno pravo*, GV založba, Ljubljana 2007.
- Juhart Miha, Tratnik Matjaž, Vrenčur Renato, *Stvarnopravni zakonik (SPZ) s komentarjem*, Uradni list Republike Slovenije, Pravna fakulteta Univerze v Ljubljani, Pravna fakulteta Univerze v Mariboru, Ljubljana 2018.
- Konushevci Arton, Zamrzivači puni placente ugrožavaju rad Ginekološke klinike u Prištini, *Radio Slobodna Evropa* 17. septembar 2021, dostopno na: <https://www.slobodnaevropa.org/a/ginekoloska-klinika-pristina-placenta-odlaganje/31465136.html> (29. 9. 2021).
- Knapp van Bogaert Donna, Ogunbanjo Gboyega, Post-Birth Rituals: Ethics and the Law, *South African Family Practice*, Let. 50 (2008), št. 2, str. 45–46.

- Kristal Mark B., DiPirro Jean M., Thompson Alexis C., Placentophagia in Humans and Nonhuman Mammals: Causes and Consequences, Ecology of Food and Nutrition, *Let.* 51 (2012), št. 3, str. 177–197.
- Krstev Barać Sandra, Razbijanje mitova: Placentofagija, Zdrav budi, 2017, URL: <https://www.zdravobudi.hr/clanak/1374/razbijanje-mitova-placentofagija> (7. 9. 2021).
- Levstik Vanda, Je uživanje človeške posteljice ali placente res koristno?, *Žurnal24*, 2017, URL: <https://www.zurnal24.si/zdravje/aktualno/je-uzivanje-cloveske-posteljice-ali-placente-res-koristno-284474> (19. 9. 2021).
- Marraccini Marisa E., Gorman Kathleen S., Exploring Placentophagy in Humans: Problems and Recommendations, *J Midwifery Womens Health*, *Let.* 60 (2015), št. 4, str. 371–379.
- Mayo Clinic, 2020, Pregnancy Weight Gain: What's healthy?, dostopno na: <https://www.mayoclinic.org/healthy-lifestyle/pregnancy-week-by-week/in-depth/pregnancy-weight-gain/art-20044360> (5. 8. 2021).
- Nangendo Stevie M., Factors Affecting the Use of Modern Prenatal and Maternity Services in Got Agulu Sub-Location, Western Kenya, *African Study Monographs*, *Let.* 27 (2006), št. 4, str. 145–156.
- Petrovčič, M., Varovanje zdravja in okolja – varnost in zdravje pri delu, dostopno na: <http://www.odraslih.com/uporabnik/file/3%20VZO%20VARNOST%20IN%20ZDRAVJE%20PRI%20DELU%202011.pdf> (5. 8. 2021).
- Pivovarova Anna, The Forgotten Placenta: Symbolic Acts in Modern Home Birth Practice, *Forum for anthropology and culture*, *Let.* 2014, št. 10, str. 165–184.
- Rinne Manfred Eberhard (ur.), *Sachenrecht - §§ 854 – 1296*, Band 6, C. H. Beck, München 2004.
- Rogoff Barbara, González Chona Pérez, Quiacaín Chonita Chavajay, Quiacaín Josué Chavajay, *Developing Destinies: A Mayan Midwife and Town*, Oxford University Press, Oxford 2011.
- Schwartz Maureen Trudelle, Unraveling the Anchoring Cord: Navajo Relocation, 1974 to 1996, *American Anthropologist*, *Let.* 99 (1997), št. 1, str. 43–55.
- Stališče Komisije za medicinsko etiko o placentofagiji, dostopno na: <https://www.gov.si/assets/ministrstva/MZ/DOKUMENTI/KME/Uradnastalisca/Stalisce-KME-o-placentofagiji.pdf> (3. 8. 2021).
- Stanley Claire, Baillargeon Amanda, Selk Amanda, Understanding Placentophagy, *JOGNN*, *Let.* 48 (2018), št. 1, str. 37–49.
- Statistični urad Republike Slovenije – SURS, 2021, Rojeni in umrli, dostopno na: <https://www.stat.si/StatWeb/Field/Index/17/95> (5. 8. 2021).
- Svetopisemska družba Slovenije – Sveto pismo, dostopno na: <https://www.biblija.net/biblija.cgi?m=5+Mz+27%2C1-28%2C69&id13=1&pos=0&set=2&l=sl> (19. 7. 2021).
- The Royal Hospital for Women Clinical Policies, 2017, Procedures & Guidelines - Approved by Quality & Patient Care Committee 20 April 2017, dostopno na: <https://www.seslhd.health.nsw.gov.au/sites/default/files/documents/placentaremoval.pdf> (18. 9. 2021).
- Turkish Cultural Foundation, 2021, Birth Traditions, dostopno na: <http://www.turkishculture.org/lifestyles/ceremonies/birth-216.htm> (10. 9. 2021).
- UNESCO, 2015, Memory of the World Register- Ben Cao Gang Mu (《本草纲目》) (Compendium of Materia Medica), dostopno na: http://www.unesco.org/new/fileadmin/MULTIMEDIA/HQ/CI/CI/pdf/mow/nomination_forms/China Materia Medica.pdf (15. 9. 2021).
- Yoshizawa Rebecca S., Hird Myra J., Schrödinger's Placenta: Determining Placentas as Not/Waste, *EPE: Nature and Space*, *Let.* 3 (2020), št. 1, str. 246–262.
- Young Sharon M., Benyshek Daniel C., In Search of Human Placentophagy: A Cross-Cultural Survey of Human Placenta Consumption, Disposal, and Cultural Beliefs, *Ecology of Food and Nutrition*, *Let.* 49 (2010), št. 6, str. 467–484.
- Washington Julie, The Magical Power of Cannibalism, *Crossroads*, *Let.* 6 (2013), št. 1, str. 46–57.

Whitehead Neil L., *Carib Cannibalism, The Historical Evidence*, *Journal de la Société des Américanistes*, Let. 70 (1984), str. 69–87.

Wojtkowiak Joanna, *Ritualizing Pregnancy and Childbirth in Secular Societies: Exploring Embodied Spirituality at the Start of Life*, *Religions*, Let. 11(2020), št. 9, str. 458.

SUMMARY

The right to placenta is not a generally acknowledged legal or human right. However, various legal and ethical discussions have questioned whether a woman has a claim to her placenta. During pregnancy, the placenta develops as a temporary, but crucial organ for the developing fetus. The placenta had, and still has in certain cultures and traditions (like in Africa and Hawaii), a great, primarily spiritual, significance. In some cultures and traditions, the placenta is namely considered significant and may be used in rituals or ceremonies. Placental rituals are frequently based on cultural, spiritual, or personal beliefs and can vary greatly in their significance and nature. Some people (especially mothers) and societies believe that they have a right to the placenta because it is part of their own or their child's body. However, for a woman in labor to fulfill any spiritual purpose, the placenta must be given up, which raises legal and ethical issues. Additionally, this paper focuses on the difference between the terms placentophagy and placentophagia. Placentophagy refers to the human consumption of the placenta, whereas placentophagia refers to the consumption of the placenta in animals. Namely, placentophagy or placenta consumption has gained many advocates over the years (especially in the United States of America), which has led to a rapid development of this type of market, offering more and more placenta-related products and services. Internet portals and even cookbooks can be traced, where recipes on placenta preparation in different variations are published. Legally speaking, the status of the placenta varies from country to country. Some countries consider the placenta to be a strictly pathological (medical) waste and it is disposed of by healthcare facilities without the parents' express consent or consideration. Drawing on comparative law on managing the placenta, which is generally defined as pathological (medical) waste, this paper concludes by emphasizing the importance of careful handling of placentas, as prescribed by the regulations. Failure to do so may endanger the lives and health of the women who gave the birth and the medical staff. On the other hand, some jurisdictions allow the placenta to be given to the mothers (or parents) upon their request. They may request placenta for various purposes (e.g., burial, planting, healing, consumption, ceremonial use, encapsulation). In the Republic of Slovenia, there are 14 maternity hospitals and most of them do not allow the placenta to be taken home because they believe that, according to the Slovenian Property Code, the placenta cannot be the subject of a property right. They also follow the opinion of the Medical Ethics Commission of the Republic of Slovenia, which overlooks the right of the woman giving birth to exercise the right of personality. Concerns are raised in particular related to placentophagy and the risk for the consumer and child. In this article, therefore the author accounts for the rituals associated with the placenta, placentophagy, and the legal status of the placenta after separation from the mother. The author provides comparative legal solutions to open legal questions and ethical dilemmas in the selected legal system.

ODŠKODNINSKA ODGOVORNOST ZDRAVNIKA IN TERAPEVTSKA SVOBODA

NATAŠA SAMEC BERGHAUS

Univerza v Mariboru, Pravna fakulteta, Maribor, Slovenija
natasa.samecberghaus@um.si

V prispevku se po kriterijih, ki se uporabljajo v odškodninskih sporih v Sloveniji, kjer se ugotavlja, ali je prišlo do zdravniške napake pri uporabi določene metode konvencionalne medicine, analizira, ali (in kdaj) lahko pomeni zdravnikova uporaba posamezne metode nekonvencionalne medicine zdravniško napako in posledično tudi morebitno odškodninsko odgovornost zdravnika zaradi kršitev medicinskih standardov. Navedeno vprašanje je povezano z razumevanjem pojma terapevtska svoboda in terminologijo s področja nekonvencionalne medicine. Ker ne obstajajo pravila za »pravilno zdravljenje« posameznika, tudi ni mogoče postaviti splošnih pravil glede napačnega ravnanja pri izbiri metode zdravljenja. Bistveno pri zdravnikovem postopku odločanja in tehtanja glede uporabe metode nekonvencionalne medicine je, da je ravnal s skrbnostjo strokovnjaka dobrega zdravnika in opravil ustrezno pojasnilno dolžnost v zvezi z izbiro metode zdravljenja ter v tem okviru tudi upošteval pacientovo voljo in njegovo pravico do soodločanja.

DOI
[https://doi.org/
10.18690/um.pf.1.2024.14](https://doi.org/10.18690/um.pf.1.2024.14)

ISBN
978-961-286-817-8

Ključne besede:
odškodninska
odgovornost,
terapevtska svoboda,
nekonvencionalna
medicina,
zdravniki,
konvencionalna medicina



Univerzitetna založba
Univerze v Mariboru

DOI

[https://doi.org/
10.18690/um.pf.1.2024.14](https://doi.org/10.18690/um.pf.1.2024.14)

ISBN

978-961-286-817-8

Keywords:

tort liability,
therapeutic freedom,
unconventional medicine,
physician,
conventional medicine

MALPRACTICE LIABILITY OF PHYSICIAN AND THERAPEUTIC FREEDOM

NATAŠA SAMEC BERGHAUS

University of Maribor, Faculty of Law, Maribor, Slovenia
natasa.samecberghaus@um.si

The subject of the contribution is an analysis of whether and when a physician's employment of a particular unconventional medicine method may be considered a medical error, potentially incurring the physician's liability for violating medical standards, based on criteria used in Slovenian compensation disputes. This issue ties into the concept of 'therapeutic freedom' and the terminology associated with unconventional medicine. Since no definitive rules exist for the 'proper treatment' of an individual, it is equally challenging to set universal standards for malpractice in the selection of a treatment method. Central to the physician's decision-making process in employing unconventional medicine is the expectation that they act with the diligence of a skilled professional (good physician) and fulfill their duty to adequately inform the patient regarding the chosen treatment method, while also respecting the patient's will and their right to participate in decision-making.



1 Uvod

V prispevku se analizirajo kompleksna vprašanja, ki se lahko pojavijo v zvezi z odškodninsko odgovornostjo zdravnikov, če uporabljajo določene nekonvencionalne metode zdravljenja.

Po parametrih, ki se uporabljajo v odškodninskih sporih v Sloveniji, kjer se ugotavlja, ali je prišlo do zdravniške napake pri uporabi določene metode konvencionalne medicine, se v prispevku analizira, kdaj lahko pomeni zdravnikova uporaba posamezne metode nekonvencionalne medicine zdravniško napako in posledično tudi morebitno odškodninsko odgovornost zdravnika, če bi pacientu nastala škoda. Temeljno vprašanje, ki si ga zastavljamo v zvezi z odškodninsko odgovornostjo zdravnika in terapevtsko svobodo, je zato: ali pomeni odmik od medicinskega standarda z uporabo metode nekonvencionalne medicine avtomatično kršitev dolžnega ravnanja zdravnika in s tem zdravniško napako pri zdravljenju? Navedeno vprašanje je povezano z razumevanjem kompleksnega pojma terapevtska svoboda in terminologijo s področja nekonvencionalne medicine.

Prispevek je razdeljen na šest poglavij: uvod, štiri poglavja, ki analizirajo temo prispevka, in zaključek. Uvod vsebuje pregled obravnavane teme ter kratek opis posameznih poglavij. V drugem poglavju (opredelitev problema) je predstavljeno izhodišče raziskovanja, tj. kaj vključuje pojem odškodninske odgovornosti zdravnika in v zvezi s tem nejasnosti z vidika zdravnikove terapevtske svobode pri uporabi različnih nekonvencionalnih metod zdravljenja. V naslednjem, tretjem poglavju (metode zdravljenja in njihovo razvrščanje), so predstavljeni različni teoretični poskusi definiranja in razvrščanja metod zdravljenja na mednarodni ravni; prav tako so analizirani nekateri primerjalnopravni zakonodajni pristopi, izpostavljen pa je tudi problem slovenske terminologije na področju nekonvencionalne medicine. V četrtem poglavju (terapevtska svoboda in izbira metode zdravljenja) so analizirani elementi terapevtske svobode, v katerem se opozarja na razlike z vidika tujih ureditev, ki ne omejujejo zdravnikov pri izbiri metode zdravljenja. Peto poglavje (kriteriji za ugotavljanje odškodninske odgovornosti v primeru uporabe metod nekonvencionalne medicine) predstavlja in analizira vse predpostavke, ki jih je treba upoštevati za nastanek odškodninske obveznosti zdravnika v zvezi z uporabo določene metode nekonvencionalne medicine, da se lahko odgovori na temeljno raziskovalno vprašanje. V zaključku so zapisane najpomembnejše ugotovitve.

2 Opredelitev problema

Odškodninska odgovornost zdravnikov je povezana z določenim napačnim ravnanjem pri obravnavi pacienta, zlasti z napakami v postopku ali izboru zdravljenja ali neustrezno opravljeno pojasnilno dolžnostjo.¹

Čeprav povsod število odškodninskih zahtevkov proti zdravnikom in zdravstvenim organizacijam zaradi zdravniške napake narašča,² pa žal v Sloveniji zaenkrat nimamo posebnih evidenc o številu napak v zdravstvu,³ kakor se tudi ne vodijo posebne evidences o vloženi odškodninskih zahtevkih zaradi zdravniških oz. zdravstvenih napak.⁴

Pregled dostopne sodne prakse pokaže, da je največ odškodninskih zahtevkov v zvezi z zdravniško napako, kjer so tožbe usmerjene zoper zdravnike in zdravstvene organizacije oz. zavarovalnice, kjer je zavarovana njihova odgovornost, ne pa na ostale zdravstvene delavce, ki sodelujejo z zdravnikom (npr. medicinske sestre, zdravstvene tehnike, bolničarje ...).⁵ Temu je tako, ker je zdravnik tisti, ki je odgovoren za izbiro in postopek zdravljenja ter je v zvezi s tem največ težav v praksi.⁶

¹ Več o pojmu zdravstvene oz. zdravniške napake gl. N. Samec Berghaus, R. Felicijan Pristovšek, Nova dognanja o odškodninski odgovornosti zdravnika, 2016, str. 111–115.

² To je posledica velikega števila smrti zaradi zdravniške napake v ZDA (tako M. A. Makary, M. Daniel, Medical Error—The Third Leading Cause of Death in the US, 2016, str. 2).

³ Upamo lahko, da bo nov digitalni model poročanja res končno zaživel v praksi. Več o tem gl. v člankih: STA, Kam sporočiti napake v zdravstvu?, 2020, dostopno na: <https://www.iusinfo.si/medijsko-sredisce/v-srediscu/256285> (24. 10. 2023) in M. Z., V pripravi aplikacija za anonimno sporočanje težav med zdravstveno obravnavo, 2023, dostopno na: <https://www.rtvlo.si/zdravje/v-pripravi-aplikacija-za-anonimno-sporocanje-tezav-med-zdravstveno-obravnavo/681673> (24. 10. 2023).

⁴ Delno sliko si lahko ustvarimo z iskanjem v javno dostopni bazi sodne prakse, vendar pa tako ni mogoče ugotoviti npr., koliko odškodninskih zahtevkov je rešenih brez sodnega spora ali zaključenih že pred prvostopenjskimi sodišči (gl. <http://sodnapraksa.si/>). Primera, ki se opisuje v časopisu Dnevnik, ko gre za uporabo metode nekonvencionalne medicine (kiropraktike), ni mogoče zaslediti v bazi sodne prakse, čeprav članek opisuje, kaj naj bi kiropraktik povedal na sodišču (M. Furlan - Rus, Kiropraktikov poseg s hudimi posledicami, Dnevnik, 2006, dostopno na: <https://www.dnevnik.si/165801> (24. 10. 2023)).

⁵ Poizvedba v bazi sodnapraksa.si pokaže skupno 168 zadetkov po naslednjih kriterijih: zdravniška napaka IN področje: "odškodninsko pravo") IN institut: ("zdravniška napaka" "odškodnina za telesne bolečine in nevšečnosti med zdravljenjem" "medicinska napaka (zdravniška napaka)") IN (oddelek: "Civilni oddelek") IN (sodišče: "Vrhovno sodišče" ALI sodišče: "Višje sodišče v Mariboru" ALI sodišče: "Višje sodišče v Ljubljani" ALI sodišče: "Višje sodišče v Kopru" ALI sodišče: "Višje sodišče v Celju").

⁶ V sodni praksi najdemo manjši del odškodninskih zahtevkov v zdravstveni dejavnosti še povezanih z ravnanji medicinskih sester, ki so opustile svojo dolžno skrbno ravnanje, bodisi v povezavi z odgovornostjo zdravnikov (gl. npr. VSL sodba I CP 44/2021 z dne 9. 2. 2021, ECLI:SI:VSLJ:2021:I.CP.44.2021; VSC sodba in sklep Cp 180/2018 z dne 18. 10. 2018, ECLI:SI:VSC:2018:CP.180.2018) bodisi za njihovo neustrezno ravnanje pri negi in varstvu pacientov (gl. npr. VSL sodba II Cp 2932/2009 z dne 11. 11. 2009, ECLI:SI:VSLJ:2009:II.CP.2932.2009; VSL sklep II Cp 1391/2018 z dne 28. 11. 2018, ECLI:SI:VSLJ:2018:II.CP.1391.2018; Sodba II Ips 315/2013 z dne 20. 2. 2014, ECLI:SI:VSR:2014:II.IPS.315.2013).

V naši sodni praksi najdemo torej odškodninske primere v zvezi z zdravniškimi napakami, povezanimi z izbranimi metodami zdravljenja s področja šolske oz. konvencionalne medicine. Ni pa mogoče najti med judikati odškodninskega primera zoper zdravnika v zvezi z uporabo določene metode nekonvencionalne medicine.⁷

V Sloveniji se – kot edini državi članici EU – z zakonom omejuje zdravnikom z licenco (tistim, ki opravljajo zdravniško službo) možnost uporabe različnih metod nekonvencionalne medicine, kar pomeni omejevanje njihove terapevtske svobode.⁸ Tako da so zgolj zdravniki brez licence v Sloveniji tisti, ki naj bi uporabljali različne metode tudi nekonvencionalne medicine.⁹ Vsekakor pa je – v povezavi z izbiro metode zdravljenja – zanimivo vprašanje, kako se presoja njihova odškodninska odgovornost v primeru morebitnega neuspešnega zdravljenja, ki rezultira v nastanku škode, ker v Sloveniji nimamo standardov (pravil stroke) na tem področju. Prav tako je terminologija, ki se v zvezi s tem uporablja, napačna. Govori se o zdravilstvu, kar lahko povzroči veliko zmedo v določenem odškodninskem sporu s tega področja.

Pojem zdravniške napake povezujemo z negativnim odstopanjem od medicinskega standarda, ki pa je dinamična kategorija, ki jo je potrebno napolniti v vsakem posebnem primeru, saj je podvržen spremembam in napredku medicine.¹⁰

⁷ Poizvedbe so bile opravljenе po različnih kriterijih za obdobje od 1. 1. 1992 do 24. 10. 2023. V poizvedbah se spreminja vedno zgolj prvi kriterij, ostali so nespremenjeni. Zato zgolj pod točko A navajamo vse kriterije, v naslednjih točkah pa navajamo zgolj spremenljiv kriterij: A. nekonvencionalno zdravljenje IN področje: ("odškodninsko pravo") IN institut: ("zdravnik") IN (oddelek: "Civilni oddelek") IN (sodišče: "Vrhovno sodišče" ALI sodišče: "Višje sodišče v Mariboru" ALI sodišče: "Višje sodišče v Ljubljani" ALI sodišče: "Višje sodišče v Kopru" ALI sodišče: "Višje sodišče v Celju". B. alternativno zdravljenje* C. Homeopatija Č. Kiropraktik D. Akupunktura E. Osteopat F. Bioresonanca G. Hipnoza H. Zeliščarstvo I. fitoterapija J. manualna terapija K. bioenergija. V sodni praksi najdemo zgolj en primer, ko je kiropraktik, ki je v sodbi imenovan »terapevt« (ne zdravnik), naredil napako. Iz judikata izhaja, da je bila podana odškodninska odgovornost, ker je terapevt opustil dolžno profesionalno skrbnost zaradi tega, ker: »... pred začetkom izvajanja terapije od tožnice ni zahteval ustrezne zdravstvene dokumentacije in se ni prepričal o njenem zdravstvenem stanju ter je ni opozoril na možne zaplete in posledice.« (VSL, sodba I Cp 2443/2009 z dne 9. 9. 2009, ECLI:SI:VSLJ:2009:ICP.2443.2009).

⁸ Novela E Zakona o zdravniški službi (Uradni list RS, št. 72/06 – uradno prečiščeno besedilo, 15/08 – ZPacP, 58/08, 107/10 – ZPPKZ, 40/12 – ZUJF in 88/16 – ZdZPZD, 40/17 in 64/17 – ZZDej-K, 49/18, 66/19 in 199/21; ZZdrS), ki je bila sprejeta po nujnem postopku v Državnem zboru 30. 5. 2008 (ZZdrS-E; Uradni list RS, št. 58/08), je v Sloveniji uzakonila anomalijo, ki je na evropski ravni ni mogoče zaslediti, in sicer, da se »zdravniku, ki opravlja zdravilsko dejavnost, licenca ne podeli« (34. člen ZZdrS) ter »začasen odvzem licence se izreče tudi, če zdravnik opravlja zdravilsko dejavnost, in sicer za čas opravljanja zdravilske dejavnosti« (37. člen ZZdrS). Več o tem N. Samec Berghaus, Začarani krog ustavno sporne ureditve nekonvencionalne medicine, 2019, str. 11–13.

⁹ Edina raziskava v Sloveniji, ki je bila opravljena med zdravniki, je iz leta 2019, in razkriva, da vsaj 109 zdravnikov v Sloveniji, ki so različnih specializacij (ne ve pa se, ali imajo aktivno ali neaktivno licenco), opravlja v praksi različne metode nekonvencionalne medicine. Največ opravljajo akupunkturo, sledijo homeopatija, medicinska hipnoza, fitoterapija, manualna medicina, bioresonanca, kitajska tradicionalna medicina in kiropraktika (več o tem gl. G. Berghaus, 2019, Uporaba komplementarnih in alternativnih metod zdravljenja v zdravniški praksi v Sloveniji, str. 19–52).

¹⁰ Več o tem gl. N. Samec Berghaus, R. Felicijan Pristovšek, Nova dognanja o odškodninski odgovornosti zdravnika, 2016, str. 111–115.

Spremenljivost je torej ena izmed glavnih odlik standarda. Vendar je treba ugotoviti, da je zaradi zakonske ureditve v Sloveniji, kakor tudi zaradi nasprotovanja predstavnikov konvencionalne medicine v Sloveniji glede metod nekonvencionalne medicine, pri nas oviran razvoj standardov na področju uporabe metod nekonvencionalne medicine. To je razvidno že iz edinega sodnega postopka, ki je zaveden v bazi, sicer zoper nezdravnika, terapevta kiropraktika, kjer je sodišče sprva postavilo kot izvedenca kiropraktika in šele kasneje ugotovilo, da v Sloveniji nimamo izvedencev za področje kiropraktike.¹¹

Za razliko od nekaterih drugih ved, v medicini seveda ne obstajajo priročniki izbranih norm, iz katerih bi lahko razbrali pravilno ravnanje v zvezi z določenim medicinskim problemom. Zato je treba tudi raziskati, kaj sploh pomeni zdravnikova možnost izbire metode zdravljenja, ki je element njegove terapevtske svobode. V tej zvezi analiziramo, kakšni so mednarodni kriteriji razvrščanja posameznih metod zdravljenja, da vidimo kompleksnost, povezano z izbiro posamezne metode, oz. ugotovimo, ali obstajajo kakšni posebni standardi.

Po kriterijih, ki se uporabljajo v odškodninskih sporih v Sloveniji, kjer se ugotavlja, ali je prišlo do zdravniške napake pri uporabi določene metode konvencionalne medicine, se v prispevku analizira, ali (in kdaj) lahko pomeni zdravnikova uporaba posamezne metode nekonvencionalne medicine zdravniško napako zaradi kršitve medicinskih standardov (pravil stroke – ravnanje po spoznanjih znanosti in strokovno preverjenih metodah) in posledično tudi morebitno odškodninsko odgovornost zdravnika, v primeru nastanka škode pacientu.

3 Metode zdravljenja in njihovo razvrščanje

3.1 Mednarodna terminologija na področju (ne)konvencionalne medicine

Izbira ustrezne metode zdravljenja je kompleksno opravilo zdravnika, ki se preverja v sodnem postopku pri ugotavljanju odškodninske odgovornosti. Temeljni element odškodninske odgovornosti je namreč vezan na ugotovitev, ali je bilo zdravljenje v skladu s pravili stroke. V Sloveniji obstaja velika praznina na področju

¹¹ Gl. VSL sodba I Cp 2443/2009 z dne 9. 9. 2009, ECLI:SI:VSLJ:2009:ICP.2443.2009: »...Res je sodišče, kot trdi pritožba tožene stranke, sprejelo sklep o postavitvi izvedenca kiropraktika, vendar je, ker je ugotovilo, da takih izvedencev ni, po predhodnem soglasju postavilo izvedenca dr. T., specialista fizikalne rehabilitacijske medicine.«

terminološkega razvrščanja metod nekonvencionalne medicine. Pravilna terminologija je ključna za razumevanje in ustrezno klasifikacijo metod zdravljenja. Zaradi kompleksnosti, povezane z izbiro posamezne metode, je treba analizirati, kakšni so mednarodni kriteriji razvrščanja posameznih metod zdravljenja. Poleg tega je treba ugotoviti, ali na mednarodni ravni obstajajo posebni standardi oz. kakšna so prizadevanja v smeri standardizacije. Vprašanje pa je tudi, ali je takšna standardizacija sploh možna.

3.1.1 Teoretični poskusi definiranja in razvrščanja

Tuji zdravstveni sistemi uporabljajo kompleksnejše pristope zdravljenja, ki vključujejo povezavo med konvencionalno in (znanstveno dokazanimi) drugimi oblikami medicine. Med modernejšimi pristopi zdravljenja je zaslediti različne pojme, kot so npr.: komplementarna medicina (KM), alternativna medicina (AM), kombinacija obeh pojmov - komplementarna in alternativna medicina (KAM), integrativna medicina (IM) in komplementarna in integrativna medicina (KIM). Žal pa so naštetih pojmi v različnih državah Evrope in tudi po svetu različno opredeljeni, vključujejo različne metode, postopke in načine zdravljenja. Ni mogoče najti enotne definicije in zgolj enega pristopa. Posledica tega je zmeda in težave pri usklajevanju in sodelovanju, tako med državami kot tudi med konvencionalno in nekonvencionalno medicino.¹²

Ker se KM uporablja večinoma kot dodatek konvencionalni medicini (čeprav ne vedno), se je predlagalo, da bi se uporabljal izraz IM, ki predstavlja opis oblik terapij, ki zajemajo »najboljše« od konvencionalne medicine in nekonvencionalnih oblik zdravljenja.¹³ Razumevanje pojma IM v smislu integracije konvencionalne medicine in KM se je pojavilo tudi že v Sloveniji.¹⁴ Pojma »KM« in »IM« se v okviru te definicije običajno uporabljata kot sinonima,¹⁵ kar lahko opazimo tudi v slovenskem prostoru.¹⁶ Čeprav to ni najbolj primerno, je pa gotovo primernejše od povsem neustreznega pojma »zdravilstvo«, ki se je pri nas uveljavil v strokovnih krogih in

¹² T. Falkenberg, G. Lewith, P. Roberti di Sarsina et al., *Towards a Pan-European Definition of Complementary and Alternative Medicine: A Realistic Ambition?*, 2012, str. 7.

¹³ Prim. prav tam.

¹⁴ Gl. opredelitve pri A. Zaloker, U. Zaloker, *Komplementarna in integrativna medicina*, 2011, str. 33–38 in Z. Turk, *Integrativna medicina - da ali ne?*, 2011, str. 1–5.

¹⁵ Gl. P. Heusser, *We Need a Conceptual Integration of Conventional and Complementary Medicine*, 2010, str. 217.

¹⁶ A. Zaloker, U. Zaloker, *Komplementarna in integrativna medicina*, 2011, str. 33–38 in Z. Turk, *Integrativna medicina - da ali ne?*, 2011, str. 1–5.

posledično v zakonodaji.¹⁷ IM predstavlja celostno integracijo nekonvencionalnih terapij v vsakdanjo medicinsko prakso oz. metode zdravljenja, ne pa zgolj njihovo dopolnilno uporabo.¹⁸ To bistveno vpliva na večjo možnost uporabe teh metod v praksi.

3.1.2 Primerjalnopravni zakonodajni pristopi glede nekonvencionalne medicine

Primerjalne države večinoma uporabljajo pojem dopolnilne/komplementarne in alternativne oz. tudi nekonvencionalne metode zdravljenja, vendar tudi glede teh pojmov ni univerzalne (enotno zavezujoče) definicije, kar je problem številnih metod z različnimi izhodišči.

V Avstriji ne najdemo na zakonski ravni razvrščanja metod nekonvencionalne medicine, imajo pa zdravniki prosto izbiro glede uporabe metod zdravljenja (drugi odstavek par. 2 Zakona o zdravnikih¹⁹ (Ärztegesetz). Sicer izrecno v zakonu ne piše, da lahko uporabljajo poleg metod konvencionalne medicine tudi tradicionalne, alternativne in dopolnilne metode zdravljenja, vendar je to razvidno posredno iz opredelitve vsebine njihovega poklica (drugi odstavek par. 2 Ärztegesetz), in sicer, da opravljajo dejavnost, ki temelji na »medicinsko-znanstvenih spoznanjih« (medizinisch-wissenschaftliche Erkenntnisse),²⁰ kakor tudi iz ostalih določil zakona. Med drugim tako izhaja iz par. 42 Ärztegesetz, ki določa, da lahko zgolj v namene izobraževanja metode komplementarne in alternativne medicine demonstrirajo (ne pa uporabljajo) tudi druge osebe, vendar lahko to izvajajo najdlje šest mesecev.²¹

¹⁷ Uvedba pojma »zdravilstvo« v Sloveniji je bila več kot očitno posledica izključevalne politike slovenske medicinske znanosti, ki je imela vpliv na poimenovanja zaradi pristojnosti organov, v katere so bili posamezniki vključeni. Več o problematiki pojma zdravilstvo gl. v tem prispevku pod 3.2. »Problem slovenske terminologije na področju nekonvencionalne medicine«.

¹⁸ Gl. pri P. Heusser, *We Need a Conceptual Integration of Conventional and Complementary Medicine*, 2010, str. 217; in R. Lütke, *We Need a Pluralism of Therapies and Medicines*, 2010, str. 220.

¹⁹ Bundesgesetz über die Ausübung des ärztlichen Berufes und die Standesvertretung der Ärzte (Ärztegesetz 1998 – ÄrzteG 1998); StF: BGBl. I Nr. 169/1998, nazadnje spremenjen s par. 2 zakona z dne 21. 7. 2023 (BGBl. I Nr. 108/2023).

²⁰ Pojem razlagajo tako, da poleg metod, ki so empirično dokazane, vključuje tudi aдекватne metode. V sodni praksi (avstrijsko sodišče OGH, 4 Ob 217/04x z dne 30. 11. 2004,) se izrecno poudarja, da imajo lahko znanstveno podlago tudi metode, ki še niso del šolske medicine kot sta homeopatija in akupunktura.

²¹ Par. 42 Ärztegesetz določa: »(1) Komplementär- oder alternativmedizinische Heilverfahren dürfen auch von Personen, die im Geltungsbereich dieses Bundesgesetzes nicht zur ärztlichen Berufsausübung berechtigt sind, zu Demonstrationszwecken in Aus- und Fortbildungsveranstaltungen von Gesundheitsberufen, die in Zusammenarbeit mit einer Landesärztekammer oder der Österreichischen Ärztekammer durchgeführt werden, vorgeführt werden.«

Prav tako se v sodni praksi priznava, da »so lahko alternativne metode obravnave (vsaj v določenem obsegu) znanstveno utemeljene, čeprav zaenkrat niso del šolske medicine, kot npr. homeopatija in akupunktura.«²² Izpostavlja se tudi, da za alternativno medicino sicer ni enotne, zavezujoče definicije, kar je problem obstoja številnih metod z različnimi izhodišči.

Zelo zanimiva situacija je v Nemčiji, kjer najdemo enumeracijo nekaterih metod (alternativnega) zdravljenja v Zakonu o zdravilih²³ (Arzneimittelgesetz; AMG) pod posebnimi terapevtskimi metodami (Besondere Therapierichtungen): fitoterapevtske, homeopatske in antropozofske, kjer pa zakon določa predpostavke za registracijo zdravil, ki se uporabljajo za tovrstne terapevtske metode, ne definira pa posebej posameznih metod zdravljenja, kakor tudi ne določa predpostavk za njihovo izvajanje. S tem so v Nemčiji že leta 1976 z AMG (posredno) uzakonili pluralizem različnih metod zdravljenja v medicini za zdravnike, čeprav AMG teh metod ni vsebinsko urejal, ker je problematika tega zakona vezana na pogoje za registracijo zdravil. V Nemčiji se torej zagotavlja terapevtska svoboda (enako kot v Avstriji).

V Italiji področje uporabe dopolnilnih in alternativnih oblik zdravljenja (oz. metod nekonvencionalne medicine,²⁴ v skladu z njihovo terminologijo)²⁵ ni urejeno eksplicitno v italijanski zakonodaji, italijansko Vrhovno sodišče pa zastopa stališče (tako izhaja iz sodne prakse: sprejete odločitve v letih 1982, 1999, 2003, 2005, 2007), da smejo nekonvencionalne oblike zdravljenja prakticirati zgolj zdravniki (in

(2) Die Tätigkeit gemäß Abs. 1 darf sich längstens über sechs Monate erstrecken. Eine Verlängerung ist nicht zulässig. Nach Beendigung einer solchen Tätigkeit kann von einer weiteren Einladung im Sinne des Abs. 1 erst nach Ablauf eines Jahres Gebrauch gemacht werden.«

²² »Auch wenn sie (noch) nicht Eingang in die Schulmedizin gefunden haben, können alternative Behandlungsmethoden (zumindest in gewissem Ausmaß) wissenschaftlich fundiert sein, so etwa der Fall bei der Homöopathie und der Akupunktur.« Povzeto iz judikata avstrijskega sodišča OLG Graz 9 Bs 254/05d z dne 1. 3. 2006.

²³ V verziji z dne 12. 12. 2005 (BGBl. I S. 3394), nazadnje spremenjen s par. 1. zakona z dne 19. 7. 2023 (BGBl. 2023 I Nr. 197).

²⁴ Dostopno na: <http://www.unconventional-medicine.it/medicina/intro.html> (24. 10. 2023). Izraz nekonvencionalna medicina uporabljajo, ker te discipline niso vključene v obvezne kurikulumne na medicinskih fakultetah v Italiji (A. Scuotto, *Medicine Non Convenzionali, Che cosa sono? Quali sono?*, 2011, dostopno na: <http://www.medicitalia.it/minforma/medicine-non-convenzionali/819-medicine-convenzionali.html> (16. 9. 2021)).

²⁵ V Italiji se uporablja pojem nekonvencionalna medicina (gl. P. Roberti di Sarsina, I. Iseppato, *State of Art of the Regulative Situation of Nonconventional Medicines in Italy*, 2010, str. 141; enako P. Roberti di Sarsina, I. Iseppato, *Looking for a Person-Centered Medicine: Non Conventional Medicine in the Conventional European and Italian Setting, Evidence-Based Complementary and Alternative Medicine*, 2011, str. 6).

zobozdravniki), ker je treba zaščititi javno zdravje.²⁶ Sodišče je med metode nekonvencionalne medicine uvrstilo: akupunkturo, tradicionalno kitajsko medicino, ajurvedsko medicino, homeopatijo, antropozofsko medicino, homotoksiologijo in fitoterapijo. Zdravnikom je tudi prepovedano, da nezakonito sodelujejo z drugimi izvajalci (npr. zdravilci).²⁷

Na Madžarskem se uporablja termin nekonvencionalni postopki zdravljenja.²⁸ Nekonvencionalne oblike oz. postopki zdravljenja so del zdravstvene dejavnosti in jih lahko izvajajo zdravniki in nezdravniki (oz. drugi izvajalci),²⁹ vendar lahko nezdravniki v skladu z zakonskimi predpisi izvajajo le manjši del teh metod.³⁰

Zdravniki v Združenem kraljestvu niso omejeni pri uporabi določene metode dopolnilne oz. alternativne oblike zdravljenja (Complementary and Alternative Medicine – CAM),³¹ če imajo zato potrebna znanja in kvalifikacije, ker jim Zdravniški zakon³² (Medical Act) ne predpisuje, katere oblike terapije lahko izvajajo. Poleg tega tudi niso omejeni pri izbiri svojih sodelavcev, ohranjajo pa odgovornost za svoje paciente, če jih napotijo k nezdravnikom (non-allopathic practitioners).³³

V Švici se je uveljavil pojem komplementarna medicina, ki je skupni pojem za izvajanje naravnega zdravljenja (naturheilkundlich), alternativnih in drugih nešolskih postopkov zdravljenja, ki jih izvajajo zdravniki kot tudi terapevti alternativne medicine in komplementarni terapevti, ki jih s skupnim izrazom označujejo

²⁶ S. Wiesener, T. Falkenberg, G. Hegyi et al., Final report of CAMbrella Work Package 2, Legal status and regulation of CAM in Europe, 2012, str. 130.

²⁷ WHO, Legal Status of Traditional Medicine and Complementary/Alternative Medicine: A Worldwide Review, 2001, str. 101, dostopno na: <https://apps.who.int/iris/handle/10665/42452> (24. 10. 2023).

²⁸ Madžari so že leta 1997 delali obsežno reformo, ko so sprejeli Zakon o zdravju (podrobneje o madžarski ureditvi gl. N. Samec Berghaus, 2016, Študija o primerjalnih ureditvah za namen vsebinske podpore priprave Zakon o zdravilstvu, str. 34–44).

²⁹ Določbe 104. člena madžarskega zakona o zdravju pod terminom nekonvencionalni postopki vključuje nekonvencionalne terapevtske in komplementarne postopke.

³⁰ Ureditev je zelo natančna, želijo pa jo narediti še bolj rigorozno, predvsem z vidika, kdo so lahko izvajalci nekonvencionalnih metod in kakšni pogoji morajo biti zanje izpolnjeni (tako navajajo G. Hegyi et al., Attitude of Hungarian Healthcare Professionals (Mds, Nurses) Accordint to Cam Homeopathy: A Cross-Sectional, Qualitative Accumulated Survey's Data, 2014, str. 1).

³¹ Pod pojem komplementarna medicina se uvrščajo metode, ki so dopolnilne konvencionalni medicini (npr. akupunktura); alternativna medicina pa se uporablja za metode, ki se uporabljajo namesto metod konvencionalne medicine (npr. uporaba zeliščnih proizvodov za zdravljenje raka namesto operacije, radiacije ali kemoterapije); S. Boyle, Health Systems in Transition, United Kingdom (England) Health system review, 2011, str. 337. Poudarja se, da ni univerzalne definicije in da se mnogokrat posamezne metode lahko izvajajo bodisi kot dopolnilne bodisi kot alternativne npr. aromaterapija.

³² Dostopen na: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1983/54/contents> (24. 10. 2023).

³³ WHO, Legal Status of Traditional Medicine and Complementary/Alternative Medicine: A Worldwide Review, 2001, str. 126, dostopno na: <https://apps.who.int/iris/handle/10665/42452> (24. 10. 2023).

nezdravniški terapevti.³⁴ Zdravniki imajo terapevtsko svobodo in uporabljajo vse metode zdravljenja, za katere so ustrezno izobraženi.

3.2 Problem slovenske terminologije na področju nekonvencionalne medicine

Kot smo videli iz poglavja 3.1.2., v primerjalnih državah zakonodaje uporabljajo različen normativni pristop. Vendar pa je vsem zakonodajam skupno to, da uporabljajo mednarodno uveljavljene, primerljive termine v zvezi z metodami nekonvencionalne medicine. Večinoma uporabljajo pojem dopolnilne/komplementarne, alternativne oz. nekonvencionalne metode zdravljenja. Drugačna pa je situacija v Sloveniji, ker imamo na ravni zakonov neustrezno terminologijo, ki zadeva področje nekonvencionalne medicine, in sicer tako v Zakonu o zdravilstvu³⁵ (ZZdrav) in ZZdrS se uporablja povsem neprimeren pojem »zdravilstvo« za metode nekonvencionalne medicine, ki jih uporabljajo zdravniki. Zakon o zdravstveni dejavnosti³⁶ (ZZDej) sicer že od leta 1992 omenja v treh členih (58. do 60.) »dopolnilne tradicionalne in alternativne oblike diagnostike, zdravljenja in rehabilitacije«, vendar so navedene določbe v tej zvezi v praksi do danes neuporabne.³⁷ Kodeks zdravniške etike iz leta 2016 je v 6. členu predvidel pogoje za možnost uporabe dopolnilnih postopkov in prepovedal alternativne postopke.³⁸ Dopolnilni postopki so dopustni le ob izvajanju preverjenih načinov diagnostike in zdravljenja ter pri polni obveščenosti bolnika. Alternativni postopki kot nadomestek preverjenih načinov diagnostike ali zdravljenja zdravniku niso dovoljeni. Vendar 6. člen Kodeksa zdravniške etike zakonskih nesmislov definiranja in normiranja iz ZZdrS in ZZdrav ter posledic teh ureditev ne odpravlja, poleg tega pa njegova dikcija sproža dodatne dileme in nakazuje probleme v praksi.³⁹

³⁴ Gl. terminologijo v slovarju, Organisation der Arbeitswelt Alternativmedizin Schweiz, Glossar des Projektes Berufsfeldanalyse KAM, des Projektes Berufsreglementierung Alternativmedizin, der Qualitätssicherungskommission QSK AM, 2015, dostopno na: http://www.oda-am.ch/fileadmin/sites/oda/files/aktuell/QSK_DO_Glossar_150110_C.pdf (24. 10. 2023).

³⁵ Uradni list RS št. 94/07, 87/11.

³⁶ Uradni list RS, št. 23/05 – uradno prečiščeno besedilo, 15/08 – ZPacP, 23/08, 58/08 – ZZdrS-E, 77/08 – ZDZdr, 40/12 – ZUJF, 14/13 in 88/16 – ZdZPZD, 64/17, 1/19 – odl. US, 73/19, 82/20, 152/20 – ZZUOOP, 203/20 – ZIUPOPdVE, 112/21 – ZNUPZ, 196/21 – ZDOsk, 100/22 – ZNUZSZS, 132/22 – odl. US, 141/22 – ZNUNBZ, 14/23 – odl. US in 84/23 – ZDOsk-1

³⁷ Podrobneje o genezi pravne regulacije nekonvencionalne medicine pri nas gl. N. Samec Berghaus, Začarani krog ustavno sporne ureditve nekonvencionalne medicine, 2019, str. 11–13.

³⁸ Zdravniška zbornica Slovenije, Kodeks zdravniške etike, 2016, str. 17–21, dostopno na: <https://www.zdravnikazbornica.si/docs/default-source/zbornicni-akti/kodeks-2016.pdf?sfvrsn=2v>

³⁹ Da je ureditev v Kodeksu nejasna (in tudi zelo slabo zasnovana z vidika možnosti pacientov, da pridejo do alternativnih postopkov zdravljenja v skladu s sodno prakso EU, ki je bila že prenesena v Direktivo 2011/24/EU z dne 9. marca 2011 o uveljavljanju pravic pacientov pri čezmejnem zdravstvenem varstvu; UL L 88/45, 4. 4. 2011)

Naša zakonodaja je napisana v nasprotju z uveljavljenimi mednarodnimi koncepti zdravljenja in zdravnikovega dela, kar je razvidno iz uporabljene terminologije (zdravilstvo), kakor tudi iz dispozicije in sankcije v četrtem odstavku 37. člen ZZdrS, kjer je določeno, da če zdravnik opravlja »zdravilsko dejavnost«, se mu začasno odvzame licenca.

Nepoznavanje svetovnih trendov na tem področju, kakor tudi primerjalnih zakonodaj, je očitno prispevalo k temu, da v Sloveniji zdravnik ne sme uporabljati metod zdravljenja, ki pa jih lahko uporablja zdravilec, za katerega so predpisane nižje izobraževalne (in druge) zahteve kot za zdravnika z licenco.⁴⁰ Med »zdravilsko dejavnost« se namreč v skladu z ZZdrav uvrščajo različne nekonvencionalne (dopolnilne in alternativne) metode zdravljenja (npr. homeopatija, tradicionalna kitajska medicina, ajurveda), ki jih lahko (povsod po svetu) zdravnik uporabi v skladu s svojo terapevtsko svobodo, ki je zdravnikova osnovna pravica, brez katere zdravnik pri odločanju, kako bo nekega pacienta zdravil in kakšno zdravljenje je zanj najbolj ustrezno, ni avtonomen.⁴¹ Uporaba termina »opravljanje zdravilske dejavnosti« za zdravnike je zato v ZZdrS, ki ureja opravljanje zdravstvene dejavnosti kot zdravniške službe, primerjalnopravno neustrezna in napačna.⁴²

Zdravnikova uporaba različnih metod zdravljenja ne pomeni, da se zdravnik ukvarja z zdravilsko dejavnostjo, ker je pluralizem različnih metod zdravljenja vsebina njegove zdravniške službe in pomemben del njegove terapevtske svobode.

lahko predstavimo že na preprostem primeru: kako naj zdravnik postopa, če pacient ne bi dobro prenašal zdravila, ki se predpisuje v skladu z uradno (slovensko) doktrino, zdravnik pa bi poznal določeno alternativo (iz nekonvencionalne medicine v skladu z mednarodnimi standardi), ki bi jo pacientu predstavil, in ta bi se s tem strinjal ter prav tako želel preizkusiti? Ali zdravnik te alternative ne bi smel priporočati, ker obstaja »preverjena« uradna terapija v Sloveniji?

⁴⁰ Vsekakor se mora tudi zdravnik z licenco v primerjalnih ureditvah izobraziti o določeni metodi zdravljenja (gl. predhodno poglavje 3.1.2.), vendar pa posledica pridobitve novih znanj in uporabe novih metod zdravljenja v primerjalnih ureditvah nima za posledico, da mu je potem prepovedano delati (in uporabljati) metode zdravljenja, za katere se je šolal najmanj eno desetletje in pridobil svojo licenco (če upoštevamo šest let medicinske fakultete, pol leta pripravništva, strokovni izpit, najmanj štiri leta specializacije in specialistični izpit).

⁴¹ Več o terapevtski svobodi v poglavju 4. tega prispevka.

⁴² Pojem zdravilstvo/zdravilska dejavnost se v primerjalnih ureditvah ne uporablja v smislu nadpomenke za različne (dopolnilne in alternativne) metode zdravljenja, temveč se npr. zdravilstvo šteje v Združenem kraljestvu Velike Britanije in Severne Irske kot ena izmed metod; v Nemčiji so zdravniki posebna skupina izvajalcev, ki niso zdravniki in izvajajo dopolnilne in alternativne metode zdravljenja, v Avstriji se uporablja pojem zdravilec za tiste subjekte, ki jim je prepovedano izvajanje dopolnilnih in alternativnih metod zdravljenja (več o primerjalnih ureditvah tudi z zornega kota nezdravniških terapevtov/zdravilcev gl. v N. Samec Berghaus, 2016, Študija o primerjalnih ureditvah za namen vsebinske podpore priprave Zakon o zdravilstvu, str. 1–74).

Neustrezno poimenovanje v Sloveniji in odsotnost konsenza o definicijah imajo negativne implikacije na raziskave in klinično prakso na tem področju. Seveda pa to tudi preprečuje ustrezno sodelovanje med zdravniki in nezdravniki/zdravilci, kar ima za posledico oslABLJENO oskrbo za pacienta.⁴³

4 Terapevtska svoboda in izbira metode zdravljenja

Zdravnikom se nikjer v primerjalnih ureditvah ne predpisuje, katere metode zdravljenja naj uporabljajo v določenem primeru, kakor tudi ne, da določene metode, za katero so izobraženi, ne smejo uporabljati.⁴⁴ Tudi Svetovni priročnik zdravniške etike⁴⁵ (za razliko od slovenskega Kodeksa zdravniške etike)⁴⁶ ne omejuje zdravnikov pri uporabi različnih metod zdravljenja in posebej izpostavlja njihovo ločnico do zdravilcev (nezdravnikov).

Pluralizem različnih metod zdravljenja (konvencionalnih in nekonvencionalnih) je vsebina zdravnikove, zdravniške službe.⁴⁷ Zato je pri opravljanju zdravniškega poklica terapevtska svoboda bistvena in se tudi označuje za njegovo »jedro«.⁴⁸ Vključuje tri elemente: zdravnik odloča o tem, ali bo zdravljenje pričel; prav tako je zdravnik svoboden pri izbiri diagnostične in/ali terapevtske metode, kar vključuje tudi njegovo pravico, da odloča o tem, da ne bo uporabil metode ali predpisal zdravil, ki niso v skladu z njegovo vestjo, torej ne more biti prisiljen k temu.⁴⁹ Tudi iz slovenskih zakonskih določb jo je mogoče razbrati, in sicer:

- zdravnik je pri sprejemanju svojih odločitev neodvisen in svobodno izbere način zdravljenja, ki je v danih okoliščinah najprimernejši (prvi odstavek 3. člena ZZdrS);

⁴³ T. Falkenberg, G. Lewith, P. Roberti di Sarsina et al., *Towards a Pan-European Definition of Complementary and Alternative Medicine: A Realistic Ambition?*, 2012, str. 6.

⁴⁴ Gl. v poglavju 3.1.2.

⁴⁵ World Medical Association, *Medical Ethics Manual*, dostopno na: <https://www.wma.net/what-we-do/education/medical-ethics-manual> (24. 10. 2023).

⁴⁶ Gl. več o problematiki slovenskega kodeksa v poglavju 3.2.

⁴⁷ T. J. Kaptchuk, F. G. Miller, *Viewpoint: What is the Best and Most Ethical Model for the Relationship Between Mainstream and Alternative Medicine: Opposition, Integration, or Pluralism?* 2005, str. 286–90; H. Kiene, B. Brinkhaus, G. Fischer et al., *Professional Treatment in the Context of Medical Pluralism: A German Perspective*, 2010, str. 53–56; H. Kiene, H. Heimpel, *Ärztliche Professionalität und Komplementärmedizin: Was ist seriöses Therapieren?*, 2010, str. 548–550; F. Marian, *Medical Pluralism: Global Perspectives on Equity Issues*, 2007, str. 10–8; R. Zuck, *Der verfassungsrechtliche Rahmen von Evaluation und Pluralismus*, 2006, str. 515–519.

⁴⁸ W. Frahm, *Einschränkung der Therapiefreiheit durch das Haftungsrecht*, 2005, str. 529; A. Laufs, W. Uhlenbruck, B.-R. Kern et al., 2010, *Handbuch des Arztrechts*, str. 24.

⁴⁹ Prav tam.

- zdravstveni delavec lahko samostojno opravlja vsako delo, za katero ima ustrezno izobrazbo in je zanj usposobljen ter ima ustrezno opremo (55. člen ZZDej);
- zdravstveni delavec lahko odkloni zdravstveni poseg, če sodi, da ni v skladu z njegovo vestjo in z mednarodnimi pravili medicinske etike (prvi odstavek 56. člena ZZDej);
- zdravnik lahko v utemeljenih primerih, ko bi bilo zdravljenje predvidoma manj uspešno oz. nemogoče ali kadar tako določa zakon, zavrne pacienta.⁵⁰

Omejitve terapevtske svobode zdravnikov lahko sicer najdemo (v tujini in pri nas), v različnih predpisih, ki določajo dolžna ravnanja zdravnikov (predpisi s področja zdravstvenega in socialnega varstva oz. zdravstvenega zavarovanja) ali/in v predpisih, ki sankcionirajo kršitve dolžnih ravnanj (kazenska in civilna zakonodaja). Vendar pa se v tem prispevku ukvarjamo zgolj z omejitvami pri svobodni izbiri metode zdravljenja. Medtem ko v drugih državah zakonsko regulirajo metode zdravljenja, ki so »pridržane«⁵¹ zgolj zdravnikom (in prepovedane nezdravnikom) zaradi varstva pacientov,⁵¹ se v Sloveniji zakonsko omejujejo metode zdravljenja, ki jih lahko zdravniki z licenco (specialisti) uporabijo pri pacientih. Za tako normativno ureditev pri nas ni mogoče najti zdravorazumskega razloga. Najti je zgolj članke s prepričanji nekaterih (očitno v Sloveniji) dovolj vplivnih konvencionalnih zdravnikov z močno averzijo do drugačnih (dopolnilnih in alternativnih) metod zdravljenja, ki se trudijo svojim kolegom zdravnikom in laikom te metode zdravljenja prikazati kot »hokus pokus«, vračanje v preteklost in placebo, ter se sklicujejo na to, da je medicina znanost, kjer se uporabljajo zgolj terapevtski pristopi, ki se lahko preverjajo s kliničnim preizkusom.⁵² Članke nasprotnikov nekonvencionalne medicine najdemo tudi drugje po svetu, pa vendar nikjer te metode zdravljenja zdravnikom niso prepovedane.

⁵⁰ Določba 10. člena Zakona o pacientovih pravicah (Uradni list RS, št. 15/08, 55/17, 177/20 in 100/22 – ZNUZSZS; ZPacP).

⁵¹ Podrobneje o omejitvah nezdravnikov/zdravilcev pri uporabi metod nekonvencionalne medicine gl. N. Samec Berghaus, 2016, Študija o primerjalnih ureditvah za namen vsebinske podpore priprave Zakon o zdravilstvu, str. 1–74.

⁵² Gl. npr. R. Angelski, B. Rozman, M. Godec, Uvodnik, »Alternativna medicina« ni medicina, 1989, str. 109; J. Trontelj, Medicina in zdravilstvo : razmišljanja ob stališču državne komisije za medicinsko etiko o zdravilstvu, 1998, str. 25–28; J. Trontelj, Stališče Državne komisije za medicinsko etiko o zdravilstvu, 1998, str. 23–25; J. Trontelj, Stališče Komisije Republike Slovenije za medicinsko etiko, 2004, str. 35–36; M. Horvat, 15 let Sveta za izobraževanje zdravnikov in pogled na medicino doma in po svetu, 2011, str. 3–4.

5 Kriteriji za ugotavljanje odškodninske odgovornosti v primeru uporabe metod nekonvencionalne medicine

Za nastanek odškodninske obveznosti zdravnika morajo biti izpolnjene vse predpostavke: poleg protipravnosti (nedopustnosti) ravnanja, s katero se v tem prispevku ukvarjamo z vidika izbire metode nekonvencionalne medicine, so to še vzročna zveza, nedopustna škoda ter odgovornost.⁵³ Trditveno in dokazno breme glede prvih treh predpostavk (protipravnosti, škode in vzročne zveze) oz. dejstev, ki utemeljujejo sklepanja o protipravnem ravnanju in o vzročni zvezi med protipravnim ravnanjem in nastalo škodo, je na oškodovancu, tj. pacientu.⁵⁴ Zaradi obrnjenega (ekskulpacijskega) dokaznega bremena je na zdravniku/zdravstveni ustanovi dokazno breme ravnanja v skladu s pravnim standardom vestnega in medicinsko korektnega zdravljenja. Če se takšno ravnanje ne uspe dokazati, se ni možno razbremeniti odgovornosti.

Čeprav se razmerje med zdravnikom in pacientom v Sloveniji opredeljuje tudi kot poslovno razmerje,⁵⁵ nimamo posebne pogodbe (kot npr. v Nemčiji; *Behandlungsvertrag*), temveč se pogodba o zdravljenju lahko subsumira pod pravila mandatne pogodbe, ker gre za obligacijo prizadevanja, h kateri je zavezan zdravnik oz. zdravstvena ustanova.⁵⁶

Odškodninska odgovornost zdravnika za škodo, ki nastane pacientu, je lahko dveh vrst: poslovna ali neposlovna odškodninska odgovornost, ker sodišča oškodovancu pri nas prepuščajo odločitev o tem, na kateri podlagi naj uveljavlja odškodnino (podobno kot v sistemu *common law*), saj ne zavračajo zahtevkov iz ene ali druge

⁵³ Glede splošne razlage vseh predpostavk pri zdravniški napaki gl. V. Žnidaršič Skubic, 2018, *Civilno medicinsko pravo*, str. 83–84, in tam navedene vire.

⁵⁴ Pri presoji pravil o trditvenem in tudi dokaznem bremenu pacienta je potrebno izhajati iz razumnih in ne preostrogih zahtev. Dejstva o poteku konkretnega posega izhajajo iz zaznavnega področja zdravstvene ustanove. Pacient je nemalokrat v položaju, ko ne more zbrati (zavarovati, shraniti v dokazne namene) vseh potrebnih dokumentov o svojem zdravstvenem stanju in izvedenih posegih. Zadošča, če poda v tožbi trditve, na podlagi katerih lahko sodišče domneva o obstoju nedopustnega ravnanja. Zdravstvena ustanova, ki razpolaga z vso dokumentacijo, nato poda substancirane trditve glede dejstev, ki obstoju tim. strokovne napake nasprotujejo (gl. tudi Sklep II Ips 32/2012 z dne 25. 10. 2012, ECLI:SI:VRSR:2012:II.IPS.32.2012).

⁵⁵ Za poslovno razmerje ne gre takrat, če privolitve pacienta sploh ni, ker zdravnik opravi poseg kljub nasprotovanju, ali če privolitve ni mogoče dobiti, ker je urgentno stanje, ki zahteva takojšnje ukrepanje. Takrat se šteje, da postopa zdravnik kot gestor; njegove obveznosti so enake obveznostim prevzemnika naročila v skladu z mandatno pogodbo (tretji odstavek 200. člena Obligacijskega zakonika (Uradni list RS, št. 97/07 – uradno prečiščeno besedilo, 64/16 – odl. US in 20/18 – OROZ631; OZ). Če pacient kasneje odobri takšno gestijo, se po zakonu šteje, kot da bi bila že od začetka sklenjena mandatna pogodba (206. člen OZ).

⁵⁶ Več o tem problematiki razvrščanja v preteklosti gl. N. Samec Berghaus, R. Felicijan Pristovšek, *Nova dognanja o odškodninski odgovornosti zdravnika*, 2016, str. 117.

podlage.⁵⁷ Zato tudi glede pravne narave odnosa med pacientom in zdravnikom v Sloveniji ni enotno zastopane stališča v sodni praksi. Tako se pravno razmerje med bolnikom in zdravnikom oz. zdravstveno ustanovo v slovenski sodni praksi kvalificira bodisi kot pogodbeno razmerje, tako da se zdravniška napaka presoja v okviru poslovne odškodninske odgovornosti,⁵⁸ bodisi se zdravniška napaka kvalificira kot civilni delikt in se presoja kot neposlovna odškodninska odgovornost.⁵⁹ Vendar pa z vidika predpostavk, ki morajo biti izpolnjene za odškodninsko odgovornost – bodisi poslovno ali neposlovno – ni nobene razlike, ker se tako pri pogodbeni kot tudi nepogodbeni odgovornosti glede razbremenitve zdravnika pri presojanju vedno vprašamo enako, in sicer ali je zdravnik ravnal v skladu dolžno skrbnostjo oz. ali ima njegova ravnanje znake *contra legem artis*.⁶⁰

Vprašanje, ki si ga lahko zastavimo v zvezi z odškodninsko odgovornostjo zdravnika in terapevtsko svobodo pri izbiri metode nekonvencionalnega zdravljenja, je: ali lahko pomeni odmik od medicinskega standarda (slovenske) konvencionalne medicine z uporabo določene metode nekonvencionalne medicine avtomatično kršitev dolžnega ravnanja zdravnika in s tem zdravniško napako pri zdravljenju?

Sodišča v primeru spora ne bodo imela lahkega dela ugotoviti, kaj sploh je standard ravnanja, ki se ga pri uporabi nekonvencionalne medicine uporabi, če v Sloveniji ne bo izvedencev s tega področja. Čeprav naj bi bili zgolj zdravniki brez licence v Sloveniji tisti, ki lahko v skladu z zakonodajo uporabljajo različne metode tudi

⁵⁷ Več o problematiki gl. N. Samec Berghaus, R. Felicijan Pristovšek, Nova dognanja o odškodninski odgovornosti zdravnika, 2016, str. 116-118; V. Žnidaršič Skubic, 2018, Civilno medicinsko pravo, str. 83-84.

⁵⁸ VSRS, sodba II Ips 207/2015 z dne 14. 1. 2016, ECLI:SI:VSRS:2016:II.IPS.207.2015; VSRS sodba in sklep II Ips 342/2014 z dne 22. 1. 2015, ECLI:SI:VSRS:2015:II.IPS.342.2014; VSC sodba Cp 412/2020 z dne 10. 12. 2020, ECLI:SI:VSCE:2020:CP.412.2020.

⁵⁹ VSL sodba II Cp 2457/2009 z dne 2. 9. 2009, ECLI:SI:VSLJ:2009:II.CP.2457.2009, kjer je sodišče izrecno zapisalo: »Zdravstvena dejavnost, pravice bolnikov, vključno s pravico do povračila škode in tudi obveznosti zdravstvenih delavcev, so urejene neposredno z zakonom in iz njega tudi izhajajo. Pravno podlago za povračilo škode, ki jo zatrjuje pritožnik, daje tako ZZDej (in ne pogodba), pogoje in oblike pravno priznanih škod pa ureja OZ v členih 131 do 189.« Gl. tudi: VSRS sodba II Ips 102/2014 z dne 4. 9. 2014, ECLI:SI:VSRS:2014:II.IPS.102.2014; VSL sklep II Cp 1594/2016 z dne 28. 9. 2016, ECLI:SI:VSLJ:2016:II.CP.1594.2016; Sklep II Ips 32/2012 z dne 25. 10. 2012, ECLI:SI:VSRS:2012:II.IPS.32.2012; VSL sodba II Cp 381/2016, ECLI:SI:VSLJ:2016:II.CP.381.2016; VSM sodba in sklep I Cp 1115/2011 z dne 3. 11. 2011, ECLI:SI:VSMB:2011:I.CP.1115.2011; VSL vmesna sodba I Cp 60/2014 z dne 4. 6. 2014, ECLI:SI:VSLJ:2014:I.CP.60.2014.

⁶⁰ Gl. že N. Samec Berghaus, R. Felicijan Pristovšek, Nova dognanja o odškodninski odgovornosti zdravnika, 2016, str. 118; V. Žnidaršič Skubic, 2018, Civilno medicinsko pravo, str. 84, in sodno prakso, kjer so zapisali: »Ne glede na to, ali izhajamo iz temelja poslovne ali neposlovne odškodninske odgovornosti, analiza predpostavk, ki morajo obstajati pri eni ali drugi vrsti obveznosti, kaže, da se v obeh primerih kot odločilno, osrednje vprašanje postavlja vprašanje kršitve dolžne skrbnosti, in se v tem pogledu obe odgovornosti zlivata in prepletata (VSC sodba Cp 412/2020 z dne 10. 12. 2020, ECLI:SI:VSCE:2020:CP.412.2020; VSRS sodba in sklep II Ips 342/2014 z dne 22. 1. 2015, ECLI:SI:VSRS:2015:II.IPS.342.2014)«

nekonvencionalne medicine,⁶¹ poleg njih pa še zdravilci/nezdravniki, pa je z vidika varnosti pacientov spodbudno to, da je pregled sodne prakse za obdobje od leta 1992 do 2023 pokazal, da v zvezi z uporabo metod nekonvencionalne medicine zdravnikov ni bilo nobenega odškodninskega zahtevka.⁶² Prav tako se ravno pri odgovornosti za zdravljenje z nekonvencionalnimi metodami zdravljenja, ki jo tukaj preučujemo, kaže dodaten nesmisel v posebni ureditvi iz ZZdrav,⁶³ kjer 8. člen piše o kodeksu poklicne etike zdravilcev in standardih zdravilske dejavnosti, ki ne zgolj, da se v Sloveniji niso postavili, ker se ni ustanovila zdravilska zbornica, ampak za zdravnike (kjer gre najmanj za osebe z diplomom medicinske fakultete in strokovnim izpitom) ne morejo veljati zgolj standardi zdravilcev. Zdravnik je zdravnik, četudi bo delal kot »zdravilec«. Če torej zdravnik uporablja metode nekonvencionalne medicine, se zagotavlja večja varnost pacientov (ZZdrav uporablja pojem »uporabniki storitev«), saj že v osnovi veljajo pri izbiri metode višji standardi »zdravnika«. V prvem odstavku 19. člena ZZdrav je sicer določena profesionalna skrbnost za vse zdravilce (zdravnike⁶⁴ in nezdravnike). Vsebinsko gledano pa je pri zapolnitvi standarda skrbnosti dobrega strokovnjaka zdravnika in zdravilca razlika. ZZdrav postavlja v 19. členu dva okvirja za presojo ustrezne skrbnosti zdravilca, in sicer, da se z njegovim ravnanjem ali opustitvijo ne sme poslabšati zdravje uporabnika storitev; kakor tudi zdravilec ne sme zamuditi s pravočasno napotitvijo uporabnika na medicinsko zdravljenje (razbremenijo ga trije razlogi: če mu uporabnik ni navajal resničnih podatkov, se ni ravnal po njegovih navodilih, ni sodeloval pri varovanju, krepitevi in povrnitvi zdravja). Že iz navedenih določb o odgovornosti iz ZZdrav je razvidno, da bo sodišču težko presojati, kaj pomeni skrbnost dobrega strokovnjaka zdravilca, torej, kdaj bi ustrezno skrben zdravilec (nezdravnik) »posumil« na hujše znake bolezni, ker je vprašanje, koliko teh znakov sploh lahko pozna oseba s kvalifikacijami zdravilca iz prvega odstavka 6. člena ZZdrav.

⁶¹ Gl. G. Berghaus, 2019, Uporaba komplementarnih in alternativnih metod zdravljenja v zdravniški praksi v Sloveniji, str. 19–52.

⁶² Gl. poglavje 2 tega prispevka.

⁶³ O nesmislu ureditve v ZZdrav gl. že N. Samec Berghaus, Varnost pacientov in omejitve terapevske svobode zdravnika, 2017, str. 190; in N. Samec Berghaus, Začarani krog ustavno sporne ureditve nekonvencionalne medicine, 2019, str. 11–13.

⁶⁴ Med dvestopetinsedestimi registriranimi zdravilci so pri nas tudi zdravniki. Gl. excel dokument Seznam izdanih licenc za opravljanje zdravilske dejavnosti na dan 26. september 2023, dostopno na: <https://www.gov.si/zbirke/storitve/licenca-za-opravljanje-zdravilske-dejavnosti/> (24. 10. 2023), kar je unikum v Evropi med preučevanimi državami (gl. poglavje 3.1.2.).

Kar zadeva protipravnost zdravnikovega ravnanja, je ta podana, če v postopku zdravljenja ni ravnal z vso potrebno dolžno skrbnostjo in po pravilih medicinske stroke, zdravje pacienta pa se je poslabšalo (ne odgovarja pa za primere komplikacij, če niso posledica zdravniške napake ali naravnih poslabšanj stanj). Protipravnost je podana tudi v primeru, kadar bolnik ne privoli v poseg (izjema: nujni posegi) ali kadar njegova privolitev ni bila ustrezna zaradi neizpolnitve pojasnilne dolžnosti. Pri presoji ravnanja zdravnika se uporablja strožje merilo skrbnosti – skrbnost dobrega strokovnjaka (drugi odstavek 6. člen OZ). Ocena, kaj se uporablja kot medicinski standard, je pravno vprašanje, ki ga mora rešiti sodišče.⁶⁵ Ker sodišču primanjkujejo potrebna znanja medicinske stroke, poda mnenje o tem izvedenec – specialist za odgovarjajoče medicinsko področje. Sodnik ne sme brez izvedenca sam postaviti standarda s svojo oceno.⁶⁶ Vsebina standarda je odvisna od okoliščin konkretnega primera in od izoblikovanih standardov vedenja in ravnanja, ki so tako raznoliki in vsebinsko soodvisni od spreminjajočih se dejanskih okoliščin, da jih ni mogoče relativno določno opredeliti. Ker gre za strokovnjake, je treba – poleg objektivnih – uporabiti tudi subjektivna merila; vendar kvečjemu kot kriterij korekcije navzgor (kot višji standard). Torej, če ima določen zdravnik več znanj od (večine) njegovih kolegov oz. določena posebna znanja, potem se bo težje razbremenil odgovornosti.⁶⁷ Enako pa velja, kot je že predhodno poudarjeno: zdravnik je zdravnik, četudi »opravlja zdravilsko dejavnost«, zato se od njega pričakuje višja stopnja skrbnosti, ker ima več znanj. Tudi v tem pogledu vidimo, da ureditev v ZZdrav ni primerna.

Ker izhaja konvencionalna medicina iz medicinskih standardov, ki so pod vplivom medicine podprte z dokazi, in se metode nekonvencionalne medicine (povečini) ne preverjajo z istimi metodami, so za medicinsko znanost te metode pogosto sporne in zunaj osnovnih medicinskih standardov. Splošna omejitev terapevtske svobode zdravnika je, da mora zdravnik pri svojem delu ravnati po spoznanjih znanosti in

⁶⁵ Nekateri primeri iz sodne prakse, ki so jih sodišča štela kot kršitve medicinskih standardov: VSRS sodba in sklep II Ips 342/2014 z dne 22. 1. 2015, ECLI:SI:VSRS:2015:II.IPS.342.2014; VSL vmesna sodba I Cp 60/2014 z dne 4. 6. 2014, ECLI:SI:VSLJ:2014:I.CP.60.2014; VSM sodba in sklep I Cp 1115/2011 z dne 3. 11. 2011, ECLI:SI:VSMB:2011:I.CP.1115.2011.

⁶⁶ VSRS sodba in sklep II Ips 342/2014 z dne 22. 1. 2015, ECLI:SI:VSRS:2015:II.IPS.342.2014; VSRS sodba II Ips 207/2015 z dne 14. 1. 2016, ECLI:SI:VSRS:2016:II.IPS.207.2015; VSC sodba Cp 412/2020 z dne 10. 12. 2020, ECLI:SI:VSC E:2020:CP.412.2020; VSL sodba II Cp 1577/2018 z dne 7. 11. 2018, ECLI:SI:VSLJ:2018:II.CP.1577.2018; VSC sodba Cp 348/2016 z dne 1. 12. 2016, ECLI:SI:VSC E:2016:CP.348.2016; VSL sodba I Cp 1512/2019 z dne 12. 2. 2020, ECLI:SI:VSLJ:2020:I.CP.1512.2019.

⁶⁷ N. Samec Berghaus, R. Felicijan Pristovšek, Nova dognanja o odškodninski odgovornosti zdravnika, 2016, str. 113.

strokovno preverjenih metodah (drugi odstavek 3. člena ZZ.drS) oz., da je zdravniška služba dejavnost zdravnikov, ki temelji na spoznanjih znanosti in strokovno preverjenih metodah.

Vendar pa odmik od medicinskega standarda z uporabo metode nekonvencionalne medicine ne pomeni avtomatične kršitve dolžnega ravnanja zdravnika in s tem zdravniške napake pri zdravljenju.⁶⁸ Prav vsebina terapevtske svobode, ki je v vseh njenih treh elementih vključena tudi v našo zakonodajo,⁶⁹ in pravica pacienta, da sodeluje v postopku zdravljenja v skladu z ZPacP, omogočata zdravniku odmik od standardov konvencionalne medicine.

Če izhajamo iz stališč v zvezi z napakami v zdravstvu, ki jih je v 80. letih prejšnjega stoletja izpostavljala že *Cigoj*, lahko vidimo, da je problem, da pravil o zdravljenju ni, ker zdravljenje zahteva individualno obravnavo. Vsak primer posebej zahteva posebno ravnanje, zaradi česar se ne bi mogli opirati na statistične podatke, češ da gre pri določenem ravnanju vedno za napako, če je to v posameznem primeru nasprotno ravnanju, ki se po pravilih statistike šteje za pravilno. Splošno priznано pravilo lahko v posameznem primeru odpove. In tako ne more biti nikoli zadostne natančnosti, da bi govorili, da gre za napako.⁷⁰

Pravil »pravilnega zdravljenja« posameznika ni, ker zdravljenje posameznika zahteva individualno obravnavo. Zato tudi splošnih pravil glede napačnega ravnanja zdravnika ni mogoče postaviti. Seveda pa vsak odmik od standardov zahteva ravnanje z večjo stopnjo skrbnosti pri diagnosticiranju, kakor tudi mora zdravnik poznati tako metodo(-e) konvencionalne kot tudi konkurirajočo metodo alternativne medicine zato, da lahko vrednoti prednosti in slabosti ene in druge metode, pri čemer lahko ugotovi, da z vidika varstva pacienta določene metode (ne)konvencionalne medicine ne bo priporočal. Pomembno je torej, da se zdravnik pri svojem »tehtanju« odloči za sprejemljivo izbiro, in ni nujno, da obstaja dokaz o učinkovitosti določene metode zaradi pluralizma metod v medicini.⁷¹

⁶⁸ K. Schumacher, 2017, *Alternativmedicin*, str. 225.

⁶⁹ Gl. poglavje 4.

⁷⁰ S. Cigoj, *Teoretične obravnave napak v zdravstvu (primerjalno pravo)*, 1988, str. 654.

⁷¹ Prim. K. Schumacher, 2017, *Alternativmedicin*, str. 226.

Bistveno pri zdravnikovem postopku odločanja in tehtanja glede uporabe metode nekonvencionalne medicine je, da je ravnal s skrbnostjo strokovnjaka dobrega zdravnika in opravil ustrezno pojasnilno dolžnost v zvezi z izbiro metode zdravljenja⁷² ter v tem okviru tudi upošteval pacientovo voljo in njegovo pravico do soodločanja. Med njima je pogodben odnos, ki ga urejata v okviru dopustne avtonomije. In pojasnilna dolžnost je izrednega pomena.

Za presojo ustreznega ravnanja zdravnika pri izbiri metode nekonvencionalne medicine (elementa protipravnosti) je treba torej, če je prišlo kasneje do poslabšanja zdravja pacienta oz. zdravljenje ni bilo uspešno, upoštevati predhodno navedene kriterije, ker zdravnikova uporaba posamezne metode zdravljenja ne more nikoli *per se* pomeniti zdravniške napake.

6 Zaključek

Na vprašanje, ki je bilo postavljeno v uvodu za izhodišče raziskave, in sicer: ali lahko pomeni odmik od medicinskega standarda (slovenske) konvencionalne medicine z uporabo določene metode nekonvencionalne medicine avtomatično kršitev dolžnega ravnanja zdravnika in s tem zdravniško napako pri zdravljenju, je treba odgovoriti nikalno. Zdravnikova profesionalna skrbnost od njega zahteva, da poišče najboljše zdravljenje za posameznega pacienta. To pomeni, da predlaga oz. uporabi najbolj primerno metodo zdravljenja glede na individualno obravnavo, kar izhaja iz vseh treh elementov terapevtske svobode in tudi iz pravice pacienta, da sodeluje v postopku zdravljenja.

Literatura

- Angelski Risto, Rozman Blaž, Godec Marija, Uvodnik, "Alternativna medicina" ni medicina, Zdravstveni Vestnik, Let. 58 (1989), št. 4, str. 109.
- Berghaus, Goran, Uporaba komplementarnih in alternativnih metod zdravljenja v zdravniški praksi v Sloveniji, specialistična naloga, Zdravniška zbornica Slovenije, Ljubljana 2019.
- Boyle Seán, United Kingdom (England): Health System Review, Health Systems in Transition, Let. 13 (2011), št. 1, str. 337.
- Brinkhaus Benno, New Perspectives in Medicine Are Required - From CAM to Integrative Medicine, Forschende Komplementarmedizin, Let. 17 (2010), št. 4, str. 216.

⁷² Prav tam. Tudi 55. člen ZZDej, ki velja za vse zdravstvene delavce in je podlaga tudi za odgovornost zdravnika, določa: »Zdravstveni delavec lahko samostojno opravlja vsako delo, za katero ima ustrezno izobrazbo in je zanj usposobljen ter ima na razpolago ustrezno opremo. Za svoje delo prevzema etično, strokovno, kazensko in materialno odgovornost.« (torej ne glede na to, s katero metodo zdravi - op. avtorice).

- Cigoj Stojan, Teoretične obravnave napak v zdravstvu (primerjalno pravo), *Pravnik*, Let. 43 (1988), št. 11-12, str. 653–660.
- Falkenberg Torkel, Lewith George, Roberti di Sarsina Paolo, von Ammon Klaus, Santos-Rey Koldo, Hök J Johanna, Frei-Erb Martin, Vas Jorge, Saller Reinhard, Uehleke Bernhard, Towards a Pan-European Definition of Complementary and Alternative Medicine: A Realistic Ambition?, *Forschende Komplementärmedizin*, Let. 19 (2012), št. 2, str. 6–8.
- Fegert Jörg M., Kölch Michael, Zito Julie M., Glaeske Gerd, Janhsen Katrin, Antidepressant Use in Children and Adolescents in Germany, *Journal of Child and Adolescent Psychopharmacology*, Let. 16 (2006), št. 1-2, str. 197–206.
- Final report of CAMbrella Work Package 2, Legal status and regulation of CAM in Europe; dostopno na: https://cam-europe.eu/wp-content/uploads/2018/09/CAMBrella-WP2-part_3final.pdf (24. 10. 2023).
- Frahm Wolfgang, Einschränkung der Therapiefreiheit durch das Haftungsrecht, *GesundheitsRecht*, Let. 4 (2005), št. 12, str. 529–533.
- Furlan - Rus Moja, Kiropraktikov poseg s hudimi posledicami, *Dnevnik*, 2006, dostopno na: <https://www.dnevnik.si/165801> (24. 10. 2023).
- Hegyí Gabriella, Csütörtöki Krisztina, Pfeifenroth Anna, Göbölyös Ildiko, Roberti di Sarsina Paolo, Attitude of Hungarian Healthcare Professionals (Mds, Nurses) According to Cam Homeopathy: A Cross-Sectional, Qualitative Accumulated Survey's Data, *Alternative & Integrative Medicine*, Let. 3 (2014), št. 3, str. 1–9.
- Heusser Peter, We Need a Conceptual Integration of Conventional and Complementary Medicine, *Forschende Komplementärmedizin*, Let. 17 (2010), št. 4, str. 217.
- Horvat Matija, 15 let Sveta za izobraževanje zdravnikov in pogled na medicino doma in po svetu, *ISIS*, Let. XX (2011), št. 7, str. 3–4.
- Radišić Jakov, *Medicinsko pravo: učbenik*, Fakultet za poslovno pravo, Beograd 2006.
- Kam sporočati napake v zdravstvu, 2020; dostopno na: <https://www.iusinfo.si/medijsko-sredisce/v-srediscu/256285>, (24. 10. 2023).
- Kaptchuk Ted J., Miller Franklin G., Viewpoint: What Is the Best and Most Ethical Model for the Relationship Between Mainstream and Alternative Medicine: Opposition, Integration, or Pluralism?, *Academic Medicine : Journal of the Association of American Medical Colleges*, Let. 80 (2005), št. 3, str. 286–90.
- Kiene Helmut, Brinkhaus Benno, Fischer Gisela, Girke Matthias, Hahn Eckhart Georg, Hoppe Joerg Dietrich et al., 2010, Professional Treatment in the Context of Medical Pluralism: A German Perspective, *European Journal of Integrative Medicine*, Let. 2, št. 2, str. 53–56.
- Kiene Helmut, Heimpel Hermann, *Ärztliche Professionalität und Komplementärmedizin: Was ist seriöses Therapieren?*, *Dtsch Arztebl*, Let. 107 (2010), št. 12, str. 548–550.
- Kooreman Peter, Baars Erik W., Patients Whose GP Knows Complementary Medicine Tend to Have Lower Costs and Live Longer, *The European Journal of Health Economics*, Let. 13 (2012), št. 6, str. 769–776.
- Kores-Plesničar Blanka, Razinger-Mihovec Barbara, Uporaba zdravnih rastlin v psihiatriji, *Zdravniški Vestnik*, Let. 70 (2001), št. 12, str. 741–746.
- Lüdtke Rainer, We Need a Pluralism of Therapies and Medicines, *Forschende Komplementärmedizin*, Let. 17 (2010), št. 4, str. 220.
- Laufs Adolf, Uhlenbruck Wilhelm, Kern Bernd-Rüdiger, Clemens Thomas, *Handbuch des Arztrechts*, C. H. Beck, München 2010.
- Legal Status of Traditional Medicine and Complementary/Alternative Medicine: A Worldwide Review, WHO 2001, str. 126 (dostopno na <https://apps.who.int/iris/handle/10665/42452>).(24. 10. 2023)
- M. Z., V pripravi aplikacija za anonimno sporočanje težav med zdravstveno obravnavo, MMC RTV SLO, 2023, dostopno na: <https://www.rtvsllo.si/zdravje/v-pripravi-aplikacija-za-anonimno-sporocanje-tezav-med-zdravstveno-obravnavo/681673> (24. 10. 2023).
- Makary Martin A., Daniel Michael, Medical Error—The Third Leading Cause of Death in the US, *BMJ*, Let. 353: i2139 (2016).

- Marian Florica, Medical Pluralism: Global Perspectives on Equity Issues, *Forschende Komplementarmedizin, Let. 14* (2007), št. 2, str. 10–8.
- Organisation der Arbeitswelt Alternativmedizin Schweiz, Glossar des Projektes Berufsfeldanalyse KAM, des Projektes Berufsreglementierung Alternativmedizin, der Qualitätssicherungskommission QSK AM, 2015, dostopno na: http://www.oda-am.ch/fileadmin/sites/oda/files/aktuell/QSK_DO_Glossar_150110_C.pdf. (24. 10. 2023).
- Roberti di Sarsina Paolo, Iseppato Ilaria, State of Art of the Regulative Situation of Nonconventional Medicines in Italy, *The Journal of Alternative and Complementary Medicine, let. 16* (2010), št. 2, str. 141–142.
- Roberti di Sarsina Paolo, Iseppato Ilaria, Looking for a Person-Centered Medicine: Non Conventional Medicine in the Conventional European and Italian Setting, *Evid Based Complement Alternat Med*, (2011), str. 1–8.
- Samec Berghaus Nataša, Felicijan Pristovšek Rok, Nova dognanja o odškodninski odgovornosti zdravnika, v: *Razmerje med pacientom in zdravnikom* (konferenčni zbornik 25. posveta Medicina in pravo), 2016, str. 111–115.
- Samec Berghaus, Nataša, Studija o primerjalnih ureditvah za namen vsebinske podpore priprave Zakon o zdravilstvu, Ministrstvo za zdravje, Maribor 2016.
- Samec Berghaus Nataša, Varnost pacientov in omejitve terapevtske svobode zdravnika, v: *Varnost pacienta in zdravstvenih delavcev* (konferenčni zbornik 26. posveta Medicina, pravo in družba), 2017, str. 175–195.
- Samec Berghaus Nataša, Začarani krog ustavno sporne ureditve nekonvencionalne medicine, *Pravna praksa, Let. 38* (2019), št. 36, str. 11–13.
- Schumacher, Katrin, *Alternativmedizin*, Springer, Berlin 2017.
- Scuotto Assunta, *Medicine Non Convenzionali, Che cosa sono? Quali sono?*, 2011, dostopno na: <http://www.medicitalia.it/minforma/medicines-non-convenzionali/819-medicine-convenzionali.html> (16.9.2021).
- STA, Kam sporočati napake v zdravstvu?, IUS-INFO, 2020, dostopno na: <https://www.iusinfo.si/medijsko-sredisce/v-srediscu/256285>, (24. 10. 2023).
- Trontelj Jože, *Medicina in zdravilstvo : razmišljanja ob stališču državne komisije za medicinsko etiko o zdravilstvu*, ISIS, *Let. 7* (1998), št. 4, str. 25–28.
- Trontelj Jože, Stališče Državne komisije za medicinsko etiko o zdravilstvu, ISIS, *Let. 7* (1998), št. 4, str. 23–25.
- Trontelj Jože, Stališče Komisije Republike Slovenije za medicinsko etiko, ISIS, *Let. 13* (2004), št. 2, str. 35–36.
- Turk Zmago, *Integrativna medicina - da ali ne?*, *Zdravniški Vestnik, Let. 80* (2011), št. 1, str. 1–5.
- V pripravi aplikacija za anonimno sporočanje težav med zdravstveno obravnavo; dostopno na: <https://www.rtvsl.si/zdravje/v-pripravi-aplikacija-za-anonimno-sporocanje-tezav-med-zdravstveno-obravnavo/681673>, (24. 10. 2023).
- Wiesener Solveig, Falkenberg Torkel, Hegyi Gabriella, Hök Johanna, Roberti di Sarsina Paolo, Fønnebo Vinjar, Final report of CAMBrella Work Package 2, Legal status and regulation of CAM in Europe, 2012, dostopno na: https://cam-europe.eu/wp-content/uploads/2018/09/CAMBrella-WP2-part_3final.pdf (24. 10. 2023).
- World Health Organization, *Legal Status of Traditional Medicine and Complementary/Alternative Medicine: A Worldwide Review*, 2001, str. 126, dostopno na: <https://apps.who.int/iris/handle/10665/42452> (24. 10. 2023).
- World Medical Association, *Medical Ethics Manual*, dostopno na: <https://www.wma.net/what-we-do/education/medical-ethics-manual> (24. 10. 2023).
- Zaloker Ante, Zaloker Urška, *Komplementarna in integrativna medicina*, *Zdravniški Vestnik, Let. 80* (2011), št. 1, str. 33–38.
- Zdravniška zbornica Slovenije, *Kodeks zdravniške etike*, ISIS, (2016), št. 11, str. 17–21, dostopno na: <https://www.zdravniskazbornica.si/docs/default-source/zbornicni-akti/kodeks-2016.pdf?sfvrsn=2v> (24. 10. 2023).

Zuck Rüdiger, Der verfassungsrechtliche Rahmen von Evaluation und Pluralismus, Medizinrecht, Let. 24 (2006), št. 9, str. 515–519.

Žnidaršič Skubic, Viktorija, Civilno medicinsko pravo: izbrane teme, Uradni list Republike Slovenije, Ljubljana 2018.

SUMMARY

Physicians' liability for damages is associated with certain misconduct in treating the patient; in particular, due to errors in the procedure or choice of treatment or improperly performed informed consent. In Slovenia, there are currently no special records on the number of errors in health care, nor are there special records on claims for compensation due to malpractice. In Slovenian case law, we find compensation cases in connection with medical errors related to selected methods of treatment in the field of conventional medicine. However, no claims against a physician can be found among the decisions in connection with the use of a particular method of unconventional medicine, which is encouraging. In Slovenia – as the only EU member state – the law prohibits licensed physicians (those providing medical services) from using various methods of non-conventional medicine, which means limiting their therapeutic freedom. Consequently, only unlicensed doctors, as well as healers with only a secondary education, are allowed to practice these unconventional methods. In any case, an intriguing question in relation to the choice of treatment method is how to assess the physician's liability in the event of possible malpractice that results in damage. Because in Slovenia there are no standards (rules of the profession for unconventional medicine) in this area and the used terminology is misleading (for all methods under the umbrella of complementary and alternative medicine is used the term healing), this can lead to great confusion in a particular compensation dispute in this area. We associate the concept of malpractice with a negative deviation from the medical standard, which is a dynamic category that needs to be filled in each specific case, as it is subject to changes and advances in medicine. Variability is therefore one of the main features of the standard. However, it should be noted that due to the legislation in Slovenia, as well as due to the opposition of representatives of conventional medicine in Slovenia regarding the methods of unconventional medicine, the development of standards in Slovenia in the field of unconventional medicine is hindered. Unlike some other sciences, in medicine, of course, there are no manuals of selected norms from which one could deduce the correct course of action in relation to a particular medical problem. Therefore, the article explores what the doctor's possibility of choosing a method of treatment, which is an element of his therapeutic freedom, means. In this regard, it was also analysed what are the international criteria for classifying individual methods of treatment, to see the complexity associated with the choice of individual methods or whether there are any special standards. According to the criteria used in compensation disputes in Slovenia involving malpractice related with the use of a certain method of conventional medicine, the article analyses whether (and when) a doctor's use of an individual method of unconventional medicine may constitute a malpractice. It is established that deviation from the medical standard by using the method of unconventional medicine does not automatically constitute a violation of the doctor's duties and thus a medical error in treatment. It is the content of therapeutic freedom, and the patient's right to participate in the treatment process that enables the doctor to deviate from the standards of conventional medicine. There are no rules for the "proper treatment" of an individual because the treatment of every individual should be personalized. Crucial to the physician's decision-making and weighing process regarding the use of the unconventional medicine method is that he acted with the diligence of a good physician and performed an appropriate explanatory duty regarding the choice of treatment, considering the patient's will and co-decision.

PRAVNI KONCEPTI V LUČI NEVROZNANOSTI: NEVROLOŠKA PODLAGA NERAZSODNOSTI IN DUŠEVNEGA ZDRAVJA

DENIS MAGYAR

Maribor, Slovenija
info@odvetnik-dm.si

Predmetni prispevek obravnava nevrološko podlago nerazsodnosti in duševnega zdravja. Ugotovitev, da je posameznik nerazsoden, je pomembna za številna področja civilnega prava. Koncept nerazsodnosti je obravnavan v povezavi z deliktno in poslovno sposobnostjo ter oporočno in ženitno sposobnostjo kot posebni vrsti poslovne sposobnosti. Tudi duševno zdravje je dejstvo, ki se ugotavlja v dokaznem postopku. Od njegovega obstoja je odvisna dopustnost »prisilne hospitalizacije«, ki predstavlja velik poseg v človekove pravice in temeljne svoboščine. Ker sta nerazsodnost in duševno zdravje – kot pravna koncepta – izrazito subjektivne narave, njihovo ugotavljanje zahteva zanesljivo objektivizacijo. Avtor zastopa stališče, da uporaba nevroznanstvenih odkritij lahko poveča zanesljivost ugotavljanja pravno relevantnih subjektivnih dejstev. »Objektivizacijo subjektivnega« omogoča nevroznanost, katere odkritja so že uporabna v dokazne namene. Nadaljnji razvoj bo zmanjšal pomanjkljivosti nevroznanosti, zato se bo zanesljivost nevroznanstvenih odkritij povečala. S tem bodo nevroznanstvena odkritja postala pomemben del objektivizacije subjektivnih dejstev v civilnih postopkih.

DOI
[https://doi.org/
10.18690/um.pf.1.2024.15](https://doi.org/10.18690/um.pf.1.2024.15)

ISBN
978-961-286-817-8

Ključne besede:

nevroznanost, nepravno,
subjektivna dejstva,
»objektivizacija
subjektivnega«,
nerazsodnost,
duševno zdravje

Opomba:

Prispevek je izvelek že
objavljenega dela: Magyar,
D. (2021). *Pomen in uporaba
nevroznanstvenih odkritij v
civilnem dokaznem pravu:
doktorska
disertacija* [Doktorska
disertacija, Univerza v
Mariboru]. Digitalna
knjižnica Univerze v
Mariboru.



Univerzitetna založba
Univerze v Mariboru

DOI
[https://doi.org/
10.18690/um.pf.1.2024.15](https://doi.org/10.18690/um.pf.1.2024.15)

ISBN
978-961-286-817-8

Keywords:

neuroscience,
neurolaw,
subjective facts,
»objectification of
subjective«,
impaired judgement,
mental health

Note:

This is an abstract of an already published work: Magyar, D. (2021). *Pomen in uporaba neuroznanstvenih odkritij v civilnem dokaznem pravu: doktorska disertacija* [Doktorska disertacija, Univerza v Mariboru]. Digitalna knjižnica Univerze v Mariboru.

LEGAL CONCEPTS IN THE LIGHT OF NEUROSCIENCE: NEUROLOGICAL BASIS OF IMPAIRED JUDGEMENT AND MENTAL HEALTH

DENIS MAGYAR

Maribor, Slovenia
info@odvetnik-dm.si

The present article discusses the neurological basis of impaired judgement and mental health. The finding that an individual has impaired judgement is important for many areas of civil evidence law. In the present article the concept of impaired judgement is discussed in connection with the ability of tort and legal capacity, including testamentary and marital capacity. Mental health is also a fact that is ascertained in evidentiary procedures, since the absence of mental health is a precondition for »involuntary hospitalization«, which represents a major interference with human rights and fundamental freedoms. However, impaired judgement and mental health - as legal concepts - are highly subjective facts in nature. In order to ascertain those facts, the court has to achieve their reliable objectification. The author argues that the use of neuroscientific discoveries can increase the reliability in ascertaining legally relevant subjective facts. The »objectification of the subjective« is made possible by neuroscientific discoveries, which are already useful for evidentiary purposes. Further development will reduce the disadvantages of neuroscience, and therefore the reliability of neuroscientific discoveries will increase. With this, neuroscientific discoveries will become an important part of the objectification of subjective facts in civil procedures.



1 Uvod

Pravo in nevroznanost na prvi pogled nimata veliko skupnega. Pravnike namreč zanimata človek in njegovo vedenje, nevroznanstvenike pa njegovi možgani. Toda v civilnem dokaznem postopku se poleg dejstev, ki se navezujejo na človeka in njegovo vedenje, ugotavljajo tudi dejstva, ki se navezujejo na kognitivne procese, duševna stanja in druga dejstva, ki imajo nevrološko podlago. Izmed vseh pravno relevantnih dejstev je najzahtevnejše ugotavljanje dejstev notranjega življenja (subjektivnih dejstev). (Ne)obstoj subjektivnih dejstev je namreč odvisen od subjektivnega doživljanja posameznika, zato jih »zunanji opazovalci« izkustveno ne morejo zaznati. V civilnem dokaznem pravu je glavni »zunanji opazovalec« sodišče, ki je zaradi narave subjektivnih dejstev ujeto v začaranem krogu. Po eni strani mora ugotoviti vsa pravno relevantna dejstva, po drugi strani pa je soočeno z zahtevnostjo ugotavljanja dejstev, ki so subjektivne narave. Resnica o (ne)obstoju subjektivnih dejstev je namreč znana le osebam, ki so z njimi v posebnem subjektivno-izkustvenem odnosu.¹

Za zanesljivo ugotovitev subjektivnega je potrebna njegova objektivizacija. »Objektivizacija subjektivnega« v civilnem dokaznem pravu je v rokah sodišča, ki si praviloma pomaga z izvedenci. Toda izvedenska mnenja so (večinoma) odvisna od samoporočanja in temeljijo na metodah, ki zaradi narave subjektivnih dejstev ne zagotavljajo popolne zanesljivosti. Izvedenci, kakor tudi sodišča, namreč nimajo neposrednega vpogleda v subjektivno doživljanje posameznika, zato je njihova prepričanost o (ne)obstoju subjektivnega le približek resnice. Višjo zanesljivost pri ugotavljanju subjektivnih dejstev bi lahko dosegli, če bi znanosti uspel preboj v človekovo »notranjost«. Vpogled v posameznika bi namreč omogočil zanesljivejše sklepanje o (ne)obstoju subjektivnih dejstev.

In prav človekova »notranjost« predstavlja področje, kjer imajo pravni koncepti podlago (tudi) v nevroznanosti. Interdisciplinarno področje, kjer se pravna vprašanja prepletajo z nevroznanstvenimi in *vice versa*, imenujemo nevropravo. Nevropravo ne predstavlja tradicionalne pravne panoge, ki bi se poučevala na pravnih fakultetah, ampak relativno novo področje, kjer se prepletajo pravni in nevroznanstveni vidiki enakih fenomenov. Če bi lahko uporaba nevroznanstvenih odkritij prispevala k

¹ Morda pa še njim ne, saj se nekateri ne zavedajo določenih subjektivnih dejstev.

zanesljivejši »objektivizaciji subjektivnega«, bi bilo njihovo poznavanje koristno za civilno dokazno pravo, saj se v civilnem dokaznem postopku ugotavljajo tudi subjektivna dejstva. Vrata razpravnih dvoran se bodo nevroznanstvenim odkritjem odprla, ko bodo pravniki spoznali dodano vrednost in omejitve, ki jih prinaša nevroznanost.

Namen predmetnega prispevka je odgovoriti na vprašanje ali lahko uporaba nevroznanstvenih odkritij prispeva k zanesljivejšemu ugotavljanju pravno relevantnih dejstev, ki se nanašajo na (ne)razsodnost in duševno zdravje, in na vprašanje ali obstajajo omejitve pri uporabi nevroznanstvenih odkritij v civilnem dokaznem pravu. V drugem poglavju prispevka se obravnava nevrološka podlaga nerazsodnosti: v prvih treh podpoglavjih so predstavljeni pravni vidiki nerazsodnosti v okviru deliktne, poslovne, ženitne in oporočne sposobnosti, v tretjem podpoglavju pa so analizirana nevroznanstvena odkritja, ki so pomembna za pravno razumevanje nerazsodnosti kot povezovalnega elementa pravno priznanih oblik sposobnosti. V tretjem poglavju se obravnava nevrološka podlaga duševnega zdravja v zvezi z nevroznanstvenimi odkritji, katerih poznavanje je pomembno za razumevanje duševnega zdravja kot pravnega koncepta. Četrto poglavje se kritično opredeli do (ne)zanesljivosti uporabe nevroznanstvenih odkritij v sodnih postopkih, nakar se ugotovitve raziskovanja predstavijo v zaključnem poglavju prispevka.

2 Nerazsodnost v luči nevroznanosti

Ugotovitev, da je posameznik nerazsoden, je pomembna za številna področja civilnega dokaznega prava. V nadaljevanju koncept nerazsodnosti obravnavamo v povezavi z deliktno in poslovno sposobnostjo ter oporočno in ženitno sposobnostjo kot posebni vrsti poslovne sposobnosti. Ob tem velja opozoriti, da navedene oblike (pravne) sposobnosti predstavljajo pravne lastnosti posameznika, medtem ko je nerazsodnost lastnost dejanske narave. Zato v nadaljevanju nerazsodnost obravnavamo kot pravno relevantno subjektivno dejstvo, ki je pomembno za utemeljitev pravnih lastnosti posameznika.

2.1 Nerazsodnost v okviru deliktne sposobnosti

Deliktna sposobnost ni imanentni pojem civilnega prava. Je pravno določena sposobnost posameznika, da odgovarja za protipravno dejanje ali škodo, ki jo povzroči s svojim dejanjem.² Zato deliktno sposobnost imenujemo tudi odgovornost za pravne kršitve, ki je pomembna za utemeljitev odgovornosti v kazenskem pravu, prekrškovnem pravu, pravu disciplinskih prestopkov in civilnem pravu.³ Odgovornost za pravne kršitve je praviloma subjektivna (krivdna, deliktna), kar absolutno velja na področju kaznovalnega prava, na področju civilnega prava pa je lahko tudi objektivna (nekrivdna, kvazideliktna). V civilnem dokaznem pravu je vprašanje odgovornosti za pravne kršitve pomembno za utemeljitev odškodninske odgovornosti.

Deliktna sposobnost na področju civilnega prava je opredeljena kot sposobnost odškodninsko odgovarjati za protipravna dejanja. Povedano drugače: deliktna sposobnost je predpostavka za utemeljitev odškodninske odgovornosti.⁴ Za obstoj deliktne sposobnosti morata biti kumulativno izpolnjeni dve predpostavki: primerna starost (objektivna predpostavka) in razsodnost (subjektivna predpostavka). Iz 136. in 137. člena Obligacijskega zakonika⁵ (OZ) lahko izpeljemo temeljno pravilo, ki opredeljuje objektivno predpostavko deliktne sposobnosti: (1) polnoletne osebe praviloma so deliktno sposobne in (2) mladoletne osebe praviloma niso deliktno sposobne. Veljavnost temeljnega pravila pa dopolnjuje subjektivna predpostavka. Slovensko pravo izhaja iz neizpodbojne domneve, da mladoletniki pred dopolnjenim sedmim letom niso razsodni, zato so deliktno popolnoma nesposobni.⁶ To pravilo bo veljalo ne glede na konkretne lastnosti mladoletnika. Četudi bi se izkazalo, da je mladoletnik razsoden (kar je *per se* malo verjetno), odškodninsko ne more odgovarjati. Za škodo, ki jo povzroči drugemu njihov otrok do dopolnjenega sedmega leta, odgovarjajo starši ne glede na svojo krivdo. Odgovornosti so prosti, če so podani razlogi za izključitev odgovornosti po pravilih o odgovornosti ne glede na krivdo, kakor tudi v primeru, če je škoda nastala medtem, ko je bil otrok zaupan

² N. Plavšak, M. Juhart, R. Vrenčur, 2009, Obligacijsko pravo: splošni del, str. 531.

³ M. Pavčnik, 2007, Teorija prava, str. 142.

⁴ B. Novak, v: M. Juhart, D. Možina, B. Novak, A. Polajnar-Pavčnik, V. Žnidaršič Skubic, 2011, Uvod v civilno pravo, str. 87.

⁵ Uradni list RS, št. 97/07 – uradno prečiščeno besedilo, 64/16 – odl. US in 20/18 – OROZ631.

⁶ B. Novak, v: M. Juhart, D. Možina, B. Novak, A. Polajnar-Pavčnik, V. Žnidaršič Skubic, 2011, Uvod v civilno pravo, str. 88.

drugemu, in če je ta zanjo odgovoren (142. člen OZ). Takšna odškodninska odgovornost staršev je objektivna.

Mladoletnik postane pogojno deliktno sposoben z dopolnjenim sedmim letom. Tudi za mladoletne osebe, ki so že dopolnile sedem let starosti, ne pa še štirinajst, velja domneva nerazsodnosti in deliktne nesposobnosti, vendar pa v nasprotju z mladoletniki pred dopolnjenim sedmim letom ta domneva ni neizpodbojna. Lahko se namreč dokazuje, da je bil mladoletnik po dopolnjenem sedmem letu, ko je povzročil škodo, razsoden. Domnevo o razsodnosti bo moral izpodbiti oškodovanec.⁷ V takšnem primeru bo odgovornost staršev solidarna, razen če dokažejo, da je škoda nastala brez njihove krivde (142. in 143. člen OZ).

Mladoletniki z dopolnjenimi štirinajstimi leti odgovarjajo po splošnih pravilih o odgovornosti za škodo, saj so deliktno popolnoma sposobni. Zato tudi »pravilo sedmih let«. Prvih sedem let mladoletnik ni deliktno sposoben in ne more biti odškodninsko odgovoren, naslednjih sedem let je pogojno deliktno sposoben in bo odškodninsko odgovoren, če oškodovanec uspe izpodbiti domnevo o nerazsodnosti, od dopolnjenega štirinajstega leta pa je popolnoma deliktno sposoben. Z vidika odškodninskega prava se starejši mladoletniki obravnavajo enako kot polnoletne osebe.

Popolna deliktna sposobnost nastopi z dopolnjenim štirinajstim letom in velja za mladoletnike, predvsem pa za polnoletne osebe. Za osebe, ki izpolnjujejo objektivno predpostavko, se subjektivna predpostavka domneva. Ob izpolnjevanju obeh predpostavk obvelja pravna domneva, da je oseba, ki je dopolnila štirinajst let, deliktno sposobna, saj je sposobna za razsojanje. Za obstoj sposobnosti za razsojanje je bistveno, da je posameznik sposoben razumeti pomen in posledice svojih ravnanj – da nima defekta razuma.⁸ Razsoden posameznik mora imeti psihofizične lastnosti, ki omogočajo, da bo razumel in predvidel škodljive posledice svojega ravnanja.⁹ Če bo posameznik razsoden, bo tudi deliktno sposoben. Toda posameznikova sposobnost za razsojanje je lahko prizadeta in takšna prizadetost se lahko izraža kot (1) (bistveno) zmanjšana razsodnost, (2) prehodna nerazsodnost in (3) trajna nerazsodnost. Posameznik, ki je zaradi motnje v duševnem razvoju, težave v

⁷ Prav tam.

⁸ Prav tam; N. Plavšak, M. Juhart, R. Vrenčur, 2009, *Obligacijsko pravo: splošni del*, str. 531.

⁹ Prav tam.

duševnem zdravju ali zaradi kakšnega drugega vzroka le zmanjšano razsoden, bo odgovoren za škodo, ki jo je povzročil. Te lastnosti (okolščine) namreč niso dovolj izrazite, da bi izključile posameznikovo odškodninsko odgovornost. Ker zmanjšana razsodnost ne pomeni nerazsodnosti, jo lahko upoštevamo le pri oblikovanju pravnega standarda skrbnega ravnanja, ne pa pri konceptu (ne)razsodnosti.

Z vidika deliktne sposobnosti sta relevantni trajna nerazsodnost in (pogojno) prehodna nerazsodnost. Trajna nerazsodnost namreč absolutno izključuje deliktno sposobnost (in odškodninsko odgovornost), prehodna nerazsodnost pa relativno. Prvi in drugi odstavek 136. člena OZ določata, da posameznik, ki zaradi motnje v duševnem razvoju, težave v duševnem zdravju ali zaradi kakšnega drugega vzroka ni zmožen razsojati, ne odgovarja za škodo, ki jo povzroči drugemu (trajna nerazsodnost), posameznik, ki povzroči drugemu škodo v stanju prehodne nerazsodnosti, pa je zanj odgovoren, razen če dokaže, da ni po svoji krivdi prišel v takšno stanje (prehodna nerazsodnost). Kot smo že ugotovili, se razsodnost domneva, nerazsodnost pa se dokazuje. Zato mora trajno nerazsodnost ob povzročitvi škode dokazati oškodovalec, v posledici česar ne bo odgovarjal za škodo, saj je ravnal brez deliktne sposobnosti. V takšnem primeru bo za škodo, ki jo povzroči oseba, ki zaradi motnje v duševnem razvoju, težav v duševnem zdravju ali zaradi kakšnih drugih vzrokov ni zmožna razsojati, odgovarjal tisti, ki jo je po zakonu ali po odločbi pristojnega organa ali po pogodbi dolžan nadzorovati (prvi odstavek 141. člena OZ). Odgovornosti bo lahko prost, če dokaže, da je opravljal dolžno nadzorstvo ali da bi bila škoda nastala tudi pri skrbnem nadzorstvu (drugi odstavek 141. člena OZ). Domnevo razsodnosti pa lahko izpodbija tudi oškodovanec, ki je škodo povzročil v stanju prehodne nerazsodnosti, če v to stanje ni prišel po svoji krivdi. Če bo oškodovalec uspešno izpodbil domnevo razsodnosti in dokazal, da v stanje prehodne nerazsodnosti stanje ni prišel po svoji krivdi, bo za škodo odgovorna oseba, ki je oškodovalca spravila v stanje prehodne nerazsodnosti (tretji odstavek 136. člena OZ).¹⁰ Velja pa opozoriti, da trajna nerazsodnost ne pomeni tudi absolutne deliktne nesposobnosti. Lahko se namreč zgodi, da posameznik, ki zaradi motnje v duševnem razvoju, težave v duševnem zdravju ali zaradi kakšnega drugega vzroka načeloma ni zmožen razsojati (trajna nerazsodnost), postane prehodno razsoden. Za dejanje, izvršeno v svetlem trenutku, bo oškodovalec

¹⁰ B. Novak, v: M. Juhart, D. Možina, B. Novak, A. Polajnar-Pavčnik, V. Žnidaršič Skubic, 2011, Uvod v civilno pravo, str. 88.

odškodninsko odgovarjal, saj bo prehodno (ponovno) vzpostavljena njegova deliktna sposobnost. V svetlem trenutku namreč posameznikova sposobnost za razsojanje ni prizadeta. Dokazovanje svetlega trenutka oz. dejstva, da je trajno nerazsoden posameznik pridobil prehodno razsodnost, bo bremenilo tožečo stranko.

2.2 Nerazsodnost v okviru poslovne sposobnosti

Naslednja pravna lastnost, ki je povezana s konceptom (ne)razsodnosti, je poslovna sposobnost. To je pravno priznana sposobnost posameznika, da samostojno nastopa v pravnem prometu in »z lastnimi dejanji (izjavami poslovne volje) povzroča nastanek, spremembo ter prenehanje (poslovnih, civilnih) pravnih razmerij«¹¹ Samostojno nastopanje v pravnem prometu je pomembno, ker samo oseba, ki ima popolno poslovno sposobnost, lahko samostojno pridobiva pravice in prevzema obveznosti civilnega prava.¹² Poslovna sposobnost je zato določena kot predpostavka za veljavno sklenitev pravnega posla.

Tudi za obstoj poslovne sposobnosti morata biti izpolnjeni dve predpostavki. Objektivna predpostavka je primerna starost (polnoletnost), subjektivna pa sposobnost za razsojanje.¹³ Na podlagi objektivne predpostavke lahko izpeljemo temeljno pravilo, da (1) polnoletne osebe praviloma so poslovno sposobne in (2) mladoletne osebe praviloma niso poslovno sposobne. Toda veljavnost navedenega pravila ni absolutna. Iz 146. in 152. člena Družinskega zakonika¹⁴ (DZ) izhajajo, da mladoletniki pred dopolnjenim petnajstim letom niso poslovno sposobni (poslovna nesposobnost), zato ne morejo veljavno sklepati pravnih poslov. Zakonodajca glede poslovne sposobnosti izhajajo iz neizpodbojne domneve, da mladoletniki pred dopolnjenim petnajstim letom niso razsodni, zato so poslovno popolnoma nesposobni. To pravilo bo veljalo ne glede na konkretne lastnosti mladoletnika. Četudi bi se izkazalo, da je mladoletnik razsoden (kar je *per se* malo verjetno), pravnega posla (samostojno) ne bo mogel skleniti. Toda niti OZ niti DZ ne določata pravnih posledic, če mladoletnik brez poslovne sposobnosti pravni posel kljub temu sklene. Zato je potrebno upoštevati, da civilno pravo pozna dve obliki neveljavnosti

¹¹ N. Plavšak, M. Juhart, R. Vrenčur, 2009, Obligacijsko pravo: splošni del, str. 182.

¹² VSL sklep I Cp 1987/2014 z dne 10. 9. 2014, ECLI: ECLI:SE:VSLJ:2014:ICP.1987.2014.

¹³ Sklep VIII Ips 283/2004 z dne 26. 2. 2008, ECLI: ECLI:SI:VSRS:2008:VIII.IPS.283.2007.

¹⁴ Uradni list RS, št. 15/17, 21/18 – ZNOrg, 22/19, 67/19 – ZMatR-C, 200/20 – ZOOMTVI, 94/22 – odl. US, 94/22 – odl. US in 5/23.

pravnih poslov, in sicer absolutno (ničnost) in relativno neveljavnost (izpodbojnost). Iz 41. člena OZ izhaja, da so pravni posli, ki jih sklenejo osebe (mladoletniki, op. a.) z omejeno poslovno sposobnostjo, izpodbojni. Pridružujemo se stališču, da tega pravila ni mogoče analogno uporabiti za primer, ko pravni posel sklene mladoletnik brez poslovne sposobnosti. Takšen mladoletnik je namreč popolnoma poslovno nesposoben, medtem ko poslovna sposobnost mladoletnika, ki je dopolnil petnajst let, obstaja, vendar je omejena.¹⁵ Glede na to, da neobstoj poslovne sposobnosti predstavlja težjo pomanjkljivost pri sklenitvi pravnega posla, so pravni posli, ki jih sklene mladoletnik pred dopolnjenim petnajstim letom, absolutno neveljavni.¹⁶

Mladoletnik pridobi omejeno poslovno sposobnost z dopolnjenim petnajstim letom starosti. Omejena poslovna sposobnost pomeni, da je mladoletniku priznana sposobnost, da samostojno nastopa v pravnem prometu, vendar v omejenem obsegu. Za veljavnost nekaterih pravnih poslov namreč mora biti izpolnjena dodatna predpostavka, tj. dovoljenje zakonitega zastopnika.¹⁷ Po dopolnjenem petnajstem letu lahko mladoletnik samostojno sklepa (manj pomembne) pravne posle, ki ne vplivajo bistveno na njegovo življenje pred polnoletnostjo ali po njej. Za ostale (bolj pomembne) pravne posle je potrebno dovoljenje zakonitega zastopnika. Veljavnost pravnega posla, ki ga je otrok sklenil brez dovoljenja zakonitega zastopnika, se presoja po pravilih OZ. Pravna sankcija za navedeno (lažjo) pomanjkljivost pri sklenitvi pravnega posla ni absolutna, temveč relativna neveljavnost. Pravni posel, ki ga sklene mladoletnik po dopolnjenem petnajstem letu, bo torej izpodbojen (tretji odstavek 41. člena OZ).

Mladoletna oseba lahko izjemoma pridobi popolno poslovno sposobnost, kadar sklene zakonsko zvezo in kadar postane roditelj, če doseže tako telesno in duševno zrelost, da je sposoben za samostojno življenje (drugi in tretji odstavek 152. člena DZ). Sicer pa popolna poslovna sposobnost nastopi z dopolnjenim osemnajstim letom starosti. S polnoletnostjo se izpolni objektivna predpostavka poslovne sposobnosti, v posledici česar se predpostavi obstoj subjektivne predpostavke. Ob izpolnjevanju obeh predpostavk obvelja pravna domneva, da je polnoletna oseba poslovno sposobna. Izhodišče poslovne sposobnosti je (enako kot pri deliktne

¹⁵ N. Plavšak, M. Juhart, R. Vrenčur, 2009, *Obligacijsko pravo: splošni del*, str. 184.

¹⁶ B. Novak, v: M. Juhart, D. Možina, B. Novak, A. Polajnar-Pavčnik, V. Žnidaršič Skubic, 2011, *Uvod v civilno pravo*, str. 76.

¹⁷ N. Plavšak, M. Juhart, R. Vrenčur, 2009, *Obligacijsko pravo: splošni del*, str. 184.

spodobnosti) psihofizična zrelost, kar pomeni, da je posameznik sposoben razumeti pomen in posledice svojih pravnih dejanj (neobstoj defekta razuma). Poslovna sposobnost je zato odvisna od sposobnosti za razsojanje.¹⁸ Če bo torej posameznik razsoden, bo tudi poslovno sposoben. Toda poslovna sposobnost sama po sebi ne pomeni sposobnosti za razsojanje. Da bi bila oseba v resnici (dejansko) ¹⁹ sposobna izraziti poslovno voljo, mora biti sposobna to voljo najprej oblikovati, torej sprejeti odločitev glede vsebine volje.¹⁹ Zato je pravna domneva, da je poslovno sposobna oseba tudi razsodna, izpodbojna. Posameznikova sposobnost za razsojanje je lahko namreč prizadeta, kar se izraža kot (1) (bistveno) zmanjšana razsodnost, (2) prehodna nerazsodnost in (3) trajna nerazsodnost. V primerih prizadete razsodnosti so predvideni posebni postopki, v katerih sodišče delno ali popolno odvzame poslovno sposobnost polnoletne osebe, podaljša roditeljsko pravico čez otrokovo polnoletnost oz. odraslo osebo postavi pod skrbništvo.

Postopki, v katerih se naravno stanje voljne nesposobnosti avtoritativno in pravnomočno ugotovi z odločbo sodišča, posledica takšne odločbe pa je poslovna nesposobnost osebe, so predvideni zaradi varstva interesov prizadetih oseb in zaradi varstva pravnega prometa.²⁰ Zakon o nepravdnem postopku²¹ (ZNP) je določal, da sodišče v postopku za odvzem poslovne sposobnosti odloča o delnem ali popolnem odvzemu poslovne sposobnosti osebam, ki zaradi duševne bolezni, duševne zaostalosti, odvisnosti od alkohola ali mamil ali iz drugega vzroka, ki vpliva na psihofizično stanje, niso sposobne same skrbeti zase, za svoje pravice in koristi (44. člen ZNP). Če so bili pogoji za odvzem sposobnosti izpolnjeni, je sodišče poslovno sposobnost odvzelo delno ali popolno (50. člen ZNP). Razlogi za odvzem poslovne sposobnosti niso bili navedeni taksativno, pač pa le primeroma. Poleg duševnih bolezni, zaostalosti, odvisnosti od alkohola ali mamil, so se kot taki razlogi navajale tudi telesne in značajske napake. Vendar so bile te okoliščine lahko razlog za odvzem ali omejitev poslovne sposobnosti le v primeru, kadar v so tolikšni meri vplivale na človekovo psihofizično stanje, da ni bil sposoben sam skrbeti zase, za svoje pravice in koristi.²² ZNP je nadalje določal, da sodišče v postopku za podaljšanje roditeljske pravice odloča o podaljšanju roditeljske pravice čez otrokovo polnoletnost, če otrok

¹⁸ Prav tam, str. 183.

¹⁹ Sklep VIII Ips 283/2004 z dne 26. 2. 2008, ECLI:ECLI:SI:VRSR:2008:VIII.IPS.283.2007.

²⁰ VSL sklep I Cp 2330/2017 z dne 28. 8. 2019, ECLI:ECLI:SI:VSLJ:2019:I.CP.1438.2019.

²¹ Uradni list SRS, št. 30/86, 20/88 – popr., Uradni list RS, št. 87/02 – SPZ, 131/03 – odl. US, 77/08 – ZDZdr, 10/17 – ZPP-E in 16/19 – ZNP-1.

²² VSL sodba II Cp 1627/2004 z dne 1. 6. 2005, ECLI:ECLI:SI:VSLJ:2005:II.CP.1627.2004.

zaradi telesne ali duševne prizadetosti ni sposoben, da sam skrbi zase, za svoje koristi in pravice (57. člen ZNP).

Pravni položaj posameznika po popolnem odvzemu poslovne sposobnosti je enak položaju mladoletnika pred dopolnjenim petnajstim letom. Vsi pravni posli, ki jih sklene brez skrbnika, so namreč nični. Pravni položaj posameznika po delnem odvzemu poslovne sposobnosti pa je enak položaju mladoletnika, ki je že dopolnil petnajst let, kar pomeni, da je za veljavnost njegovih pravnih poslov potrebno soglasje skrbnika.²³ Brez njegovega soglasja je pravni posel izpodbojen. Po podaljšanju roditeljske pravice pa je pravni položaj posameznika enak položaju mladoletnika, ki je dopolnil petnajst let, razen v primerih, ko je sodišče v odločbi o podaljšanju roditeljske pravice odločilo, da ima oseba položaj otroka, ki še ni dopolnil petnajst let (293. člen DZ).

Razhajanje med poslovno sposobnostjo in sposobnostjo za razsojanje lahko nastopi, ko oseba s popolno poslovno sposobnostjo (trajno ali prehodno) izgubi dejansko sposobnost za razsojanje, poslovna sposobnost pa ji ni bila odvzeta.²⁴ Pravnih posledic, ki bi nastale v takšnih primerih, zakonodajalec ni določil. Zato je potrebna pravna kreativnost. Dejanski položaj osebe, ki ji poslovna sposobnost kljub trajni nerazsodnosti ni odvzeta, je enak položaju osebe, ki ji je poslovna sposobnost popolnoma odvzeta. Takšna oseba namreč ni sposobna za razsojanje, zato so njeni pravni posli nični. Za osebo, ki ji poslovna sposobnost ni odvzeta, pravni posel pa sklene v stanju prehodne nerazsodnosti, pa lahko analogno uporabimo pravno pravilo iz drugega odstavka 136. člena OZ, ki določa, da kdor povzroči drugemu škodo v stanju prehodne nerazsodnosti, je zanjo odgovoren, razen če dokaže, da ni po svoji krivdi prišel v takšno stanje. Če torej posameznik sklene pravni posel v stanju prehodne nerazsodnosti, poslovna sposobnost pa mu ni odvzeta, se ne more sklicevati na njegovo ničnost, če je v takšno stanje prišel po lastni krivdi.²⁵

Izpostaviti velja, da novi Zakon o nepravdnem postopku²⁶ (ZNP-1) in DZ ukinjata postopek delnega ali popolnega odvzema poslovne sposobnosti polnoletne osebe in postopek podaljšanja roditeljske pravice čez otrokovo polnoletnost. DZ je namreč

²³ B. Novak, v: M. Juhart, D. Možina, B. Novak, A. Polajnar-Pavčnik, V. Žnidaršič Skubic, 2011, Uvod v civilno pravo, str. 80.

²⁴ VSL sodba II Cp 1627/2004 z dne 1. 6. 2005, ECLI:ECLI:SI:VSLJ:2005:II.CP.1627.2004.

²⁵ N. Plavšak, M. Juhart, R. Vrenčur, 2009, Obligacijsko pravo: splošni del, str. 191.

²⁶ Uradni list RS, št. 16/19.

uvedel institut postavitve odrasle osebe pod skrbništvo, ki omogoča, da sodišče osebo, ki zaradi motnje v duševnem razvoju ali težav v duševnem zdravju ali drugega vzroka, ki vpliva na zmožnost razsojanja, sama brez škode zase ni sposobna poskrbeti za svoje pravice in koristi, postavi pod skrbništvo in ji imenuje skrbnika (prvi odstavek 262. člena DZ).

2.3 Nerazsodnost v okviru oporočne in ženitne sposobnosti

Posebni vrsti poslovne sposobnosti sta oporočna in ženitna sposobnost (imenovani tudi posebni poslovni sposobnosti). Enako kot deliktna in (splošna) poslovna sposobnost tudi ti dve temeljita na sposobnosti za razsojanje, ki pa lahko obstaja kljub temu, da razsodnost, ki je kot objektivna predpostavka potrebna za poslovno sposobnost, manjka. Zahteve za priznanje oporočne in ženitne sposobnosti so namreč nižje, predvsem zaradi manjšega pomena za pravni promet.²⁷

Oporočna sposobnost (sposobnost za testiranje) je sposobnost zapustnika, da izjavi svojo poslednjo voljo: da napravi, spremeni ali prekliče oporočo. Za obstoj oporočne sposobnosti morata biti izpolnjeni objektivna in subjektivna predpostavka, in sicer primerna starost (petnajst let) ter sposobnost za razsojanje. Starostni pogoj za pridobitev oporočne sposobnosti je izenačen s starostnim pogojem za pridobitev omejene poslovne sposobnosti. Oporočka, ki jo napravi mladoletnik pred dopolnjenim petnajstim letom, pa ni nična, kot bi sicer veljalo za pravni posel, ki ga sklene mladoletnik brez poslovne sposobnosti. Iz prvega odstavka 61. člena Zakona o dedovanju²⁸ (ZD) namreč izhaja, da je neveljavnost relativna (izpodbojnost). Za osebo, ki je dopolnila petnajst let (objektivna predpostavka), pa se domneva, da ima sposobnost za razsojanje (subjektivna predpostavka) in s tem oporočno sposobnost. Ta domneva pa je izpodbojna. Zainteresirana oseba lahko namreč dokazuje, da oporočitelj v času oporočnega testiranja ni bil razsoden. Dokazati bo morala, da oporočitelj ni mogel pravilno razumeti pomena svoje izjave poslednje volje in njenih posledic (defekt razuma).²⁹ Velja pa opozoriti, da odvzem poslovne sposobnosti ne pomeni tudi odvzema oporočne sposobnosti. Domneva

²⁷ B. Novak, v: M. Juhart, D. Možina, B. Novak, A. Polajnar-Pavčnik, V. Žnidaršič Skubic, 2011, Uvod v civilno pravo, str. 82f.

²⁸ Uradni list SRS, št. SRS, št. 15/76, 23/78, Uradni list RS, št. 13/94 – ZN, 40/94 – odl. US, 117/00 – odl. US, 67/01, 83/01 – OZ, 73/04 – ZN-C, 31/13 – odl. US in 63/16.

²⁹ K. Zupančič, V. Žnidaršič Skubic, 2009, Dedno pravo, str. 115.

oporočne sposobnosti bo zato veljala tudi za osebo, kateri je bila poslovna sposobnost delno ali popolno odvzeta.³⁰

Ženitna sposobnost (sposobnost za sklenitev zakonske zveze) je sposobnost izjaviti voljo za sklenitev zakonske zveze.³¹ Tudi za ženitno sposobnost morata biti izpolnjeni objektivna in subjektivna predpostavka, in sicer primerna starost (polnoletnost) ter sposobnost za razsojanje. Vsebino objektivne predpostavke dopolnjuje 5. člen DZ, ki določa, da je otrok (praviloma) oseba, ki še ni dopolnila osemnajst let. Izjemoma lahko zakonsko zvezo z dovoljenjem sodišča sklene tudi otrok, ki je že dopolnil petnajst let, če so za to podani utemeljeni razlogi. Sicer pa je zakonska zveza, ki jo sklene mladoletna oseba, neveljavna, zato je potrebna vložitev tožbe za njeno razvezo (45. in 48. člen DZ). Kljub temu pa ostane v veljavi zakonska zveza, ki jo brez dovoljenja sodišča sklene otrok, če sodišče, pri katerem teče postopek za razveljavitev zakonske zveze, ugotovi, da obstajajo okoliščine, zaradi katerih bi se dovolila njena sklenitev, ali če je otrok med postopkom dopolnil starost osemnajst let (52. člen DZ). Z dopolnjenim osemnajstim letom se izpolni objektivna predpostavka ženitne sposobnosti, v posledici česar se predpostavi obstoj subjektivne predpostavke. Domneva se, da polnoletna oseba razume pomen in posledice izjavljene volje za sklenitev zakonske zveze (neobstoj defekta razuma).³² Ob izpolnjevanju obeh predpostavk obvelja pravna domneva, da je polnoletna oseba ženitno sposobna. Toda pravna domneva, da je polnoletna oseba sposobna za razsojanje in posledično ženitno sposobna, je izpodbojna. Posameznikova sposobnost za razsojanje je lahko namreč prizadeta, kar se izraža v različnih oblikah. Iz 25. člena DZ izhaja, da zakonske zveze ne more skleniti oseba, ki je (trajno ali prehodno, op. a.) nerazsodna. Takšna zakonska zveza je neveljavna, zato je potrebna vložitev tožbe za njeno razvezo (45. in 48. člen DZ). Prav tako neveljavna je zakonska zveza, ki jo sklene oseba, ki je ob sklenitvi zakonske zveze začasno razsodna, vendar pa zaradi vzroka, ki povzroča njeno nerazsodnost, ni sposobna z drugim zakoncem oblikovati življenjske skupnosti z vsebino, ki jo določa DZ (25. člen DZ). Za sklenitev zakonske zveze torej svetli trenutek nerazsodne osebe

³⁰ B. Novak, v: M. Juhart, D. Možina, B. Novak, A. Polajnar-Pavčnik, V. Žnidaršič Skubic, 2011, Uvod v civilno pravo, str. 84f.

³¹ Prav tam.

³² B. Novak, v: M. Juhart, D. Možina, B. Novak, A. Polajnar-Pavčnik, V. Žnidaršič Skubic, 2011, Uvod v civilno pravo, str. 85.

(prehodna razsodnost) ne zadošča, ampak je potrebna trajna razsodnost.³³ Sicer bo tudi takšna zakonska zveza neveljavna.

2.4 Nevrološka podlaga razsodnosti kot subjektivne predpostavke pravno priznanih oblik sposobnosti

Povezovalni element deliktne in poslovne sposobnosti, kakor tudi oporočne in ženitne sposobnosti, je koncept (ne)razsodnosti. Pravno priznane sposobnosti namreč pripadajo posamezniku, ki ima sposobnost za razsojanje. Ob tem velja ponovno opozoriti, da so navedene oblike (pravne) sposobnosti pravne lastnosti posameznika, medtem ko je (ne)razsodnost lastnost dejanske narave.

Vse pravno priznane sposobnosti so odvisne od izpolnjevanja dveh predpostavk. Objektivna predpostavka se nanaša na primerno starost, subjektivna pa na razsodnost. Ugotovimo lahko, da slovenski zakonodajalec subjektivno predpostavko (načeloma) pogojuje z obstojem objektivne predpostavke. Velja namreč neizpodbojna domneva, da mladoletniki do dopolnjenega sedmega leta niso sposobni za razsojanje. Ta domneva velja za vse pravno priznane sposobnosti. Pri poslovni sposobnosti, vključno z oporočno in ženitno sposobnostjo, pa velja dodatna neizpodbojna domneva, da mladoletniki niso razsodni do dopolnjenega petnajstega leta. Te domneve so utemeljene na notornem dejstvu, da mladoletniki (otroci) niso enako razviti kot odrasli. Povprečna odrasla oseba namreč razume, da bo odškodninsko odgovorna za škodo, ki jo povzroči drugemu, in da bo morala izpolniti obveznosti iz pogodbe, ki jo je sklenila. Pri otrocih temu ni tako. Zaradi psihofizičnih lastnosti, ki še niso dokončno izoblikovane, otroci (praviloma) niso sposobni razumeti pomena in posledic svojih dejanj. Niso sposobni razumeti, zakaj je potrebno povrniti škodo (*neminem laedere*) in izpolniti obveznosti (*pacta sunt servanda*). Otroci namreč nimajo sposobnosti za razsojanje, kar lahko pripišemo dejstvu, da njihovi možgani niso enako razviti kot možgani odraslih.³⁴

Potencialna razsodnost nastopi z dopolnjenim sedmim letom. Deliktna sposobnost namreč izhaja iz izpodbojne domneve nerazsodnosti, kar pomeni, da je lahko tudi mladoletnik, ki je že dopolnil sedem let, z vidika deliktne sposobnosti razsoden,

³³ Prav tam.

³⁴ J. Harris, N. Mackintosh, G. Ress et al., 2011, Brain Waves Module 4: Neuroscience and the Law, str. 14; Y. Taki, R. Kawashima, Brain Development in Childhood, 2012, str. 103–110.

čeprav z vidika poslovne sposobnosti, vključno z oporočno in ženitno sposobnostjo, ne bo mogel imeti sposobnosti za razsojanje. Slovensko pravo priznava razsodnost z dopolnjenim štirinajstim oz. petnajstim letom. Pri deliktni sposobnosti nastopi izpodbojna domneva razsodnosti pri štirinajstih letih, pri poslovni sposobnosti nastopi izpodbojna domneva zmanjšane razsodnosti pri petnajstih letih, pri oporočni sposobnosti pa nastopi izpodbojna domneva razsodnosti pri petnajstih letih. Pri ženitni sposobnosti sicer velja domneva, da je mladoletnik do dopolnjenega osemnajstega leta nerazsoden, vendar je ta domneva izpodbojna.

Razsodnost pri mladostnikih (adolescentih) je pravno relevantno subjektivno dejstvo. Pomembna je namreč za utemeljitev vseh obravnavanih pravno priznanih sposobnosti, zato se ugotavlja v civilnem dokaznem postopku. V nadaljevanju bomo izhajali iz predpostavke, da je (ne)razsodnost pogojena z razvojno stopnjo možganov.

Mladostništvo (adolescenca) je kompleksno razvojno obdobje. Predstavlja namreč obdobje med otroštvom, ko je posameznik popolnoma odvisen od staršev, in odraslostjo, ko postane popolnoma neodvisen od njih. Opredelilni element mladostništva je pridobivanje samostojnosti, kar predpostavlja zmanjšani nadzor staršev in samostojno sprejemanje odločitev.³⁵ Toda številne odločitve, ki jih sprejemajo »osamosvojeniki« in pretirano samozavestni mladostniki, se izkažejo kot napačne (in nevarne). Za mladostnike je namreč značilno, da sprejemajo tvegane odločitve.³⁶ Te odločitve pa lahko rezultirajo v uživanju prepovedanih substanc, neželenih nosečnosti in spolno prenosljivih boleznih, kakor tudi v kriminalni dejavnosti.³⁷ Nobenega dvoma ni, da so mladostniki pod velikim vplivom vrstnikov in sprejemajo tvegane odločitve, da bi se dokazali v družbi. Toda sprejemanje tveganih odločitev ima tudi nevrološko podlago.

Nekoč je prevladovalo stališče, da so mladostniki bolj dovzetni za sprejemanje tveganih odločitev, ker bodisi niso sposobni predvideti negativnih posledic svojih (tveganih) odločitev bodisi so zmotno prepričani, da negativne posledice ne bodo nastopile. Nove raziskave dokazujejo, da so tudi mladostniki sposobni predvideti negativne posledice, tvegano odločitev pa sprejmejo, ker precenijo majhno

³⁵ C. A. Hartley, L. H. Somerville, *The Neuroscience of Adolescent Decision-Making*, 2015, str. 108f.

³⁶ S. J. Blakemore, T. W. Robbins, *Decision-Making in the Adolescent Brain*, 2015, str. 1184.

³⁷ C. A. Hartley, L. H. Somerville, *The Neuroscience of Adolescent Decision-Making*, 2015, str. 109.

verjetnost nastopa negativnih posledic.³⁸ V eni izmed raziskav so nevroznanstveniki primerjali možgansko aktivnost mladostnikov in odraslih, medtem ko so izbirali med različnimi možnostmi med igrami na srečo. Odkrili so, da možganski predeli za nadzor nad sprejemanjem tveganih odločitev in možganski predeli, ki so »odgovorni« za nagrajevanje, pri mladostnikih niso enakomerno razviti. Možganski predeli, ki jih povezujemo z nagrajevanjem, so ob pričakovanju nagrade izrazito aktivni, predeli kognitivnega nadzora pa »dozorevajo« počasneje.³⁹

Nevroznanstveniki so ugotovili, da se možgani mladostnikov strukturno in v funkcijsko razlikujejo od (dokončno razvitih) možganov odraslih.⁴⁰ Zanimivo je, da se razvoj posameznih možganskih predelov ne zaključi sočasno. Razvoj amigdale se denimo zaključi v zgodnjem mladostništvu, prefrontalni korteks pa se (dokončno) razvije šele sredi dvajsetih let. Poenostavljeno povedano, amigdala je »odgovorna« za nagrajevanje in čustvovanje, prefrontalni korteks pa za presojanje, sprejemanje odločitev in nadzor impulzivnosti. Izraziti čustveni odzivi, impulzivnost in nepremišljeno tveganje mladostnikov so posledica neravnovesja med razvito amigdalo in nerazvitim prefrontalnim korteksom.⁴¹ Če dejanje mladostnika, ki je povzročil škodo, pripišemo domnevnemu neravnovesju, lahko zaključimo, da za svoje dejanje ne more biti odškodninsko odgovoren. Iz splošnega spoznanja, da mladostniki zaradi prefrontalnega korteksa, ki pri njih ni dokončno razvit, in dokončne razvitosti amigdale nimajo sposobnosti za razsojanje, namreč lahko izpeljemo zaključek, da te sposobnosti nima niti konkretni mladostnik. Enako velja za poslovno sposobnost. Pogodbene stranke namreč morajo pretehtati, kakšne koristi (in morebitno škodo) bodo pridobile s sklenitvijo pravnega posla. Za to je potrebna sposobnost za presojanje, sprejemanje odločitev in nadzor impulzivnosti, ki pa pri mladostnikih ni samoumevna. Zato bo sodišče moralo ugotoviti, ali je mladostnik dovolj rzsoden, da razume pomen in posledice svojih pravnih dejanj. Glede na splošno spoznanje, da mladostniki zaradi obravnavanega neravnovesja nimajo (zadostne) sposobnosti za razsojanje, bo lahko sodišče zaključilo, da niti konkretni mladostnik nima te sposobnosti.

³⁸ Prav tam, str. 111.

³⁹ L. Van Leijenhorst, G. B. Moor, Z. A. O. de Macks et al., Adolescent Risky Decision-Making: Neurocognitive Development of Reward and Control Regions, 2001, str. 345–355.

⁴⁰ C. A. Hartley, L. H. Somerville. The Neuroscience of Adolescent Decision-Making, 2015, str. 111.

⁴¹ N. Gogtay, J. N. Giedd, L. Luck et al., Dynamic Mapping of Human Cortical Development During Childhood Through Early Adulthood, 2014, str. 8174–8179; J. Harris, N. Mackintosh, G. Ress et al., 2011, Brain Waves Module 4: Neuroscience and the Law, str. 14; Y. Taki, R. Kawashima, Brain Development in Childhood, 2012, str. 13.

V enem izmed civilnih postopkov na Nizozemskem je sodišče moralo določiti začasnega skrbnika mladostniku (15 let), ki je zavrnil transfuzijo krvi. Mladoletnik je izkazoval visoko stopnjo lojalnosti do svoje (pretirano) verne družine, ki je iz iracionalnih razlogov nasprotovala transfuziji. Sodišče je zaključilo, da mladoletnik ni sposoben sprejemati lastnih odločitev, ker ni sposoben ločiti med lastnim mnenjem in mnenjem staršev. Ugotovilo je, da je nesposobnost sprejemanja dolgoročnih odločitev lastnost mladostnikov, katerih možgani se šele razvijajo. Na podlagi ugotovljenega je mladoletniku dodelilo začasnega skrbnika.⁴² Sodišče je v obravnavani zadevi odločilo na podlagi nevroznanstvenega spoznanja, da mladostniki zaradi manjše razvitosti možganov niso sposobni sprejemati dolgoročnih odločitev. Iz tega splošnega spoznanja je izpeljalo zaključek, da tega ni sposoben niti obravnavani mladoletnik. Uporabljena metoda temelji na generalizaciji – sklepanju o razvojni stopnji možganov glede na splošno populacijo mladostnikov, ki pa ne upošteva razlik med posamezniki. Zato bi se lahko zgodilo, da možganska razvitost konkretnega mladostnika ne bi ustrezala možganski razvitosti splošne populacije. Navedeni nevarnosti bi se sodišče lahko izognilo z uporabo klinične metode. V obravnavanem primeru bi lahko uporabilo metode možganskega slikanja in na podlagi opazovanja možganske aktivnosti sklepalo na možgansko razvitost konkretnega mladostnika. S tem bi odpadla potreba po deduktivnem sklepanju, saj bi uporaba klinične metode zagotovila višjo stopnjo zanesljivosti.⁴³ Enako bi lahko postopali v hipotetičnih primerih z ugotavljanjem deliktne in poslovne sposobnosti, ki smo ju obravnavali v prejšnjem odstavku. V obeh primerih bi namesto generalizacije lahko uporabili klinično metodo in ugotavljali, ali možganska razvitost konkretnega mladostnika dosega stopnjo, ko ta razume pomen in posledice svojih pravnih dejanj.

Možgani mladostnikov so izjemno kompleksni. Če namreč primerjamo možgane otrok/mladostnikov in odraslih, lahko ugotovimo, da so otroški možgani in možgani mladostnikov manj razviti od možganov odraslih. Izraziti čustveni odzivi, impulzivnost in nepremišljeno tveganje, ki so vsakodnevni spremljevalci mladostnikov in vodijo do odločitev, ki jih kot odrasli ne bi sprejeli, so posledica neravnovesja med posameznimi možganskimi predeli. Ker možgani mladostnikov niso (dokončno) razviti, mladostniki niso (popolnoma) sposobni za razsojanje. Zato

⁴² C. H. De Kogel, W. M. Scharma, M. Smit, *Civil Law and Neuroscience*, 2014, str. 280.

⁴³ J. Harris, N. Mackintosh, G. Ress et al., 2011, *Brain Waves Module 4: Neuroscience and the Law*, str. 14; Y. Taki, R. Kawashima, *Brain Development in Childhood*, 2012, str. 14.

menimo, da bi izpodbojno domnevo razsodnosti pri deliktih, poslovni in oporočni sposobnosti morala zamenjati izpodbojna domneva nerazsodnosti (kot pri ženitni sposobnosti). Še vedno bi lahko dokazovali nasprotno, toda dokazno breme ne bi bilo na mladostniku. Glede na nevroznanstvena odkritja o možganski (ne)razvitosti mladostnikov je namreč bolj verjeten sklep, da mladoletniki niso sposobni razumeti pomena in posledic svojih dejanj. To bi obenem odpravilo nekonsistentnost pravnih domnev o (ne)razsodnosti pri priznavanju pravnih sposobnosti. Velja izpostaviti, da so nevroznanstvena odkritja o (ne)razvitosti možganov mladostnikov že povzročila spremembe pri pravni presoji njihovih dejanj. Spremembe so se zgodile v ZDA, in sicer na področju kazenskega prava, ki pa so tako pomembne, da jih velja upoštevati tudi v civilnem dokaznem pravu. Vrhovno sodišče ZDA je namreč prepovedalo smrtno kazen za mladoletne osebe iz enakih razlogov, kot jih obravnavamo v predmetnem delu. Izrazite čustvene odzive, impulzivnost in nepremišljeno tveganje mladostnikov, ki lahko privedejo do kaznivih dejanj, za katere je predpisana smrtna kazen, je pripisalo neravnovesju med razvito amigdalo in nerazvitim prefrontalnim korteksom. Smrtno kazen je prepovedalo, ker možgani zaradi navedenega neravnovesja niso dovolj »zreli«, da bi mladostniki kazensko odgovarjali s svojim življenjem.⁴⁴

Toda možgani se razvijajo tudi po dopolnjeni polnoletnosti. Z vidika nevroznanstvenih odkritij zato ni primerno, da je objektivna predpostavka (razsodnost) pravno priznanih sposobnosti določena pri osemnajstih letih. Mlajši mladoletniki so namreč tudi po dopolnjeni polnoletnosti zmanjšano razsodni, če ne celo nerazsodni, dokler njihovi možgani ne dosežejo dokončne razvitosti. Zato se strinjamo z ureditvijo, ki določa, da je domneva razsodnosti pri polnoletnih osebah izpodbojna. Ta namreč dopušča možnost, da polnoletna oseba ni sposobna za razsojanje, ker njeni možgani niso dokončno razviti. Toda nedokončani možganski razvoj ni edini razlog za nerazsodnost, ki ima nevrološko podlago.

V dosedanem razpravljanju smo že obrazložili, zakaj so možganske poškodbe pravno relevantno dejstvo. Te namreč puščajo hude posledice na življenje poškodovancev. Kljub sodobnim metodam možganskega slikanja (MR, CT in PET), ki zagotavljajo zanesljivejše diagnosticiranje in prognoziranje, napovedovanje

⁴⁴ L. Steinberg, *The influence of Neuroscience on US Supreme Court Decisions About Adolescents' Criminal Culpability*, 2013, str. 513–518; J. M. Eggen, E. J. Laury, *Toward a Neuroscience Model of Tort Law: How Functional Neuroimaging Will Transform Tort Doctrine*, 2012, str. 292.

posledic možganskih poškodb ni enostavno.⁴⁵ Posledice so namreč kompleksne in številne – od kognitivnih sprememb in spremenjene osebnosti do duševnih motenj in demence. Najpogostejša posledica možganskih poškodb so kognitivne spremembe, ki prizadenejo kakovost osebnega, družbenega in družinskega življenja. Kognitivne funkcije, ki so najpogosteje prizadete pri možganskih poškodbah, so sposobnost reševanja problemov, nadzor impulzivnosti in samokontrola, kakor tudi pomnjenje, učenje, hitrost obdelave informacij in govorne ter jezikovne funkcije.⁴⁶ Spremembe v osebnosti so tiste spremembe, ki jih najbolj opazijo družinski člani, ob vključenosti poškodovanca v družbo pa tudi ostali ljudje. Te spremembe se izražajo v impulzivnosti (nesposobnost presojanja, ki vodi v neprimerne odločitve), vzdraženosti (agresivnost, izražena v obliki verbalnih in fizičnih napadov), afektivni nestabilnosti (nesorazmerni in nenadzorovani čustveni izbruhi) in apatičnosti posameznikov (neodzivnost na nagrajevanje), ki pred možganskimi poškodbami niso kazali navedenih znakov. Kognitivne, vedenjske in osebnostne spremembe pa niso edine spremembe, ki so posledica možganskih poškodb. Pri posameznikih, ki so utrpeli možganske poškodbe, se namreč poveča možnost razvoja duševnih motenj (anksioznosti, psihoze ...), demence in drugih bolezni, ki imajo nevrološko podlago.⁴⁷

Ugotovimo lahko, da so posledice možganskih poškodb številne in kompleksne. Prizadenejo lahko obsežna področja vedenjsko-kognitivnega, klinično medicinskega in psiho-socialnega delovanja, zato je možno, da posameznik zaradi možganske poškodbe (trajno ali prehodno) izgubi razsodnost. Zmanjšane kognitivne sposobnosti, povečana impulzivnost in vzdraženost, kakor tudi duševne motnje in demenca so dejavniki, ki lahko povzročijo defekt razuma. Posameznik, ki ga prizadenejo posledice možganskih poškodb, morda ne bo mogel razumeti pomena in posledic svojih pravnih dejanj. Poškodovanec, ki nima sposobnosti za razsojanje, pa ne more imeti niti deliktne in poslovne sposobnosti, vključno z oporočno in ženitno sposobnostjo. Možganske poškodbe so torej pravno relevantno dejstvo, katerih ugotovitev je lahko pomembna za utemeljitev (ne)obstoja pravno priznanih sposobnosti.

⁴⁵ S. Šešok, K. Grabljevec, *Nezgodne možganske poškodbe — tiha epidemija z dolgosežnimi posledicami*, 2018, str. 199.

⁴⁶ T. W. McAllister, *Neurobiological Consequences of Traumatic Brain Injury*, 2013, str. 292.

⁴⁷ Prav tam, str. 292ff.

Omenili smo že, da možganske poškodbe povečujejo možnost nastanka demence. Demenca je progresivna bolezen, ki prizadene veliko število ljudi. Napovedi kažejo, da se bo število obolelih podvajalo vsakih dvajset let, kar pomeni, da bo število demenčnih bolnikov do leta 2040 preseгло število osemdeset milijonov.⁴⁸ Demenca se najpogosteje pojavlja kot Alzheimerjeva bolezen (50-75 odstotkov), pa tudi kot vaskularna (žilna) demenca (20 odstotkov), demenca z Lewyjevim telesci (5 odstotkov), frontotemporalna demenca (5 odstotkov) in druge oblike demence.⁴⁹ Kljub različnim vzrokom za nastanek demence, so simptomi podobni – progresivni upad kognitivnih sposobnosti.⁵⁰ Obseg in stopnja kognitivne prizadetosti se povečujeta z napredovanjem demence, kar se izraža predvsem na naslednjih področjih: spomin, izvršilne funkcije, jezikovne sposobnosti, vizualne in prostorske zmožnosti, osebnost in vedenje.⁵¹ Simptomi, ki jih povzroča demenca, prizadenejo obolelega, predvsem pa njegovo družino (in širšo družbo). Zato je pomembno, da se demenca odkrije in začne zdraviti zgodaj.

Diagnosticiranje demence (in njenih podvrst) temelji na analizi bolnikove anamneze, telesnem pregledu, preizkusu kognitivnih sposobnosti in laboratorijskih preiskavah.⁵² Kljub temu, da so (zaenkrat) primarnega pomena za odkrivanje demence klinični kriteriji, se postopoma povečuje tudi vloga možganskega slikanja. Pomembni metodi diagnosticiranja sta MR in PET, ki zaradi izboljšane metodologije omogočata zanesljivejše odkrivanje demence in njenih podvrst (še pred uporabo kliničnih kriterijev).⁵³ Kljub napovedim, da vstopamo v obdobje odkrivanja demence na podlagi možganskega slikanja, ne gre podcenjevati kliničnih kriterijev. Z metodami možganskega slikanja lahko pridemo do zaključka, da je posameznik, ki ne kaže kliničnih znakov demence, v resnici oboleva za demenco. MR in PET lahko namreč vzroke za nastanek demence odkrijeta še preden bi pri posamezniku, diagnosticiranemu z demenco, začele upadati kognitivne sposobnosti. V takšnem primeru posameznikova razsodnost (še) ni prizadeta, čeprav bo že diagnosticiran z demenco.⁵⁴ Prizadetost sposobnosti za razsojanje bo nastopila, ko bodo klinični znaki demence napredovali do stopnje, da oboleli zaradi prizadetosti kognitivnih

⁴⁸ C. P. Ferri M. Prince, C. Brayne et al., *Global Prevalence of Dementia: A Delphi Consensus Study*, 2005, str. 2112–2117.

⁴⁹ E. L. Cunningham, B. McGuinness, B. Herron et al., *Dementia*, 2015, str. 80.

⁵⁰ S. Duong, T. Patel, F. Chang, *Dementia: What Pharmacists Need to Know*, 2017, str. 119.

⁵¹ E. L. Cunningham, B. McGuinness, B. Herron et al., *Dementia*, 2015, str. 80.

⁵² S. Duong, T. Patel, F. Chang, *Dementia: What Pharmacists Need to Know*, 2017, str. 121.

⁵³ A. M. Staffaroni F. M. Elahi, D. McDermott et al., *Neuroimaging in Dementia*, 2017, str. 510.

⁵⁴ C. H. De Kogel, W. M. Scharma, M. Smit, *Civil Law and Neuroscience*, 2014, str. 276.

spodobnosti ne bo mogel razumeti pomena in posledic svojih pravnih dejanj. Zaradi nerazsodnosti, ki bo nastopila v posledici demence, bo posameznik izgubil obravnavane pravno priznane sposobnosti. Z razliko od nerazsodnosti, ki nastopi zaradi možganske poškodbe in je lahko trajna ali prehodna, je nerazsodnost, ki nastopi zaradi demence, trajna. Demenca je namreč progresivna bolezen, zato dolgoročnega izboljšanja kognitivnih sposobnosti, ki progresivno upadajo, ni mogoče pričakovati.

V eni izmed zadev na Nizozemskem je sodišče obravnavalo 91-letnika, ki je kljub izkazani demenci trdil, da je razsoden in s tem ženitno sposoben. Tožnik se je skliceval na geriatrično mnenje, iz katerega je izhajalo, da njegova sposobnost za razsojanje ni prizadeta, toženci (njegovi otroci) pa na medicinsko dokumentacijo, ki je nastala na podlagi MR, klinične in nevropsihološke ocene. Iz medicinske dokumentacije je izhajalo, da tožnik trpi za začetnimi znaki demence. Sodišče je sledilo tožnikovim navedbam in zaključilo, da njegova zmožnost za razsojanje in s tem ženitna sposobnost nista bili prizadeti.⁵⁵ Sodišče je odločilo izključno na podlagi zunanjih dejavnikov, kljub izkazani demenci. Nevroznanstvenih dokazov, ki so (objektivno) kazali na obstoj demence, sodišče ni upoštevalo, saj je zaupalo geriatričnemu mnenju in lastni zaznavi na glavni obravnavi. Sodnikovo nezaupanje v nevroznanost je privedlo do zmotne ugotovitve pravno relevantnega dejstva (obstoja demence). V neki drugi zadevi je tožnik zahteval razveljavitev registrirane partnerske zveze. V dokazne namene je predložil izvedensko mnenje, ki je obsegalo nevropsihološki preizkus in klinično ter radiološko diagnozo. Ugotovljeno je bilo, da tožnik trpi za Alzheimerjevo boleznijo, zato ob sklenitvi registrirane partnerske zveze ni bil razsoden. Kljub nasprotovanju toženke, da bi o tožnikovi sposobnosti za razsojanje lahko sklepali le na podlagi izvedenskega mnenja, ki bi nastalo v trenutku sklenitve registrirane partnerske zveze, je sodišče zahtevku ugodilo in partnersko zvezo razveljavilo.⁵⁶ V obravnavani zadevi je sodišče odločilo na podlagi klinične metode, saj je upoštevalo izvedensko mnenje, ki je nastalo za potrebe konkretnega primera. Vendar tega, kakšna je bila tožnikova sposobnost za razsojanje v preteklosti (ob sklenitvi registrirane partnerske zveze), na podlagi predloženega nevroznanstvenega dokaznega gradiva ni bilo mogoče ugotoviti. Izvedensko mnenje je namreč nastalo v trenutku, ko bi se tožnikovo stanje lahko že poslabšalo. Zato je potrebno pritrditi toženki, da bi o tožnikovi (ne)razsodnosti lahko zanesljivo sklepali

⁵⁵ Prav tam, str. 278.

⁵⁶ Prav tam, str. 279.

le v primeru, če bi izvedensko mnenje obsegalo tudi nevrološko stanje tožnika ob sklenitvi registrirane partnerske zveze.

Nerazsodnost lahko povzročijo tudi epileptični napadi. Epilepsija je nevrološka bolezen, ki prizadene približno 1 odstotek svetovnega prebivalstva, pomembno vlogo pri njenem diagnosticiranju pa imajo metode možganskega slikanja (predvsem EEG).⁵⁷ Toda nerazsodnosti in izgube zavesti ne povzročajo vsi epileptični napadi. Na tem mestu velja izpostaviti kompleksne delne (žariščne) epileptične napade, ki povzročajo prehodno zmedenost (kvalitativna motnja zavesti), in generalizirane epileptične napade, za katere je značilna popolna izguba zavesti v obliki »odsotnosti bolnika«.⁵⁸ Hipotetični oškodovalec se svojega dejanja, ki ga je izvršil med kompleksnim delnim epileptičnim napadom, ne bo spomnil, »odsotnost bolnika« pri generaliziranem epileptičnem napadu pa *per se* pomeni, da oškodovalec pomena in posledic svojega pravnega dejanja ne more razumeti. Epileptični napadi lahko povzročijo prehodno nerazsodnost, zato hipotetični oškodovalec, ki je škodo povzročil med epileptičnim napadom, (praviloma) ne more biti odškodninsko odgovoren, saj zaradi prehodne nerazsodnosti ne more imeti deliktne sposobnosti.

Splošno znano je, da lahko zloraba alkohola, drog in drugih psihoaktivnih snovi povzroči prehodno nerazsodnost. Takšna (enkratna) zloraba praviloma ne bo imela pravnih posledic. Vzrok za prehodno nerazsodnost je namreč zavestna odločitev posameznika, da poseže po snoveh, ki prizadenejo njegovo sposobnost za razsojanje. Toda zloraba navedenih snovi lahko privede tudi do trajne nerazsodnosti. Alkoholizem namreč povzroča strukturne in funkcijske spremembe v možganih (nevrodegeneracija).⁵⁹ Danes lahko z metodami možganskega slikanja (MR) odkrijemo možganske poškodbe, ki so nastale v posledici zlorabe alkohola, ločimo na reverzibilne in ireverzibilne, ki ostanejo tudi po daljši abstinenci.⁶⁰ Te poškodbe lahko rezultirajo v številna bolezenska stanja, ki prizadenejo posameznikovo sposobnost za razsojanje. Takšna je denimo bolezen Marchiafava-Bignami, ki prizadene duševno zdravje in povzroča zmedenost, dizartrijo ter ataksijo, pa tudi z alkoholom povezano demenco.⁶¹ V eni izmed raziskav so nevroznanstveniki iskali

⁵⁷ C. E. Stafstrom, L. Carmant, *Seizures and Epilepsy: An Overview for Neuroscientists*, 2015, dostopno na: <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC4448698/> (11. 4. 2019).

⁵⁸ Prav tam; P. Kumar et al., 2001, *Clinical Medicine*, str. 1055.

⁵⁹ F. T. Crews, *Alcohol-Related Neurodegeneration and Recovery*, str. 377.

⁶⁰ N. M. Zahr, A. Pfefferbaum, *Alcohol's Effects on the Brain: Neuroimaging Results in Humans and Animal Models*, 2007, str. 183.

⁶¹ Prav tam, str. 196f.

možganske predele, ki so povezani z odvisnostjo.⁶² Z metodami možganskega slikanja so pri posameznikih, ki so bili odvisni od alkohola ali drog, zaznali zmanjšano možgansko aktivnost v prefrontalnem korteksu, tj. možganskem predelu, ki ga povezujemo s sposobnostjo presojanja, sprejemanja odločitev in nadzora impulzivnosti. Na podlagi ugotovljenega domnevajo, da so predmetne kognitivne sposobnosti pri odvisnikih prizadete.⁶³ Bolezni, simptomi in posledice, ki jih povzročata zloraba alkohola, drog ter drugih psihoaktivnih snovi, lahko vplivajo na posameznikovo zmožnost razumeti pomen in posledice svojih pravnih dejanj (defekt razuma), kar prizadene njegovo sposobnost za razsojanje.

Na razsodnost lahko vpliva tudi shizofrenija, kronična bolezen, ki je karakterizirana s hudimi in kompleksnimi simptomi – od blodenj in halucinacije do prizadetih kognitivnih sposobnosti in zmožnosti govora ter vedenja.⁶⁴ Prizadene približno 1 odstotek svetovnega prebivalstva.⁶⁵ Simptome shizofrenije delimo na pozitivne, negativne in kognitivne simptome. Najbolj preprosto je odkrivanje pozitivnih simptomov, ki se kažejo kot »psihotično vedenje, ki ni značilno za zdrave ljudi«. ⁶⁶ Pozitivni simptomi obsegajo blodnje, halucinacije, motnje v razmišljanju (nenavadno ali disfunkcionalno mišljenje) in motnje v gibanju (vznemirjeni gibi). Negativni simptomi se izražajo na področju čustvovanja in vedenja, konkretno kot zmanjšano izražanje čustev, manjši užitki v življenju, težave pri začetku in nadaljevanju izvajanja aktivnosti ter manjša zgovornost. Kognitivni simptomi, ki obsegajo prizadetost izvršilnih funkcij (sposobnost razumeti informacije in jih uporabiti pri sprejemanju odločitev), težave pri koncentraciji in delovnem spominu (sposobnost uporabiti naučeno znanje), niso enako izraziti pri vseh bolnikih.⁶⁷ Možgani bolnikov, diagnosticiranih s shizofrenijo, se strukturno in funkcijsko razlikujejo od »zdravih« možganov.⁶⁸ Prve abnormalnosti so bile odkrite leta 1976 (CT), vendar se je izkazalo, da so odkrita odstopanja minimalna in prisotna tudi pri osebah, ki niso

⁶² J. D. Jentsch, J. R. Taylor, Impulsivity Resulting From Frontostriatal Dysfunction in Drug Abuse: Implications for the Control of Behavior by Reward-Related Stimuli, str. 373–390.

⁶³ Prav tam.

⁶⁴ K. R. Patel, J. Cherian, K. Gohil et al., Schizophrenia: Overview and Treatment Options, str. 638.

⁶⁵ A. L. Wheeler, A. N. Voineskos, A Review of Structural Neuroimaging in Schizophrenia: From Connectivity to Connectomics, 2014, str. 1.

⁶⁶ National Institute of Mental Health, Schizophrenia, dostopno na: <http://www.nimh.nih.gov/health/publications/schizophrenia-easy-to-read/nimh-schizophrenia-quadfold.pdf> (13. 4. 2019).

⁶⁷ Prav tam.

⁶⁸ P. F. Buckley, Neuroimaging of Schizophrenia: Structural Abnormalities and Pathophysiological Implications, 2005, str. 193.

diagnosticirane s shizofrenijo.⁶⁹ Odkrivanje strukturnih in funkcijskih abnormalnosti je postalo zanesljivejše z napredkom nevroznanosti. Danes lahko z metodami možganskega slikanja odkrijemo nevrološko podlago shizofrenije,⁷⁰ ki močno vpliva na bolnikovo sposobnost za razsojanje. Bolniki, diagnosticirani s shizofrenijo, zaradi defekta razuma (pozitivni, negativnih in kognitivnih simptomov) praviloma niso sposobni razumeti pomena in posledic svojih pravnih dejanj.

Velja opozoriti tudi na osebe, diagnosticirane s psihopatijo (psihopati). Zanje sta namreč značilna deficit na področju čustvovanja in povečano tveganje odklonskega vedenja.⁷¹ Nevroznanstveniki so ugotovili, da se možgani psihopatov strukturno in funkcijsko razlikujejo od »zdravih« možganov. Izpostavljena sta amigdala in prefrontalni (orbifrontalni) korteks, ki sta podpovprečno majhna in odražata drugačno možgansko aktivnost kot pri »zdravih« osebah.⁷² Navedene abnormalnosti povzročajo, da dejanja psihopatov ne ustrezajo pričakovanim, družbeno sprejemljivim vzorcem vedenja. Lahko sicer razumejo pomen in posledice svojih pravnih dejanj, ne morejo pa ponotranjiti temeljnih vrednot, v skladu s katerimi bi ovrednotili pomen in posledice pravnih dejanj kot pozitivne (družbeno sprejemljive) ali negativne (družbeno nesprejemljive). Vrednostni sistemi psihopatov namreč odstopajo od temeljnih vrednot, ki jih sprejema skupnost »zdravih« ljudi. Ali so torej psihopati sposobni razumeti pomen in posledice svojih pravnih dejanj, kot jih razume povprečna, zdrava oseba? Praviloma ne. Zato velja upoštevati, da lahko strukturne in funkcijske abnormalnosti v možganih, ki rezultirajo v psihopatiji, prizadenejo splošno (»zdravo«) sposobnost za razsojanje.

Obravnavana nevrološka stanja in bolezni so pomembna za ugotavljanje (ne)razsodnosti. V pravnem in nepravnem (civilnem dokaznem) postopku je od obstoja (ne)razsodnosti odvisna utemeljitev deliktne in poslovne sposobnosti, vključno z oporočno in ženitno sposobnostjo. Razvojno neravnovesje med posameznimi možganskimi predeli (predvsem pri mladostnikih), možganske poškodbe, epilepsija, demenca, zloraba škodljivih snovi (alkohol, droge ...), shizofrenija in psihopatija so pomembni dejavniki, ki vplivajo na sposobnost razumeti pomen in posledice pravnih dejanj. Pri njihovem ugotavljanju si lahko

⁶⁹ Prav tam, str. 195.

⁷⁰ A. L. Wheeler, A. N. Voineskos, A Review of Structural Neuroimaging in Schizophrenia: From Connectivity to Connectomics, 2014, str. 1.

⁷¹ R. J. R. Blair, Psychopathy: Cognitive and Neural Dysfunction, 2015, str. 181.

⁷² Prav tam, str. 181ff.

sodišče poleg tradicionalnih metod pomaga z metodami možganskega slikanja, ki zagotavljajo, da je ugotavljanje posameznikove (ne)razsodnosti zanesljivejše.

Deliktna sposobnost se ugotavlja v pravnem postopku, in sicer pri vložitvi dajatvene (odškodninske) tožbe. V pravnem postopku bo sodišče ugotavljalo obstoj štirih (klasičnih) elementov krivdne odškodninske odgovornosti, po potrebi pa tudi obstoj razsodnosti za utemeljitev deliktne sposobnosti. Pri tem si lahko pomaga z nevroznanstvenimi odkritji, ki smo jih obravnavali v predmetnem poglavju. Na tem mestu velja izpostaviti, da vložitev tožbe, s katero bi oškodovanec zahteval le ugotovitev, da je oškodovalec deliktno sposoben, ni dopustna. Za ugotovitveno tožbo namreč nima pravnega interesa, drugo vprašanje pa je, ali bi lahko tožeča stranka z vložitvijo negativne ugotovitvene tožbe zahtevala ugotovitev neobstoja deliktne sposobnosti. Menimo, da oškodovanec nima pravnega interesa niti za vložitev negativne ugotovitvene tožbe, saj za ugotovitev, da oškodovalec nima deliktne sposobnosti, oškodovanec ne bi imel nobene neposredne in na zakon oprte osebne koristi.

V pravnem postopku se ugotavlja tudi poslovna sposobnost. Pomembna je pri presoji veljavnosti pravnih poslov. Pri mladostnikih, ki so že pridobili omejeno poslovno sposobnost, se lahko dokazuje, da zaradi nerazsodnosti niso sposobni niti za sklepanje (manj pomembnih) pravnih poslov, ki ne vplivajo bistveno na njihovo življenje pred polnoletnostjo ali po njej. Pri polnoletnih osebah, katerih popolna poslovna sposobnost se domneva, se lahko dokazuje razhajanje med poslovno sposobnostjo in sposobnostjo za razsojanje. Do navedenega položaja pride, ko odrasla oseba (trajno ali prehodno) izgubi dejansko sposobnost za razsojanje, poslovna sposobnost pa ji (še) ni odvzeta. V obeh primerih si lahko sodišče pomaga z obravnavanimi nevroznanstvenimi odkritji.

Nevroznanstvena odkritja, ki smo jih obravnavali v predmetnem poglavju, so pomembna tudi v nepravdnih postopkih za odvzem poslovne sposobnosti in za podaljšanja roditeljske pravice čez otrokovo polnoletnost (postopek postavitve odrasle osebe pod skrbništvo po ZNP-1). V prvem postopku je potrebno ugotoviti dvoje. Najprej je potrebno ugotoviti obstoj duševne bolezni, duševne zaostalosti, odvisnosti od alkohola ali mamil ali druge vzroke, ki vplivajo na psihofizično stanje (telesne in značajske napake idr.), nato pa vzročno zvezo med navedenimi dejstvi (vzrok) in dejstvom, da posameznik ni sposoben skrbeti zase, za svoje pravice in koristi (posledica). V bistvu je potrebno ugotoviti nerazsodnost posameznika, kjer si

lahko sodišče pomaga z metodami možganskega slikanja, če je vzrok za nerazsodnost nevrološke narave. V postopku podaljšanja roditeljske pravice čez otrokovo polnoletnost je potrebno ugotoviti telesno ali duševno prizadetost, ki mora rezultirati v nesposobnosti otroka, da sam skrbi zase, za svoje koristi in pravice. Če ima takšna nerazsodnost nevrološko podlago, si lahko sodišče pri zanesljivejšem ugotavljanju vzrokov, ki so privedli do nesposobnosti za razsojanje, pomaga z metodami možganskega slikanja. Tudi v novem postopku postavitve odrasle osebe pod skrbništvo (ZNP-1 in DZ) velja podobno. Najprej je potrebno ugotoviti obstoj motnje v duševnem razvoju ali težave v duševnem zdravju ali druge vzroke, ki vplivajo na zmožnost razsojanja, nato pa vzročno zvezo med navedenimi dejstvi (vzrok) in dejstvom, da oseba sama brez škode zase ni sposobna poskrbeti za svoje pravice in koristi (posledica). Tudi po novem je potrebno ugotoviti nerazsodnost posameznika, kjer si lahko sodišče pomaga z metodami možganskega slikanja, če je vzrok za nerazsodnost nevrološke narave.

Oporočna sposobnost se ugotavlja v pravnem postopku, in sicer na podlagi tožbe, ki jo je potrebno vložiti v roku enega leta od dneva, ko je tožnik, ki ima pravni interes, izvedel za oporočiteljevo nerazsodnost, vendar najkasneje v desetih letih od razglasitve oporoke (prvi odstavek 61. člena ZD). Izmed vseh obravnavanih dejstev, ki lahko povzročijo nerazsodnost, je najverjetneje, da se bo tožnik skliceval na oporočiteljevo demenco. Ta je namreč najpogostejša med starejšimi osebami, ki pa tudi najpogosteje sestavljajo oporoke. Nerazsodnost oporočitelja pa lahko povzročijo tudi druge nevrološke bolezni in stanja, ki smo jih obravnavali v predmetnem poglavju (predvsem možganske poškodbe in zloraba alkohola). Pri njihovem ugotavljanju si bo sodišče lahko pomagalo z metodami možganskega slikanja.

Nenazadnje se v pravnem postopku ugotavlja tudi ženitna sposobnost. Tožbo za razveljavitev zakonske zveze zaradi nerazsodnosti osebe, ki je sklenila zakonsko zvezo, lahko vložita zakonca in vsi, ki imajo pravni interes za njeno razveljavitev. Pri ugotavljanju nerazsodnosti bodo sodišču v pomoč metode možganskega slikanja, ki zagotavljajo zanesljivejše ugotavljanje pravno relevantnih dejstev, ki vplivajo na sposobnost razumeti pomen in posledice sklenjene zakonske zveze.

3 Duševno zdravje v luči nevroznanosti

Duševno zdravje je pravno relevantno subjektivno dejstvo. Od njegovega obstoja je namreč odvisna dopustnost »prisilne hospitalizacije«, ki predstavlja veliki poseg v človekove pravice in temeljne svoboščine. Zakon o duševnem zdravju⁷³ (ZDZdr) določa, da je duševno zdravje stanje posameznika, ki se kaže v njegovem mišljenju, čustvovanju, zaznavanju, vedenju ter dojemanju sebe in okolja (4. točka 2. člena ZDZdr). Duševno zdravje je lahko prizadeto zaradi duševnih motenj, ki predstavljajo začasne ali trajne motnje v delovanju možganov, ki se kaže kot spremenjeno mišljenje, čustvovanje, zaznavanje, vedenje ter dojemanje sebe in okolja (3. točka 2. člena ZDZdr).

Ker zdravljenje (obravnavo) zaradi prizadetega duševnega zdravja lahko povzroči hude posledice za posameznika, tako z vidika človekovih pravic in temeljnih svoboščin, kakor tudi z vidika družbene stigmatizacije, je pomembno, da o zadevah po ZDZdr odloča sodišče. Zakon predvideva štiri nepravdne postopke, v katerih sodišče odloča o duševnem zdravju posameznika, v nadaljevanju pa je obravnavan postopek za sprejem na zdravljenje v psihiatrično bolnišnico v oddelku pod posebnim nadzorom brez privolitve. Ta oblika zdravljenja je dopustna, če so kumulativno izpolnjeni naslednji pogoji:

- če oseba ogroža svoje življenje ali življenje drugih ali če huje ogroža svoje zdravje ali zdravje drugih ali povzroča hudo premoženjsko škodo sebi ali drugim,
- če je ogrožanje iz prejšnje alineje posledica duševne motnje, zaradi katere ima oseba hudo moteno presojo realnosti in sposobnost obvladovati svoje ravnanje in
- če navedenih vzrokov in ogrožanja iz prve in druge alineje tega odstavka ni mogoče odvrniti z drugimi oblikami pomoči (prvi odstavek 39. člena ZDZdr).

Sprejem na zdravljenje v psihiatrično bolnišnico v oddelku pod posebnim nadzorom brez privolitve se opravi bodisi (1) na podlagi sklepa sodišča, ki se izda po predlogu za sprejem v oddelek pod posebnim nadzorom, bodisi (2) v nujnih primerih pred

⁷³ Uradni list RS, št. 77/08, 46/15 – odl. US in 44/19 – odl. US.

izdajo sklepa sodišča, če so izpolnjeni posebni pogoji (drugi odstavek 39. člena ZDZdr). Sprejem pred izdajo sklepa sodišča je ukrep subsidiarne narave in dopusten v primeru, ko je zaradi narave duševne motnje nujno potrebno, da se osebi omeji svoboda gibanja oz. preprečijo stiki z okolico, še preden se izpelje postopek za sprejem na podlagi sklepa sodišča (53. člen ZDZdr). Prvi postopek je predlagalni (*iurisdictio voluntaria contentiosa*), katerega upravičeni predlagatelji so takstativno naštetih v prvem odstavku 40. člena ZDZdr (izvajalec psihiatričnega zdravljenja, center za socialno delo, koordinator nadzorovane obravnave, najbližje osebe ali državno tožilstvo). Po prejemu predloga sodišče odredi, da osebo pregleda izvedenec psihiatrične stroke, ki se nato zasliši na naroku (prvi odstavek 43. člena ZDZdr). Na naroku lahko sodišče zasliši tudi druge osebe, ki bi lahko dali podatke, pomembne za odločitev (prvi odstavek 47. člena ZDZdr). Postopek v nujnih primerih je oficiozni (*iurisdictio voluntaria officiosa*), ki se začne po uradni dolžnosti, ko nepravdno sodišče prejme obvestilo direktorja psihiatrične bolnišnice o sprejemu osebe ali ko na kakšen drug način izve zanj (prvi odstavek 61. člena ZDZdr). Nato sodišče v enem dnevu s sklepom uvede postopek, v katerem postavi izvedenca (drugi odstavek 61. člena ZDZdr). Sodišče zasliši izvedenca ob obisku, obenem pa lahko zasliši tudi zakonitega zastopnika, najbližjo osebo, lečečega zdravnika in druge, ki bi lahko dali podatke, pomembne za odločitev (prvi odstavek 64. člena ZDZdr).

Za »prisilno hospitalizacijo« je potrebno ugotoviti, (1) da oseba ogroža svoje življenje ali življenje drugih ali če hujše ogroža svoje zdravje ali zdravje drugih ali povzroča hudo premoženjsko škodo sebi ali drugim, in (2) da je to ogrožanje posledica duševne motnje, zaradi katere ima oseba hudo moteno presojo realnosti in sposobnost obvladovati svoje ravnanje (vzročna zveza). Začasne ali trajne motnje v delovanju možganov, ki se kažejo kot spremenjeno mišljenje, čustvovanje, zaznavanje, vedenje ter dojemanje sebe in okolja, imajo nevrološko podlago. Pri ugotavljanju in identifikaciji duševnih motenj si lahko pomagamo z metodami možganskega slikanja.⁷⁴ V prejšnjem poglavju smo obravnavali nevrološke bolezni in stanja, ki lahko prizadenejo sposobnost za razsojanje. V predmetnem poglavju pa le-te obravnavamo kot duševne motnje, zaradi katerih ima lahko oseba hudo moteno presojo realnosti in sposobnost obvladovati svoje ravnanje, kar lahko privede do nevarnosti, ki so konkretizirane v 1. točki prvega odstavka 39. člena ZDZdr. Velja opozoriti, da pri duševnih motnjah v nadaljevanju ne obravnavamo načinov

⁷⁴ C. H. De Kogel, W. M. Scharma, M. Smit, *Civil Law and Neuroscience*, 2014, str. 277f.

njihovega nevroznanstvenega odkrivanja, saj smo le-te obravnavali v prejšnjem poglavju.

Razvojno neravnovesje med posameznimi možganskimi predeli (predvsem pri mladostnikih) načeloma ne more biti razlog za »prisilno hospitalizacijo«. To namreč predstavlja normalnost v (možganskem) razvoju človeka, zato bi bilo pretirano, da bi vsakogar, čigar možganska razvitost ne dosega stopnje razvitosti »odraslih« možganov, »prisilno hospitalizirali«. Da mladostniki ne bi ogrozili svojega življenja ali življenja drugih ali huje ogrozili svojega zdravlja ali zdravlja drugih ali povzročali hudo premoženjsko škodo sebi ali drugim, so zagotovljeni drugi pravni mehanizmi. Poslovna nesposobnost in omejena poslovna sposobnost onemogočata, da bi mladostniki sklepali pravne posle, s katerimi bi lahko škodovali sebi ali drugim, deliktna nesposobnost in pogojna deliktna sposobnost, ki (lahko) izključujeta odškodninsko odgovornost mladostnikov, pa sta kompenzirani z objektivno in subjektivno odgovornostjo staršev. »Prisilna hospitalizacija« bi bila izjemoma utemeljena, če bi razvojno neravnovesje med posameznimi možganskimi predeli (predvsem pri mladostnikih) dosegalo takšne razsežnosti, da druge oblike pomoči in pravni mehanizmi ne bi dosegli svojega namena. Sicer pa obravnavano neravnovesje ne more voditi do »prisilne hospitalizacije«.

Kot razlog za »prisilno hospitalizacijo« lahko izključimo tudi epilepsijo. Drugače pa je z demenco. V posledici progresivnega upada kognitivnih sposobnosti bolniki, diagnosticirani z demenco, postopoma izgubljajo sposobnost samostojnega življenja in življenja v družbi. Vsak, ki se je že srečal z (hudo) dementnim bolnikom, pozna nevarnosti, ki utegnejo nastati z njegovimi ravnanji. Dementni bolniki lahko ogrozijo svoje življenje, življenje drugih, svoje zdravje, zdravje drugih in povzročijo hudo premoženjsko škodo sebi in drugim. Ko odpovedo druge oblike pomoči, predvsem takrat, ko dementni bolniki ostanejo brez družinskih članov, ki bi skrbeli za njih, lahko demenca postane razlog za »prisilno hospitalizacijo«.

Pri zlorabi alkohola, drog in drugih psihoaktivnih snovi je potrebno ločiti dva položaja. Prvi se nanaša na »prisilno hospitalizacijo«, ki je posledica zasvojenosti, drugi pa na »prisilno hospitalizacijo«, ki je potrebna zaradi duševne motnje, ki nastane zaradi strukturnih in funkcijskih sprememb v možganih zaradi zlorabe navedenih snovi. V predmetnem poglavju obravnavamo drugi položaj. Bolezni, simptomi in posledice, ki jih povzročajo alkohol, droge ter druge psihoaktivne snovi,

lahko predstavljajo duševno motnjo, zaradi katere ima odvisnik hudo moteno presojo realnosti in sposobnost obvladovati svoje ravnanje. To pa lahko privede do nevarnosti, ki so konkretizirane v 1. točki prvega odstavka 39. člena ZDZdr, kar utemeljuje »prisilno hospitalizacijo«. V teoriji nevroprava je poznan primer bolnika, ki je bil na zdravljenju v psihiatrični bolnišnici s privolitvijo. Na zdravljenje je bil sprejet zaradi predhodne odvisnosti od alkohola, nakar sta zdravnik in socialni delavec izrazila mnenje, da je potrebna bolnikova »prisilna hospitalizacija«. Državno tožilstvo je vložilo predlog za sprejem bolnika v oddelek pod posebnim nadzorom. Sklicevalo se je na medicinsko dokumentacijo, iz katere je izhajalo, da bolnik trpi za psiho-organsko motnjo, nastalo zaradi zlorabe (alkohola, op. a.), in kronično kognitivno motnjo zaradi bolezni, ki je prizadela možgane. Toda metode možganskega slikanja (MR) možganske poškodbe niso izkazale. Sodišče predlogu ni ugodilo. Obrazložilo je, da medicinska dokumentacija ne predstavlja zanesljivega dokaza, da so kognitivne motnje izrazite do stopnje, ki bi utemeljevala »prisilno hospitalizacijo«. Dodatno je izpostavilo, da bolnik ni užival alkohola že dve leti in da bi lahko bile kognitivne motnje posledica tumorja, ki se je razvil v njegovih možganih.⁷⁵

Shizofrenija je nedvomno bolezen, ki utemeljuje »prisilno hospitalizacijo«. Vendar je potrebno biti pozoren. Nekdo namreč lahko trdi, da sliši božji glas, ki mu pravi, da je potrebno ubijati zdravnike. Nekdo pa lahko trdi, da mu božji glas šepeta, da je potrebno zdravnike poveličevati. V obeh primerih gre za enako duševno motnjo. Obe osebi namreč trpita za shizofrenijo, zaradi katere slišita neobstoječe glasove. Toda družbeno vrednotenje njunega vedenja ni enako. Vedenje prve osebe ima izrazito negativno konotacijo, medtem ko je vedenje druge osebe vrednotno pozitivno (ali vsaj nevtralno, nikakor pa ne negativno). Zato bo prva oseba duševno motena z vidika znanosti in družbe, druga oseba pa samo z vidika znanosti. Družbena intervencija je namreč potrebna samo pri osebah, ki bi z realizacijo prisluhov ogrozila življenje in zdravje drugih (konkretno zdravnikov). Zato »prisilna hospitalizacija« osebe, katere vedenje ni negativno vrednoteno, čeprav je duševno motena, ne bo niti potrebna niti utemeljena. Legitimna in potrebna bo samo »prisilna hospitalizacija« osebe, ki predstavlja nevarnost za družbo.⁷⁶

⁷⁵ C. H. De Kogel, W. M. Scharma, M. Smit, *Civil Law and Neuroscience*, 2014, str. 280.

⁷⁶ T. Buller, *What Can Neuroscience Contribute to Ethics?*, 2006, str. 64.

»Prisilna hospitalizacija« je morda najbolj utemeljena pri psihopatih. Glede na povečano tveganje odklonskega vedenja, ki je značilna za psihopate, obstaja večja nevarnost, da bi s svojim ravnanjem ogrozili življenje, zdravje in premoženje ljudi. V zvezi s tem se postavi vprašanje, kako zadržati psihopate na zdravljenju v psihiatrični bolnišnici. Zanje je namreč značilno, da imajo povečano sposobnost manipuliranja z drugimi (zdravimi) osebami.⁷⁷ Tako bi lahko bolnik pretental zdravnika, da ne predstavlja več nevarnosti za družbo, čeprav se njegovo duševno zdravje ni spremenilo. ZDZdr omogoča podaljšanje zadržanja v psihiatrični bolnišnici, če je to nujno potrebno za odvrnitev ogrožanja zaradi vzrokov iz prvega odstavka 39. ZDZdr. V ta namen mora direktor psihiatrične bolnišnice predlagati sodišču, da se zadržanje v oddelku pod posebnim nadzorom podaljša (prvi odstavek 70. člena ZDZdr). Sodišče lahko čas zadržanja v oddelku pod posebnim nadzorom podaljša, vsakič največ za šest mesecev (tretji odstavek 70. člena ZDZdr). Za podaljšanje zadržanja psihopatov v psihiatrični bolnišnici bi si lahko pomagali z metodami možganskega slikanja. V eni izmed raziskav so opazovali možgansko aktivnost (fMR) 72 zapornikov, izmed katerih je 16 oseb izkazovalo znake psihopatije. Udeleženci so opazovali slike, ki so prikazovale moralno zavržna dejanja (npr. sežiganje križa s strani skupine KKK), prizore z neprijetno vsebino (npr. skažena roka) in prizore, ki so bili moralno in vsebinsko nevtralni (npr. rokovanje dveh oseb). Med opazovanjem možganske aktivnosti so morali ocenjevati slike, in sicer na vrednostni (moralni) lestvici od 1 do 5. Povprečne ocene zapornikov, ki niso kazali znakov psihopatije, se niso bistveno razlikovale od povprečnih ocen »zapornikov psihopatov«. Vedenjska razlika med njimi je bila neznatna. Toda bistveno drugačna je bila nevrološka slika ocenjevanja. V primerjavi z »zaporniki nepsihopati« so pri zapornikih, ki so kazali znake psihopatije, zaznali zmanjšano možgansko aktivnost v desnem temporalnem korteksu in povečano možgansko aktivnost v amigdali, ki ju povezujemo z moralnim vrednotenjem.⁷⁸ Z metodami možganskega slikanja so nevroznanstveniki ugotovili, da zaporniki, ki navzven niso kazali znakov psihopatije (povprečne ocene), psihopatije v resnici niso uspeli »prikriti«. Izdali so jih namreč rezultati možganskega slikanja. Zgornjo metodo bi lahko uporabili za podaljšanje zadržanja v psihiatrični bolnišnici, kadar bi bolnik manipulativno prikazoval normalne znake vedenja, za družbo pa bi še naprej

⁷⁷ K. A. Kiehl, M. B. Hoffman, *The Criminal Psychopath: History, Neuroscience, Treatment, and Economics*, 2011, str. 355–397.

⁷⁸ C. L. Harenski, K. A. Harenski, M. S. Shane et al., *Aberrant Neural Processing of Moral Violations in Criminal Psychopaths*, 2010, str. 863–874.

predstavljajal nevarnost, saj bi zaradi abnormalnosti v možganih lahko ogrožal življenje, zdravje in premoženje drugih. Z metodami možganskega slikanja bi lahko torej zanesljivo ugotovili, da je psihopat še vedno psihopat.

Zgornja metoda bi se lahko preventivno uporabila pri vseh duševnih motnjah, ki imajo nevrološko podlago. Navzven sicer normalni znaki vedenja namreč ne pomenijo, da bolnik s prizadetim duševnim zdravjem ni več nevaren za družbo. Če bi z metodami možganskega slikanja lahko ugotovili, da je posameznikova možganska abnormalnost nespremenjena, bi lahko sklepali, da je še vedno nevaren za družbo, kar bi utemeljevalo podaljšanje »prisilne hospitalizacije«.

4 Zanesljivost uporabe nevroznanstvenih odkritij v sodnih postopkih

Možgani so najbolj kompleksen organ človeškega telesa, zato je kompleksna tudi znanost o možganih.⁷⁹ Toda kompleksnost nevroznanosti na prvi pogled ne koristi pravu. Pravniki namreč nimamo (zadostnega) znanja o možganih, zato lahko pretirano posploševanje kompleksnosti nevroznanosti privede do pretiranega povečevanja nevroznanosti. Ljudje se namreč hitro navdušimo nad slikami, ki prikazujejo možgansko aktivnost. Pretirana navdušenost nad nevroznanstvenimi odkritji je znana kot učinek božičnega drevesa (ang. Christmas tree phenomenon), zaradi katerega dokazom, ki so pridobljeni z metodami možganskega slikanja, pripišemo preveliko dokazno vrednost.⁸⁰ »Tako kot smo lahko prevzeti nad lučkami na božičnem drevesu in na nek način pademo pod vpliv čudovitih barv, ki se prelivajo v njegovi okrasitvi, nas prevzamejo tudi barve na možganskih posnetkih.«⁸¹ Prepričevalna moč slik, ki prikazujejo možgansko aktivnost z različnimi barvami, je pri osebah brez znanja o možganih (pre)velika. To pa lahko privede do redukcionizma, katerega osnovni problem je, da prezre kompleksnost pojavov. Številni pojavi so namreč preveč kompleksni, da bi jih lahko pojasnili na podlagi enostavnejših elementov.⁸² Na človeka in njegovo vedenje navsezadnje ne vplivajo le možgani, ampak tudi okolje, genetika in življenjske izkušnje. Navedeni dejavniki

⁷⁹ G. Marcus, J. Freeman, 2015, *The Ffuture of the Brain, Essays by the World's Leading Neuroscientists*, str. 12.

⁸⁰ O. R. Goodenough, *Law and Cognitive Neuroscience*, 2010, str. 72.

⁸¹ R. Salecl, M. Ambrož, A. Bunta et al., 2015, *Možgani na zatožni klopi*, str. 77.

⁸² A. Kravanja, v: R. Salecl, M. Ambrož, A. Bunta, S. Dolenc, M. Hafner, A. Kravanja, M. M. Plesničar, S. Zgaga, 2015, *Možgani na zatožni klopi*, str. 55.

»puščajo sledove« na možganih, zato je pomembno, da upoštevamo vse dejavnike in ne zapademo v redukcionizem s pretiranim povečevanjem nevroznanosti.⁸³

Upoštevati je potrebno, da možgani ne delujejo na način, da bi lahko posamezne možganske funkcije pripisovali posameznim možganskim predelom. Med posameznimi funkcijami in predeli so namreč številne sistemske povezave, kar pomeni, da lahko isti možganski predeli sodelujejo pri več funkcijah, ena funkcija pa zahteva delovanje več možganskih predelov.⁸⁴ Četudi v določenem možganskem predelu odkrijemo (ali ne odkrijemo) aktivnost, ki jo povezujemo z določeno duševno motnjo, ne moremo neizpodbitno sklepati, da je povečana (ali zmanjšana) možganska aktivnost posledica določene duševne motnje.⁸⁵

Izpostaviti velja nevarnost, da z metodami možganskega slikanja ne bi zaznali določene abnormalnosti, ko bi ta dejansko obstajala.⁸⁶ Z metodami možganskega slikanja bi lahko denimo podali zaključek, da je nekdo obolel za demenco, čeprav ne kaže nobenih kliničnih znakov (npr. upad kognitivnih sposobnosti). Takšno razhajanje med nevroznanostjo in dejanskostjo je seveda problematično. Zastavi se namreč vprašanje, ali verjeti metodam možganskega slikanja ali tistemu, kar dejansko zaznavamo v zunanjem svetu?⁸⁷ Nevroznanstvena odkritja, ki izhajajo iz »možganskih slik«, so navsezadnje odvisna od številnih dejavnikov. Slik, ki prikazujejo možgansko aktivnost, namreč ne ustvarjajo naprave za možgansko slikanje (npr. fMR), ampak ljudje.⁸⁸ Z različnimi barvami obarvana »možganska slika«, ki je rezultat statistične in računalniške obdelave, nikoli ni dejanska preslikava možganske aktivnosti (kot nekakšna fotografija), ampak rezultat številnih (človeških) dejavnikov. Končni dejavnik, ki vpliva na nastanek nevroznanstvenega odkritja, je interpretacija »možganskih slik«. Toda med nevroznanstveniki ni enotnosti niti glede

⁸³ O. R. Goodenough, *Law and Cognitive Neuroscience*, 2010, str. 66.

⁸⁴ J. Harris, N. Mackintosh, G. Ress, 2011, *Brain Waves Module 4: Neuroscience and the Law*, str. 14; Y. Taki, R. Kawashima, *Brain Development in Childhood*, 2012, str. 6.

⁸⁵ Prav tam, str. 26.

⁸⁶ J. M. Eggen, E. J. Laury, *Toward a Neuroscience Model of Tort Law: How Functional Neuroimaging Will Transform Tort Doctrine*, 2012, str. 301.

⁸⁷ F. X. Shen, *The Overlooked History of Neurolaw*, 2016, str. 669.

⁸⁸ J. D. Owen, J. Buckholz, J. D. Schall et al., *Brain Imaging for Legal Thinkers: A Guide for the Perplexed*, dostopno na: <http://sclr.stanford.edu/pdf/jones-brain-imaging.pdf> (25. 4. 2019).

interpretacije, zato se lahko zgodi, da bo enaka »možganska slika« interpretirana na različne načine.⁸⁹

Velja opozoriti tudi na zahtevnost ugotavljanja preteklih dejstev. Z metodami možganskega slikanja namreč zaznavamo sedanja (obstoječa) dejstva. Ker pretekla dejstva v trenutku možganskega slikanja več ne obstajajo, njihova neposredna objektivizacija ni mogoča, lahko pa si pri njihovem ugotavljanju pomagamo z nevroznanstvenimi odkritji. V zadevi, ko je sodišče o tožnikovi sposobnosti za razsojanje v preteklosti (ob sklenitvi registrirane partnerske zveze) odločalo na podlagi izvedenskega mnenja, ki je nastalo med sojenjem, bi lahko o (ne)razsodnosti zanesljivo sklepali le, če bi izvedensko mnenje obsegalo tudi nevrološko stanje tožnika ob sklenitvi registrirane partnerske zveze. V časovnem obdobju od sklenitve registrirane partnerske zveze do nastanka izvedenskega mnenja bi se namreč tožnikovo stanje lahko že poslabšalo. Toda nerazsodnost v trenutku nastanka izvedenskega mnenja indicira, da je ta obstajala tudi ob sklenitvi registrirane partnerske zveze. Je pa potrebno nerazsodnost v preteklosti dokazovati (še) z drugimi dokazi, zato je nevroznanost pri tem zgolj pomožnega pomena.

Podobno velja pri objektivizaciji prihodnjih dejstev. Ta namreč v trenutku možganskega slikanja še ne obstajajo, zato njihova neposredna objektivizacija ni mogoča. Če iz »možganske slike« izhaja strukturna ali funkcijska abnormalnost možganov, je negotovo, ali bo ta obstajala tudi v prihodnje.⁹⁰ Metode možganskega slikanja bi lahko uporabili za podaljšanje zadržanja v psihiatrični bolnišnici, kadar bi psihopat manipulativno prikazoval normalne znake vedenje, za družbo pa bi še naprej predstavljal nevarnost, saj bi lahko zaradi abnormalnosti v možganih ogrožal življenje, zdravje in premoženje drugih. V takšnem primeru bi o obstoju prihodnjega dejstva (nevarnost) sklepali na podlagi obstoječega dejstva (strukturne in funkcijske možganske spremembe), ki bi ga ugotovili z metodami možganskega slikanja, vendar pa tudi takšno sklepanje ni popolnoma zanesljivo.

⁸⁹ J. M. Eggen, E. J. Laury, *Toward a Neuroscience Model of Tort Law: How Functional Neuroimaging Will Transform Tort Doctrine*, 2012, str. 300; R. Salecl, M. Ambrož, A. Bunta et al., 2015, *Možgani na zatožni klopi*, str. 77.

⁹⁰ O. R. Goodenough, *Law and Cognitive Neuroscience*, 2010, str. 66.

Navedene omejitve opominjajo, kako pomembno se je izogniti pretiranemu povečevanju nevroznanosti. Iz zgodovine se lahko naučimo, da novih (nevro)znanstvenih odkritij ne smemo zagrabit prehitro.⁹¹ Pretirano navdušenje nad znanostjo, ki ne dosega zadostne zrelosti, namreč ni koristno niti za znanost niti za družbo. Toda posamezna nevroznanstvena odkritja, ki so bila obravnavana v predmetnem prispevku, so že uporabna v civilnem dokaznem pravu, saj zagotavljajo zanesljivejšo objektivizacijo pravno relevantnih subjektivnih dejstev. Pri ugotavljanju dejavnikov, ki vplivajo na sposobnost razumeti pomen in posledice svojih dejanj, si lahko sodišče poleg tradicionalnih metod pomaga z metodami možganskega slikanja, ki zagotavljajo zanesljivejše ugotavljanje možganskih poškodb, demence, epilepsije, zlorabe škodljivih snovi, shizofrenije, psihopatije in drugih dejavnikov, ki vplivajo na posameznikovo (ne)razsodnost. Navedene nevrološke bolezni in stanja, ki lahko prizadenejo sposobnost za razsojanje, predstavljajo tudi duševne motnje, zaradi katerih ima oseba hudo moteno presojo realnosti in sposobnost obvladovati svoje ravnanje, kar lahko privede do nevarnosti, ki so konkretizirane v 1. točki prvega odstavka 39. člena ZDZdr. Pri ugotavljanju in identifikaciji duševnih motenj si lahko prav tako pomagamo z metodami možganskega slikanja.

Nevropravniki (verjetno) ne bodo revolucionalizirali prava, ampak bodo nosilci njegove evolucije. Pretekli poskusi uporabe nevroznanstvenih odkritij v civilnem dokaznem pravu so bili namreč odvisni od stopnje nevroznanstvenega spoznanja, ki je obstajala v preteklosti. Toda naše védenje o možganih se eksponentno povečuje. Sodobna nevroznanost namreč predstavlja interdisciplinarno področje, katerega namen je obogatiti znanje o možganih. In to znanje ne predstavlja konkurence tradicionalnim znanstvenim vedam. Nevroznanstvene metode so komplementarne tradicionalnim metodam, katerih skupna uporaba lahko zagotovi zanesljivejšo objektivizacijo pravno relevantnih subjektivnih dejstev.

Za civilno dokazno pravo je navsezadnje nevroznanstvena (ne)zanesljivost drugotnega pomena. Osrednjega pomena je materialna resnica. Načelo materialne resnice zahteva, da sodišče vsako sporno dejstvo, ki je pomembno za odločitev, ugotovi do najvišje možne stopnje materialne resnice. In če obstaja nevroznanstveno odkritje, ki omogoča zanesljivejšo objektivizacijo pravno relevantnih subjektivnih

⁹¹ F. X. Shen, *The Overlooked History of Neurolaw*, str. 690.

dejstev, načelo materialne resnice utemeljuje njeno uporabo. Takšno odkritje namreč omogoča, da materialno resnico ugotovimo z višjo stopnjo zanesljivosti. In nevroznanstvena odkritja, čeprav niso povsem (nevroznanstveno) zanesljiva, to tudi omogočajo. Argumentacija, da objektivizacija pravno relevantnih subjektivnih dejstev mora temeljiti na tradicionalnih metodah, ker nevroznanstvena odkritja niso dovolj zanesljiva, ni prepričljiva. Niti tradicionalne metode namreč niso zanesljive. Če lahko z metodami možganskega slikanja materialno resnico ugotovimo z višjo stopnjo zanesljivosti, njihovo uporabo utemeljuje načelo materialne resnice, omogoča pa načelo proste presoje dokazov. Če bi se tradicionalnim metodam kot komplementarna pridružila nevroznanstvena metoda, bi bila dokazna ocena zanesljivejša, natančnejša in bližje materialni resnici.

5 Zaključek

Svetovna zakladnica znanja o možganih še (zdaleč) ni napolnjena, čeprav je zadnjega pol stoletja videnje o možganih obogatilo bolj kot preostala zgodovina nevroznanosti skupaj. Eksplozivni razvoj (nevro)znanosti in veliko število znanstvenikov, ki se ukvarjajo z raziskovanjem možganov, sta dejavnika, zaradi katerih bo nadaljnji razvoj nevroznanosti še intenzivnejši. Metode možganskega slikanja se bodo postopoma izpopolnile, v posledici česar se bo povečalo število (zanesljivih) nevroznanstvenih odkritij, ki se bodo lahko uporabile pri objektivizaciji nerazsodnosti in duševnega zdravlja.

Posamezna odkritja sodobne nevroznanosti so že uporabna v civilnem dokaznem pravu, saj zagotavljajo zanesljivejšo objektivizacijo pravno relevantnih subjektivnih dejstev. Pri ugotavljanju dejavnikov, ki vplivajo na sposobnost razumeti pomen in posledice posameznikovih dejanj, metode možganskega slikanja zagotavljajo zanesljivejše ugotavljanje (ne)razsodnosti. Dejstvo je namreč, da se razvoj posameznih možganskih predelov ne zaključijo sočasno. Razvoj amigdale se tako zaključijo v zgodnjem mladostništvu, prefrontalni korteks pa se (dokončno) razvije šele sredi dvajsetih let. Posledično se možgani mladostnikov strukturno in funkcionalno razlikujejo od (dokončno razvitih) možganov odraslih, kar močno vpliva na sposobnost za razsojanje. Na posameznikovo (ne)razsodnost pa vplivajo tudi možganske poškodbe, demenca, epilepsija, zloraba škodljivih snovi, shizofrenija, psihopatija in drugi dejavniki, katerih zanesljivejšo objektivizacijo omogočajo metode možganskega slikanja. Navedene nevrološke bolezni in stanja, ki

lahko prizadenejo sposobnost za razsojanje, lahko predstavljajo tudi duševne motnje, zaradi katerih ima lahko oseba hudo moteno presojo realnosti in sposobnost obvladovati svoje ravnanje, kar lahko privede do nevarnosti, ki so konkretizirane v 1. točki prvega odstavka 39. člena ZDZdr. Pri ugotavljanju in identifikaciji duševnih motenj si lahko prav tako pomagamo z metodami možganskega slikanja, kar pomeni, da nevroznanstvena odkritja omogočajo zanesljivejšo objektivizacijo tudi duševnih motenj.

Razvojno neravnovesje med posameznimi možganskimi predeli (predvsem pri mladostnikih), možganske poškodbe, demenca, zloraba škodljivih snovi (alkohol, droge ...), shizofrenija in psihopatija so dejavniki, ki so pomembni pri ugotavljanju nerazsodnosti in duševnega zdravlja. Navedene nevrološke bolezni in stanja so izrazito subjektivne narave, v posledici česar lahko z uporabo nevroznanstvenih odkritij dosežemo njihovo zanesljivejšo objektivizacijo. Zaključimo lahko, da imata nerazsodnost in duševno zdravje – kot pravna koncepta – nesporno podlago v nevroznanosti, kar pomeni, da njena odkritja predstavljajo zanesljivo orodje v rokah sodišča, ko je to soočeno z ugotavljanjem deliktne in poslovne sposobnosti ter oporočne in ženitne sposobnosti kot posebni vrsti poslovne sposobnosti, kakor tudi pri odločanju o »prisilni hospitalizaciji«.

Kljub morebitnim pomislekom in omejitvam interdisciplinarno področje nevroznanosti in prava že obstaja. Prepričani smo, da nevropravo ne bo zašlo v slepo ulico, ampak se bo razvijalo z nadaljnjim razvojem nevroznanosti. Zato je toliko bolj pomembno, da se pripravimo na uporabo in omejitve pri uporabi nevroznanstvenih odkritij v civilnem dokaznem pravu.

Literatura

- Blair James R., Psychopathy: Cognitive and Neural Dysfunction, *Dialogues in Clinical Neuroscience*, Let. 15 (2015), št. 2, str. 181–191.
- Blakemore Sarah-Jayne, Robbins Trevor W., Decision-Making in the Adolescent Brain, *Nature Neuroscience*, Let. 15 (2015), št. 9, str. 1184–1191.
- Buckley Peter F., Neuroimaging of Schizophrenia: Structural Abnormalities and Pathophysiological Implications, *Neuropsychiatric Disease and Treatment*, Let. 1 (2005), št. 3, str. 193–204.
- Buller Tom, What Can Neuroscience Contribute to Ethics?, *Journal of Medical Ethics*, Let. 32 (2006), št. 2, str. 63–64.
- Crews Fulton T., Alcohol-Related Neurodegeneration and Recovery, *Alcohol Research & Health*, Let. 31 (2008), št. 4, str. 377–388.

- Cunningham Liz E., McGuinness Bernadette, Herron Brian, Passmore Peter A., *Dementia*, *Ulster Medical Journal*, Let. 84 (2015), št. 2, str. 79–87.
- De Kogel C. H., Schrama Wendy M., Smit Monika, *Civil Law and Neuroscience, Psychiatry, Psychology and Law*, Let. 21 (2014), št. 2, str. 272–285.
- Duong Silvia, Patel Tejal, Chang Feng, *Dementia: What Pharmacists Need to Know*, *Canadian Pharmacists Journal*, Let. 150 (2017), št. 2, str. 118–129.
- Eggen Jean Macchiaroli, Laury Eric J., *Toward a Neuroscience Model of Tort Law: How Functional Neuroimaging Will Transform Tort Doctrine*, *The Columbia Science & Technology Law Review*, Let. XII (2012), str. 235–306.
- Ferri Clausa P., Prince Martin, Brayne Carol, Brodaty Henry et al., *Global Prevalence of Dementia: A Delphi Consensus Study*, *Lancet*, Let. 9503 (2005), št. 366, str. 2112–2117.
- Goodenough Oliver R., Tucker Micaela, *Law and Cognitive Neuroscience*, Let. 6 (2010), str. 61–92.
- Gogtay Nitin, Giedd Jay N., Luck Leslie, Hayashi Kiralee M. et al., *Dynamic Mapping of Human Cortical Development During Childhood Through Early Adulthood*, *Proceedings of the National Academy of Sciences*, Let. 101 (2004), št. 21, str. 8174–8179.
- Harenski Carla L., Harenski Keith A., Shane Matthew S., Kiehl Kent A., *Aberrant Neural Processing of Moral Violations in Criminal Psychopaths*, *Journal of Abnormal Psychology*, Let. 119 (2010), št. 4, str. 863–874.
- Harris John, Mackintosh Nicholas, Ress Geraint, Rose Nikolas, Rutter Michael, et al., *Brain Waves Module 4: Neuroscience and the Law*, The Royal Society, London 2011.
- Hartley Catherine A., Somerville Leah H., *The Neuroscience of Adolescent Decision-Making, Current Opinion in Behavioral Sciences*, Let. 5 (2015), str. 108–115.
- Jentsch David J., Taylor Jane R., *Impulsivity Resulting From Frontostriatal Dysfunction in Drug Abuse: Implications for the Control of Behavior by Reward-Related Stimuli*, *Psychopharmacology*, Let. 146 (1999), št. 4, str. 373–390.
- Jones Owen D., Buckholtz Joshua, Schall Jeffrey D., Marois Rene, *Brain Imaging for Legal Thinkers: A Guide for the Perplexed*, *Stanford Technology Law Review*, Let. 5 (2009), dostopno na: <http://stlr.stanford.edu/pdf/jones-brain-imaging.pdf> (25. 4. 2019).
- Juhart Miha, Možina Damjan, Novak Barbara, Polajnar-Pavčnik Ada, Žnidaršič Skubic Viktorija, *Uvod v civilno pravo*, Uradni list Republike Slovenije, Ljubljana 2011.
- Kiehl Kent A., Hoffman Morris B., *The Criminal Psychopath: History, Neuroscience, Treatment, and Economics*, *Jurimetrics*, Let. 51 (2011), št. 4, str. 355–397.
- Marcus Gary, Freeman Jeremy, *The Future of the Brain: Essays by the World's Leading Neuroscientists*, Princeton University Press, Princeton 2015.
- McAllister Thomas W., *Neurobiological Consequences of Traumatic Brain Injury*, *Dialogues in Clinical Neuroscience*, Let. 13 (2013), št. 3, str. 287–300.
- National Institute of Mental Health, *Schizophrenia*, dostopno na: <http://www.nimh.nih.gov/health/publications/schizophrenia-easy-to-read/nimh-schizophrenia-quadfold.pdf> (13. 4. 2019).
- Patel Krishna R., Cherian Jessica, Gohil Kunj, Atkinson Dylan, *Schizophrenia: Overview and Treatment Options, Pharmacy and Therapeutics*, Let. 39 (2014), št. 9, str. 638–645.
- Pavčnik Marijan, *Teorija prava*, GV Založba, Ljubljana 2013.
- Plavšak Nina, Juhart Miha, Vrenčur Renato, *Obligacijsko pravo: splošni del*, GV Založba, Ljubljana 2009.
- Salecl Renata, Ambrož Matjaž, Bunta Aleš, Dolenc Sašo et al., *Možgani na zatožni klopi*, GV Založba, Ljubljana 2015.
- Shen Francis X., *The Overlooked History of Neurolaw*, *Fordham Law Review*, št. Let. 85 (2016), št. 2, str. 667–695.
- Staffaroni Adam M., Elahi Fanny M., McDermott Dana, Marton Kacey, Karageorgiou Elissaios et al., *Neuroimaging in Dementia*, *Seminars in Neurology*, Let. 37 (2017), št. 5, str. 510–537.
- Stafstrom Carl E., Carmant Lionel, *Seizures and Epilepsy: An Overview for Neuroscientists*, *Cold Spring Harbor Perspectives in Medicine*, Let. 5 (2015), št. 6, dostopno na: <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC4448698/> (11. 4. 2019).

- Steinberg Laurence, The Influence of Neuroscience on US Supreme Court Decisions About Adolescents' Criminal Culpability, *Nature Reviews Neuroscience*, Let. 14 (2013), str. 513–518.
- Šešok Sanja, Grabljevec Klemen, Nezgodne možganske poškodbe — tiha epidemija z dolgosežnimi posledicami, *JAMA*, Let. 18 (2018), št. 5, str. 199–201.
- Taki Yasuyuki, Kawashima Ryuta, Brain Development in Childhood, *The Open Neuroimaging Journal*, Let. 6 (2012), str. 103–110.
- Van Leijenhorst Linda, Moor Bregtje Gunther, De Macks Zdena A. O., Rombouts Serge A, R. B., Westenberg Michiel P., Crone Eveline A., Adolescent Risky Decision-Making: Neurocognitive Development of Reward and Control Regions, *NeuroImage*, Let. 51 (2001), št. 1, str. 345–355.
- Wheeler Anne L., Voineskos Aristotle N., A Review of Structural Neuroimaging in Schizophrenia: From Connectivity to Connectomics, *Frontiers in Human Neuroscience*, Let. 8 (2014), str. 1–18.
- Zahr Natalie M., Pfefferbaoum Adolf, Alcohol's Effects on the Brain: Neuroimaging Results in Humans and Animal Models, *Alcohol Research*, Let. 38 (2007), št. 2, str. 183–206.
- Zupančič Karel, Žnidaršič Skubic Viktorija, *Dedno pravo* (3. izdaja), Uradni list Republike Slovenije, Ljubljana 2009.

SUMMARY

This paper discusses the neurological basis of impaired judgement and mental health. The ability of tort and legal capacity, including testamentary and marital capacity, depends on the (non)existence of impaired judgement, while the absence of mental health is a precondition for »involuntary hospitalization«, which represents a major interference with human rights and fundamental freedoms. Developmental imbalance between individual brain areas (especially in adolescents), brain damage, epilepsy, dementia, substance abuse (alcohol, drugs ...), schizophrenia and psychopathy are factors that strongly affect the ability to understand the meaning and consequences of legal actions. On the other hand, the abovementioned factors can represent mental disorders, due to which a person has a severely impaired assessment of reality and the ability to control its behavior, which can lead to »involuntary hospitalization«. But impaired judgement and mental health - as legal concepts - are highly subjective in nature. In order to reliably ascertain those facts, the court has to achieve their objectification.

The author argues that the use of neuroscientific discoveries can increase the reliability in ascertaining legally relevant subjective facts. Since the listed neurological diseases and conditions are of a highly subjective nature, their reliable objectification can be achieved by using neuroscientific discoveries. Neuroscientists have found that the adolescent brain is structurally and functionally different from the (fully developed) adult brain. Increased emotional responses and impulsivity, which accompany adolescents on a daily basis and lead to decisions they would not make as adults, are the result of imbalance between individual brain areas. Because the adolescent brain is not (fully) developed, adolescents are not (fully) capable of judgment. Although the developmental imbalance between individual brain areas (normally) causes impaired judgement, this cannot, as a rule, be a reason for »involuntary hospitalization«. Developmental imbalances are normally occurring in the development of human brain. »Involuntary hospitalization« would be exceptionally justified if the developmental imbalance between individual brain areas (especially in adolescents) reached such proportions that other forms of assistance and legal mechanisms would not achieve their purpose. Brain injuries can also cause (permanent or temporary) impaired judgement and loss of mental health. Those injuries can be ascertained with the help of brain imaging methods. Therefore, brain injuries represent legally relevant subjective facts, the identification of which is undoubtedly more reliable with the use of neuroscientific discoveries. Unlike impaired judgement, that can occur due to brain injuries and can be permanent or temporary, impaired judgement, that occurs due to dementia is permanent. The causes of dementia can be discovered with the help of brain imaging methods, even before cognitive abilities

begin to decline. Impaired judgement will occur when the clinical signs of dementia progress to the point where the patient will not be able to understand the meaning and consequences of his legal actions. Dementia can also lead to loss of mental health. As a result of decline in cognitive abilities, patients diagnosed with dementia gradually lose their ability to live independently, therefore »involuntary hospitalization« could be justified. The use of brain imaging methods also helps to reliably diagnose epilepsy, which can lead to (temporary) impaired judgement. However, epilepsy cannot justify »involuntary hospitalization«, as it is not a fact that would exclude mental health. Undoubtedly, symptoms and consequences caused by alcohol abuse can affect the ability to understand the meaning and consequences of legal actions. The use of brain imaging methods (MRI) can help to detect brain damages caused by alcohol abuse, that can lead to impaired judgement. In the case of alcohol abuse, which results in »involuntary hospitalization«, it is necessary to distinguish between two situations. The first refers to »involuntary hospitalization« due to alcohol addiction and the second to »involuntary hospitalization« due to mental disorders caused by structural and functional changes in the brain as a consequence of alcohol abuse. In the second case, the use of brain imaging methods can help to determine the absence of mental health. Furthermore, brains of patients diagnosed with schizophrenia structurally and functionally differ from »healthy« brains. The detection of structural and functional abnormalities has become more reliable with advances made in neuroscience. The use of brain imaging methods can help to detect the neurological basis of schizophrenia. Patients diagnosed with schizophrenia are generally unable to understand the meaning and consequences of their legal actions, therefore schizophrenia is undoubtedly a disease that justifies »involuntary hospitalization«. It is also worth mentioning patients diagnosed with psychopathy (psychopaths). They are characterized by emotional deficit and increased risk of deviant behavior. Neuroscientists have found that brains of psychopaths structurally and functionally differ from »healthy« brains. »Involuntary hospitalization« is undoubtedly justified with psychopaths. Given the increased risk of deviant behavior that is a characteristic of psychopaths, there is a greater risk that their actions would endanger people's lives, health and property. Since impaired judgement and mental health - as legal concepts - have a neurological basis, neuroscientific discoveries are an effective tool in the hands of the court when faced with the ability of tort and legal capacity, including testamentary and marital capacity, as well as »involuntary hospitalization«.

VPLIV ETIKE NA PODROČJE UPORABE GENSKO SPREMENJENIH ORGANIZMOV

KATJA MEŠKO KURALT

Univerza v Mariboru, Pravna fakulteta, Maribor, Slovenija
mesko.cat@gmail.com

Z namenom uporabe novih tehnologij, ki jih znanost razvija, se pojavljajo tudi etične dileme, predvsem z vidika daljnosežnih učinkov na človeka, živali, rastline in okolje. Še posebej velja izpostaviti učinke, ki jih ni mogoče opredeliti oz. so nedoločljivi do te mere, da se tveganj za človeka, živali, rastline in okolje ne da (povsem) izključiti. Kljub temu menim, da je tovrstne učinke mogoče upravljati s tem, da se jih nenehno analizira in do njih opredeljuje, in sicer tako znanstveno kot neznanstveno oz. poljudno. Namen članka je vzpodbuditi argumentirano razpravo o etičnih in družbenih posledicah urejanja človekovega genoma, upošteva je zanesljive in z dokazi podprte informacije glede uporabe novih tehnologij v daljšem časovnem obdobju.

DOI
[https://doi.org/
10.18690/um.pf.1.2024.16](https://doi.org/10.18690/um.pf.1.2024.16)

ISBN
978-961-286-817-8

Ključne besede:
etika,
bioetika,
gensko spremenjeni
organizmi,
nove tehnologije,
previdnostno načelo

Opomba:
Prispevek je izvleček že
objavljenega dela: Meško
Kuralt, K. (2021). *Vpliv
(ne)uporabe gensko
spremenjenih organizmov na
pravico do zdravstvenega
varstva – primerjalnopravni
vidik*. doktorska
disertacija [Doktorska
disertacija, Univerza v
Mariboru]. Digitalna
knjižnica Univerze v
Mariboru.



Univerzitetna založba
Univerze v Mariboru

DOI
[https://doi.org/
10.18690/um.pf.1.2024.16](https://doi.org/10.18690/um.pf.1.2024.16)

ISBN
978-961-286-817-8

Keywords:

ethics,
bioethics,
genetically modified
organisms,
new technologies,
precautionary principle

Note:

This is an abstract of an already published work: Meško Kuralt, K. (2021). *Vpliv (ne)uporabe gensko spremenjenih organizmov na pravico do zdravstvenega varstva – primerjalnopravni vidik: doktorska disertacija* [Doktorska disertacija, Univerza v Mariboru]. Digitalna knjižnica Univerze v Mariboru.

THE IMPACT OF ETHICS ON THE USE OF GENETICALLY MODIFIED ORGANISMS

KATJA MEŠKO KURALT

University of Maribor, Faculty of Law, Maribor, Slovenia
mesko.cat@gmail.com

With the goal of utilising new scientific technologies, ethical dilemmas arise, particularly in terms of far-reaching effects on humans, animals, plants and the environment. Special attention should be paid to the effects that are hard to recognize. The reasons for not recognizing the effects can be different (e.g. whether the effect of the use of new technology on humans has not yet been identified; whether the effect of the use of new technology on humans has not yet been recognized, etc.). Such effects on humans, animals and plants represent risks that cannot be (completely) excluded. Nevertheless, I believe that such effects are manageable by continuously analyzing them. Timely recognition of the risks that new technologies pose to humans, animals, plants and the environment necessitates both scientific and non-scientific recognition. The purpose of the article is to encourage a reasoned discussion about ethical and social risks, as well as the consequences that risks have on the (human) genome. Last but not least, especially in the field of tampering with the (human) genome, I want to encourage the reader to think critically about the use of new technologies over a longer period of time.



1 Uvod

Poglavitni namen tega članka temelji na prepoznavi oz. pomenu etike, ki se izpostavlja pri uporabi novih tehnologij, še posebej na področju uporabe gensko spremenjenih organizmov (GSO). GSO predstavlja organizem ali mikroorganizem, katerega genski material je spremenjen s postopki, ki material spreminjajo drugače, kot to poteka v naravnih razmerah s križanjem ali rekombinacijo, pri čemer je človek izvzet.¹ Ključno vprašanje, ki se izpostavlja, je: ali je uporaba GSO v vsakdanjem življenju ljudi, živali in rastlin dopustna, pogojno dopustna ali nedopustna. Da bi bili posegi v genom znanstveno opravičljivi oz. koristni za ljudi, živali in rastline, je k temu treba pristopiti večplastno, med drugim tudi z vidika etike. Za razvoj kritičnega mišljenja do smotnosti uporabe GSO v vsakdanjem življenju je tako potrebno podrobno preučiti čim več dejavnikov, ki jih ti imajo na uporabo vplivov.

Uvodnemu poglavju najprej sledi splošno poglavje o etiki v biologiji in medicini (drugo poglavje). Tretje poglavje je namenjeno pravni ureditvi področja GSO in njihove uporabe pri ljudeh, živalih in rastlinah, še posebej s poudarkom na pravnih dolgoročnih učinkih, ki jih ni mogoče z gotovostjo predvideti. Četrto poglavje obravnava gensko spremenjena živila, peto poglavje pa gensko spremenjeno krmo. Šesto poglavje je namenjeno podrobnejši predstavitvi zakonodaja o GSO v krmni in živilski verigi. Sledi sedmo poglavje, ki opredeljuje načela, ki so pomembna za razumevanje (ne)etične uporabe GSO pri ljudeh, živalih in rastlinah. Poleg prednostnega načela, ki je eno izmed glavnih načel področja uporabe GSO, se v sedmem poglavju analizirajo tudi kršitve načel. Osmo poglavje je namenjeno ureditvi sankcij za kršitve načel na področju uporabe GSO. Gre za tematiko, ki je zelo občutljiva, predvsem zaradi različnih pristopov merjenja negativnih vplivov. Deveto poglavje predstavlja zaključna izhodišča za posameznika, da s pomočjo predstavljenih argumentov presodi, ali je uporaba GSO v vsakdanjem življenju zanj sprejemljiva oz. potrebna.

2 Splošno o etiki v biologiji in medicini

Nedavni napredek biologije in medicine napoveduje nastop nove dobe v zgodovini človeštva. Posebno spoznanja in novi posegi na področju genetike utegnejo imeti težko predvidljive posledice za posameznika in družbo. Koristi tega napredka pa ne

¹ Sodišče Evropske unije, Letno poročilo 2018, Letni pregled, str. 33.

bodo zastoj. V ceni, ki jo bo treba plačati, bo verjetno sprememba vrednosti, ki jo družba pripisuje človekovemu dostojanstvu, to pa ima lahko daljnosežne posledice za odnos do človekovih pravic in blaginje človeškega bitja kot posameznika.²

Možnosti poseganja v genom človeka, živali in rastlin, ki jih je v zadnjih tridesetih letih prinesel nesluteni razvoj znanosti, so hkrati tudi zaskrbljujoče, še posebej z vidika etike. Zato je treba vsakogar seznaniti z dogajanjem do te mere, da novih tehnologij ne bo gledal le kot goli napredek v znanosti, temveč predvsem z vidika vplivov na ljudi, živali, rastline, ki zanje lahko povzročijo (nepopravljive) posledice.

Po prepričanju *Terška* naj bi se etika čedalje bolj kodificira. Poudarja, da je »etika lahko zadeva dogovora ali pa zadeva samoumevnosti glede očitnega prav in očitnega narobe. Etika tako postane dogovor, zapis, konvencija. Več je prava, manj je etike. Več je zapisovanja etike, bolj razpada vladavina prava.«³ Po mnenju *Omladiča* pa »temeljna izhodišča etike ves čas ostajajo enaka. To so razumnost, avtonomija in odgovornost ter družbenost. Če pride do preobila etičnih diskurzov in novih etik, so prav razumnost, avtonomija in odgovornost ter družbenost tiste, po katerih se presodi, kdaj gre za etiko in kdaj za moralo oz. moraliziranje.«⁴

Še več, etika je teorija moralnosti, ki poskuša sistemizirati moralne sodbe ter vzpostaviti in zagovarjati moralna načela. *Ruch* in *Crawford*⁵ ter *Lobnikar*⁶ in *Newton*⁷ so tako mnenja, da se »etika ukvarja s tem, kaj je dobro in kaj slabo, ter zakaj je temu tako. Pri tem pa izhaja iz religioznih, filozofskih, političnih, utilitarnih, pravnih, situacijskih in drugih izhodišč ter poskuša odkriti logične povezave med temeljnimi etičnimi izhodišči in moralnimi načeli, ki usmerjajo človeška ravnanja.«⁸

Radbruch je zagovarjal stališče, da je pravo le možnost morale in prav zato tudi možnost nemorale. Dodal je, da je namen prava, da ureja človeško sobivanje na način, da preprečuje ravnanje, ki je z njim v nasprotju, kar pa je mogoče doseči s spremembo pravnih meril v imperative oz. prepovedi in zapovedi.⁹ Radbruchova

² J. Trontelj, Spoštovanje človeškega dostojanstva v biomedicinskih raziskavah, 2006, str. 20–21.

³ S. Bešter, Intervju: Slovenski pravni filozof in izredni profesor dr. Andraž Teršek: »V mojih miselnih procesih ni predsodkov!«, 2020.

⁴ L. Omladič, Preveč etike?, 2010, str. 7–9.

⁵ W.V. Ruch, M. L. Crawford, 1991, Business Communication.

⁶ B. Lobnikar, 2016, Upravljanje tveganj za preprečevanje korupcije v zdravstvu, str. 23.

⁷ L. H. Newton, 1998, Doing Good and Avoiding Evil.

⁸ B. Lobnikar, Upravljanje tveganj za preprečevanje korupcije v zdravstvu, 2016, str. 23.

⁹ G. Radbruch, B. Paulson, S. Paulson, Statutory Lawlessness and Supra-Statutory Law, 2006.

formula temelji na razmerju med dvema pravnima vrednotama, tj. pravno varnostjo in pravičnostjo. Bistvo prvega dela formule, t. i. formula neznosnosti, je, da se mora zakon kot pozitivno pravo umakniti pravičnosti v primerih, ko nasprotje med pozitivnim pravom in pravičnostjo doseže nevzdržno raven. V takšnih primerih gre za nepravilno pravo. Drugi del formule, t. i. formula zanikanja, predstavlja korak naprej, in sicer določa, da je uzakonjenemu pravu, ki ne teži k pravičnosti in pri nastajanju katerega je bila zavestno zanikana enakost kot temeljna predpostavka pravičnosti, dovoljeno oz. celo potrebno odvzeti pravno veljavo. Gre torej za zakonsko nepravo, ki pa zaradi pomanjkanja temeljne vsebinske predpostavke prava ni zavezujoče.¹⁰

Eden vodilnih avtorjev na področju medicinske etike, *Trontelj*, je zapisal, da je družbeni nadzor nad etičnostjo znanstvenih raziskav in načinov uporabe novega znanja nepogrešljiv. Dodaja, da je družbeni nadzor posebno pomemben danes, ko so interesi in pričakovanja, povezani z raziskavami na človeških bitjih, veliki kot še nikoli doslej.¹¹

Pri upravljanju z GSO je treba pričeti z bioetiko. To je znanstvena veda, ki na sistematičen način preučuje etične vidike o življenju in zdravju posameznika kot tudi družbe nasploh. Bioetika je nastala kot odgovor na vprašanje odgovornosti do ohranjanja okolja za preživetje človeštva ter kot odgovor na vprašanje posledic napredka biologije v luči potencialno škodljivega spreminjanja naravnih sistemov. V zadnjih štirih desetletjih so se predvsem na področju genetike (npr. genski inženiring¹²) in evolucijske biologije razvile številne možnosti človekovih posegov za spreminjanje žive narave in okolja. Bioetika je tako odgovor na potrebo po kritični oceni posledic uporabe teh spoznanj, posebej njihovih morebitnih zlorab.¹³

¹⁰ F. Haldemann, *Gustav Radbruch vs. Hans Kelsen: A Debate on Nazi Law*, 2005, str. 162–178.

¹¹ J. Trontelj, *Spoštovanje človeškega dostojanstva v biomedicinskih raziskavah*, 2006, str. 20–21

¹² Genski inženiring je naravoslovni proces, ki v organizmu povzroči spreminjanje DNK z namenom, da spremeni način delovanja le tega. S pomočjo tega procesa se ustvarjajo nove oblike organizmov (npr. nove bakterije, novi pridelki, spremenjena druga živa bitja). Nekateri nasprotniki uporabe GSO vztrajajo, da uporaba GSO v prehrani zmanjšuje biotsko raznovrstnost in ogroža zdravje uporabnikov ter da lahko uporaba GSO v prehrani vsebuje alergene snovi zaradi uvedbe novih genov v rastlinah (A. Bakshi, *Potential Adverse Health Effects of Genetically Modified Crops*, 2011; S. Krimsky, *GMOs Decoded: A Skeptic's View of Genetically Modified Foods*, 2019).

¹³ W. T. Reich, 2004, *Encyclopedia of Bioethics*, 1982; S. G. Post, *Encyclopedia of Bioethics*; N. Rose, *Molecular Biopolitics*, 2007, str. 3–29.

Tudi *Clouser* meni, da je »bioetika prinesla filozofiji novo slavo in bogastvo, javne omembe in priznanje, ki ga filozofija že dolgo ni imela.« Po njegovem mnenju naj bi »bioetika v filozofijo vnesla nov izziv, nove podatke za raziskovanje in interpretacijo. Bioetika je filozofiji prinesla smisel in neposrednost, s čimer so filozofi postali potrebni, saj so začeli sprejemati zaključke in dajati priporočila za konkretna ravnanja.«¹⁴

Še več, kot izpostavlja že *Comstock*, je za etiko na področju uporabe gensko spremenjenih organizmov zanimivo prav vprašanje, ali je etično upravičeno pridelovati gensko spremenjene pridelke in živila ter ali lahko zakon dovoli gojenje in trženje gensko spremenjenih pridelkov in živil. *Comstock* pojasnjuje, da je tovrstno vprašanje v prvi vrsti odvisno od vsakega posameznika, torej od njegove izbire, pri čemer se posameznik naslanja na občutke, intuicijo, vest in razum ter tudi na razumevanje glede mnenja znanstvenikov.¹⁵

3 Splošno o pravni ureditvi gensko spremenjenih organizmov

3.1 Nacionalni in mednarodni pogled na ureditev gensko spremenjenih organizmov

Slovenska zakonodaja v 4. členu Zakona o ravnanju z gensko spremenjenimi organizmi¹⁶ (ZRGSO) opredeljuje GSO kot organizem, z izjemo človeka, ali mikroorganizem, katerega genski material je spremenjen s postopki, ki spreminjajo ta material drugače kot to poteka v naravnih razmerah s križanjem ali rekombinacijo. Poleg ravnanja z organizmi in mikroorganizmi se ZRGSO uporablja tudi za ravnanje z gensko spremenjenimi vretenčarji. Slednjega pa ne vključujeta Direktiva 2001/18/ES Evropskega parlamenta in Sveta z dne 12. marca 2001 o namernem sproščanju gensko spremenjenih organizmov v okolje in razveljavitvi Direktive Sveta 90/220/EGS¹⁷ (Direktiva 2001/18) in Direktiva 2009/41/ES Evropskega parlamenta in Sveta z dne 6. maja 2009 o uporabi gensko spremenjenih mikroorganizmov v zaprtih sistemih¹⁸ (Direktiva 2009/41).

¹⁴ L. Omladič, *Preveč etike?*, 2010, str. 7–9.

¹⁵ G. Comstock, 2010, *Ethics and Genetically Modified Foods*, str. 14

¹⁶ Uradni list RS, št. 23/05 – uradno prečiščeno besedilo, 21/10 in 90/12 – ZdZP VHVR.

¹⁷ UL L 106, 17. 4. 2001

¹⁸ UL L 125/75, 21. 5. 2009

Podobno definicijo GSO pozna tudi zakonodaja EU, npr. iz 2. člena Direktive 2001/18 namreč izhaja, da je GSO organizem z izjemo človeka, katerega genski material je bil spremenjen na način, ki se ne pojavlja v naravi s križanjem in/ali naravno rekombinacijo.

Direktiva 2009/41 opredeljuje le pojem gensko spremenjeni mikroorganizem. Gre za pojem, ki pomeni mikroorganizem, v katerem je bil genski material spremenjen na način, ki se ne zgodi naravno s križanjem in/ali naravno rekombinacijo, zato se genska sprememba zgodi najmanj z uporabo v naprej določenih metod,¹⁹ kot so metoda rekombinacije nukleinske kisline, metoda zlitja celic ali hibridizacije. Med te metode ne spadajo: metode oploditev in vitro;²⁰ konjugacija, transdukcija, transformacija in indukcija poliploidije (2. člen Direktive 2009/41). Kartagenski protokol o biološki varnosti²¹ pa GSO opredeli kot organizem z novo kombinacijo genskega materiala, ki je nastala z uporabo sodobne biotehnologije. Prav tako je ta protokol za GSO uporabil sinonim živih spremenjenih organizmov (ang. living modified organism) in ga opredelil kot vsak živi organizem, ki ima novo kombinacijo genskega materiala, pridobljenega z uporabo sodobne biotehnologije.²² Na splošno velja, da se GSO delijo na mikroorganizme (tj. bakterije, glivice, virusi), rastline in živali.²³ Drugače kot v naravi, kjer do sprememb genskega materiala ali deoksiribonukleinske kisline - DNA pride s križanjem ali naravno rekombinacijo, pa v postopku pridobitve GSO pride do uporabe sodobne biotehnologije, kjer se genski material načrtno spremeni. Z uporabo sodobne biotehnologije se tako izbrane gene prenese iz enega organizma v drugega, tudi če gre za organizme različnih vrst. Tehnologija rekombinantne DNA tako omogoča, da se lahko hitro in natančno spremenijo življenjske oblike z odvzemanjem, dodajanjem ali spreminjanjem specifičnih nukleotidnih oz. jedrnih baz v zgradbi gena. Spremembe v nukleotidnem zaporedju so lahko zelo majhne, npr. ena baza, ki zamenja eno aminokislino z drugo, ali pa zelo velike, kar celoten gen, ki daje organizmu neko novo lastnost.²⁴

¹⁹ Podrobneje o metodah v Prilogi I. Direktive 2009/41.

²⁰ Po mnenju *Fridovich-Keil* in *Diaz* je bil genski inženiring opredeljen že leta 1993, in sicer kot katerokoli vrsta tehnike, med njimi tudi umetno osemenjevanje, *in vitro* oploditev (angl. testne epruvete), banke semenčic, kloniranje in genska manipulacija.

²¹ UL L 201, 31. 7. 2002.

²² Secretariat of the Convention on Biological Diversity, 2005, Handbook of the Convention on Biological Diversity Including its Cartagena Protocol on Biosafety; Institute for Safe Medication Practices, 2019, Slovar fitosanitarnih izrazov; Zakon o ratifikaciji Kartagenskega protokola o biološki varnosti h Konvenciji o biološki raznovrstnosti (Uradni list RS – Mednarodne pogodbe, št. 23/02).

²³ Gre za celično ali necelično enoto s sposobnostjo razmnoževanja ali prenosa genskega materiala, vključno z virusi, viroidi in umetno gojenimi živalskimi ali rastlinskimi celicami (4. člen ZRGSO).

²⁴ M. Fitzgerald-Hayes, F. Reichsman, 2009, DNA and Biotechnology.

Kot navaja Portal za izobraževanje iz zdravstvene nege pri Univerzi v Ljubljani, so GSO živi organizmi, v katerih je bil genski material (tj. DNA) spremenjen s postopki, ki potekajo drugače kot v naravi.²⁵ Z uporabo sodobne biotehnologije se lahko izbrane gene prenese iz enega organizma v drugega, tudi če gre za organizme različnih vrst. Tako velja, da tehnologija rekombinantne DNA omogoča, da se lahko življenjske oblike spreminja z odvzemanjem, dodajanjem ali spreminjanjem specifičnih nukleotidnih baz v zgradbi posameznega gena. Po mnenju zgoraj navedenega portala, so spremembe v nukleotidnem zaporedju lahko zelo majhne (npr. lahko gre za le eno bazo, ki zamenja eno aminokislino za drugo, lahko pa gre za celoten gen, ki daje organizmu neko novo lastnost, npr. sposobnost sintetizirati nov protein). Najbolj prepoznavne oblike spreminjajočih se mikroorganizmov so bakterije, rastline in živali. Takega mnenja sta tudi *Fitzgerald-Hayes* in *Reichsman*.²⁶

3.2 Pravna ureditev o (ne)dopustnosti genskih sprememb na človeku

Genske spremembe na človeku so prepovedane.²⁷ Povedano drugače, raziskave na človeku, ki bi posegale v človeški genom, so nezakonite. Tako velevajo že določbe 1. člena Konvencije o človekovih pravicah v zvezi z biomedicino²⁸ (t. i. Oviedska konvencija). Glavni namen je varovanje dostojanstva²⁹ in identitete vseh človeških bitij, spoštovanje njegove duševne in telesne nedotakljivosti in drugih pravic in temeljnih svoboščin v zvezi z uporabo biologije in medicine.

Po mnenju *Trontlja* je človekovo dostojanstvo neodvisno od meril koristnosti. Še več, človekovo dostojanstvo je temelj človekovih pravic, ki izhajajo iz Splošne deklaracije o človekovih pravicah³⁰ (SDČP). Prav tako je za varovanje človeškega dostojanstva pomembna Oviedska konvencija. Njen glavni namen je preprečevati zlorabe biomedicine proti posameznikom in občutljivim skupinam. Ureja večino

²⁵ Portal za izobraževanje iz zdravstvene nege, 2009, Vprašanja in odgovori Mikrobiologija.

²⁶ M. Fitzgerald-Hayes, F. Reichsman, 2009, DNA and Biotechnology.

²⁷ J. Trontelj, 2014, *Živeti v etiki*.

²⁸ Uradni list RS – MP, št. 13/95.

²⁹ Prav tako velja omeniti določilo, da se ne sme oploditi jajčne celice s semensko celico, ki je posebej izbrana zato, da se določi otrokov spol, razen če se s tem namerava preprečiti hudo dedno bolezen, povezano s spolom. Gre za izjemo, ki je zapisana v prvem odstavku 31. člena Zakon o zdravljenju neplodnosti in postopkih oploditve z biomedicinsko pomočjo (Uradni list RS, št. 70/00 in 15/17 – DZ; ZZNPOB). Prav tako se ne sme posegati v dedno zasnovano spolnih celic ali zarodka z namenom, da se spremeni dedna zasnova otroka (drugi odstavek 31. člen ZZNPOB), lahko pa se opravi zgodnja genska preiskava zgodnjega zarodka, vendar le v primeru nevarnosti hude dedne bolezni ali če je to potrebno zaradi uspešnosti postopka oploditve z biomedicinsko pomočjo (tretji odstavek ZZNPOB). O tem gl. tudi V. Žnidaršič Skubic, 2018, *Civilno medicinsko pravo: izbrane teme*, str. 44.

³⁰ Uradni list RS št. 24/2018.

etičnih vprašanj na področju medicine in novih biotehnologij.³¹ K Ovijski konvenciji so bili sprejeti še štirje dodatni protokoli, ki podrobneje urejajo specifična področja, kot so npr. prepoved kloniranja človeškega bitja, presaditev človeških organov in tkiv ter oprava biomedicinskih raziskav.³²

Po mnenju *Žnidaršič Skubic*³³ predstavlja Ovijska konvencija kljub nekaterim pomanjkljivostim pomemben dokument, ki zaokroža osnovne etične standarde na področju biomedicine, predvsem v smeri humanizacije biomedicinskih postopov in raziskav. Na nekaterih mestih pa vseeno ostaja presplošna, saj posamezniku ne ponuja dokončnih odgovorov na vsa moralo-etična vprašanja in dileme, ki se na tem področju porajajo.

Prav tako iz 2. člena ZZNPOB izhaja, da se mora v Sloveniji pri postopkih zdravljenja neplodnosti in postopkih oploditve z biomedicinsko pomočjo ves čas postopka zdravljenja varovati človekovo dostojanstvo, pravico do zasebnosti, posebno skrb pa se mora posvetiti varovanju zdravja, koristi in pravicam bodočega otroka.³⁴

Pravna pravila glede genetskega inženiringa pri ljudeh bodo morala upoštevati človekove pravice in temeljne svoboščine, torej tudi podrejenost in nadrejenost pravic (npr. katera pravica prevlada, kadar gre za zajezitev nalezljive bolezni, pravica do zdravja posameznika ali pravica varovanja zdravja ljudi). Povedano drugače, na eni strani bodo pravno obvezujoča določila, ki ščitijo človeka z vsemi njegovimi pravicami, na drugi strani pa tista, ki ga ščitijo s pravicami do zdravja, ki so oz. bodo morale biti podrejene določenim pogojem, npr. oprava določenih preiskav na ljudeh, ki bodo potencialno lahko izboljšali zdravje posameznika.

³¹ Izvzeta pa sta splav in evtanazija.

³² J. Trontelj, *Bioetika, raziskovanje na človeku in nevarnost zlorab*, 2007.

³³ V. Žnidaršič Skubic, 2018, *Civilno medicinsko pravo: izbrane teme*.

³⁴ Pri postopkih oploditve z biomedicinsko pomočjo je tako prepovedano omogočiti zunajtelesni razvoj zarodka, ki je star več kot 14 dni oz. potem, ko se je razvila primitivna prog; omogočiti nastanek zarodka zgolj v raziskovalne namene; omogočiti nastanek človeških zarodkov iz spolnih celic z izzvano spremembo dedne zasnove in prenesti takšne zarodke v telo človeka ali živali; uporabiti dele zarodka, razen v primerih, ki jih zakon izrecno določa; omogočiti nastanek zarodkov z isto dedno zasnovo ali zarodkov, ki so po dedni zasnovi istovetni z drugo živo ali mrtvo osebo (kloniranje); oploditi človeško jajčno celico s semensko celico živali ali živalsko jajčno celico s semensko celico človeka ali spreminjati zarodek s presajanjem delov drugih človeških ali živalskih zarodkov (tj. omogočanje nastanka hibridov in himer); vnesti zarodek, ki je nastal s postopki biomedicinske pomoči v telo človeka ali živali; človeške spolne celice ali človeški zarodek vnesti v žival; živalske spolne celice ali živalski zarodek vnesti v človeka; namerno spremeniti dedno zasnovo celic, ki so del zarodka (33. člen ZZNPOB).

Kljub kogentnim predpisom, ki prevladujejo na področju genskega inženiringa, se izpostavljata dve vprašanji, tj. vprašanje varnosti uporabe ter vprašanje etike uporabe določenih možnih metod pri človeku. Ena takšnih je sistem CRISPR (ang. clustered regularly interspaced short palindromic repeats). To je novodobna tehnologija, ki definira genski kod bakterije ter njen imunski sistem.³⁵ Deluje kot obrambni sistem bakterije, ki ga ta uporablja za obrambo pred napadi virusov. Gre torej za kratke ponovitve določenih zaporedij znotraj genoma bakterije. Ta metoda bakteriji omogoči zaščito in imunost na določeni virus v primeru, da enak virus poskusi s ponovnim napadom.³⁶

Tako *Strgar* kot *Straiton* izpostavljata, da sta glavna pristopa, ki se bosta lahko uporabljala pri terapijah genoma človeka: *ex vivo* gensko urejanje in *in vivo* gensko urejanje.³⁷

Kot navajata *Strgar* in *Straiton ex vivo* urejanje genoma vključuje odvzem človeških celic, ki se jih nato gensko uredi v laboratoriju in »popravljene« vrne nazaj v telo bolnika. Metoda je primerna predvsem zato, ker omogoča boljši nadzor samega procesa, glavni problem pa predstavlja predvsem cena metode. Metoda je namreč izrazito individualna in odvisna od bolnika. Pri drugi metodi *in vivo* pa se sistem CRISPR vnese v telo bolnika, pri čemer sistem DNA uredi neposredno v celici bolnika. Sistem CRISPR se tako lahko v telo vnese znotraj različnih nanodelcev ali zakodirane v obliki DNA. Ko je proces popravljanja oz. urejanja genoma opravljen, se sistem CRISPER izloči iz telesa.³⁸

Še več, po mnenju Sodišča EU živila, proizvedena z novimi tehnologijami žlahtnjenja rastlin (ang. new plant breeding technologies - NPBT), kot je CRISPR, veljajo za GSO in jih je zato treba kot take tudi označiti. Po sodbi v zadevi *Confederation paysanna*³⁹ imajo potrošniki pravico vedeti, ali je bila hrana, ki jo uživajo,

³⁵ »Gre za tehniko, znano kot CRISPR-Cas9, ki se uporablja za tarčno in razmeroma enostavno spreminjanje genomov živečih organizmov, vključno s človekom.« (F. Zhang, G. Xiong, Y. Wen, CRISPR/Cas9 for Genome Editing: Progress, Implications and Challenges, 2014, str. 40–46.)

³⁶ M. Strgar, CRISPR/CAS sistem – genski inženiring...razlaga in podrobnosti, 2018; J. Straiton, Genetically Modified Humans: The X-Men of Scientific Research, 2019.

³⁷ Raziskovalci Kemijskega inštituta Republike Slovenije so z izjemnimi dosežki na področjih sintezne biologije, nevrobiologije, genetike in imunologije pomembno pripomogli k razumevanju mehanizmov nastanka bolezni in razvoju tehnologij za gensko in celično terapijo (Kemijski inštitut, Center za tehnologije genske in celične terapije, 2022).

³⁸ M. Strgar, CRISPR/CAS sistem – genski inženiring...razlaga in podrobnosti, 2018; J. Straiton, Genetically Modified Humans: The X-Men of Scientific Research, 2019.

³⁹ Zadeva C-528/16, Confédération paysanne in drugi proti Premier ministre, Ministre de l'agriculture, de l'agroalimentaire et de la forêt; ECLI:EU:C:2018:583

pridelana z NPBT. Večine NPBT sicer ni mogoče razlikovati od naravnih mutacij v končnem izdelku. To je še posebej problematično pri uvozu končnega izdelka ali živila iz držav, kjer se NPBT uporablja pogosteje. V Sloveniji za enkrat še ne poznamo sistema za prepoznavo takšnih izdelkov oz. živil, ki vsebujejo GSO, niso pa ustrezno označeni. Posledično potrošniki ne morejo uresničiti svoje pravice do vednosti, kaj vsebuje končni izdelek ali živilo.⁴⁰

4 Gensko spremenjeno živilo

Z vidika varovanja zdravja ljudi je GSO mogoče deliti tudi drugače, in sicer na gensko spremenjena živila in gensko spremenjena krmila (o tem podrobneje v poglavju 5).

Živilo, ki vsebuje GSO ali je iz njega sestavljeno ali proizvedeno, je gensko spremenjeno živilo (GS živilo). GS živilo se tako deli na:

- živilo, ki je GSO in je delno ali v celoti sestavljeno iz GSO, tj. zmes različnih vrst organizmov namenjenih za živila, od katerih je vsaj eden GSO (npr. mešanica različnih žit, kot je koruzno zrnje);
- živilo, ki je deloma ali v celoti proizvedeno iz GSO, in je v njem še vedno prisotna deoksiribonukleinska kislina - DNK⁴¹ oz. beljakovina, ki omogoča laboratorijsko določitev vrste GSO, iz katerega je bilo živilo proizvedeno (npr. sojine kocke, koruzni kosmiči, koruzna moka), in;
- živilo, ki je deloma ali v celoti proizvedeno iz GSO, v njem pa ni več prisotna DNK oz. beljakovina, ki omogoča laboratorijsko določitev vrste GSO, iz katerega je bilo živilo proizvedeno (npr. sojino olje).⁴²

Po mnenju Nacionalnega inštituta za biologijo Republike Slovenije so s povečevanjem kompleksnosti živil (tudi krme), ki vsebujejo vse več sestavin in so močno predelane, postali postopki za določanje deleža GSO v vzorcih vse bolj

⁴⁰ P. K. Purnhagen, H. Schebesta, *Food Labelling for Consumers EU Law, Regulation and Policy Options*, 2019, str. 47.

⁴¹ Gre za molekulo, ki je nosilka genetske informacije v vseh živih organizmih. DNK skupaj z molekulo ribonukleinske kisline - RNK spada med nukleinske (jedrne) kisline. Glavna vloga molekule DNK je shranjevanje bistvenih bioloških informacij. Razvoj delovanja DNK, kakršen je poznan danes, je potekal od 1866 do leta 2001 (G. Anderluh, *Petdeset let dvojne vijačnice*, 2004).

⁴² Ministrstvo za kmetijstvo, gozdarstvo in prehrano, 2020, *Gensko spremenjena hrana in krma*.

zahtevni.⁴³ Za ustrezen nadzor nad gojenjem in trgovanjem z GSO je treba razviti metode, ki omogočajo zanesljivo določanje deleža GSO v posameznem vzorcu.⁴⁴ Po mnenju *Zetterberg, Edvardsson* in *Björnberg* je pravni okvir na področju GS živil (tudi krme) zelo kritiziran, še posebej Direktiva 2001/18, in sicer na podlagi petih predlaganih meril: pravne gotovosti, nediskriminacije, sorazmernosti, znanstvene prilagodljivosti in vključenosti iz varnostnih razlogov. Omenjeni avtorji menijo, da zakonodajni okvir EU ne izpolnjuje meril pravne varnosti, nediskriminacije in znanstvene prilagodljivosti. Dodajajo, da je nastalo situacijo mogoče sanirati na dva načina, in sicer z reformo sedanje zakonodaje v smeri večje opredelitve vrednosti GS živil (tudi krme) in z več razpravljanja o tej temi (tako v strokovnih kot nestrokovnih krogih).⁴⁵

5 Gensko spremenjena krmila

Krma, ki vsebuje GSO ali je iz njega sestavljena ali proizvedena, se imenuje GS krma. Kot GS živila se tudi GS krma deli na tri glavne vrste, in sicer:

- krma, ki je GSO (npr. koruzno zrnje) in je delno ali v celoti sestavljena iz GSO (mešanica različnih vrst organizmov namenjenih za krmo, od katerih je vsaj eden GSO (npr. žitna mešanica);
- krma, ki je deloma ali v celoti proizvedena iz GSO in je v njej še vedno prisotna DNK oz. beljakovina, ki omogoča laboratorijsko določitev vrste GSO, iz katerega je bila krma proizvedena (npr. sojine tropine, krmna mešanica, ki vsebuje sojine tropine, koruzno moko), in;
- krma, ki je deloma ali v celoti proizvedena iz GSO, v njej pa ni več prisotna DNK oz. beljakovina, ki omogoča laboratorijsko določitev vrste GSO, iz katerega je bila krma proizvedena (npr. sojino olje).⁴⁶

⁴³ Proces določanja deleža GSO je mogoče primerjati z določanjem količine rjavega fižola v mešanici fižola različnih barv. Če želimo izračunati delež rjavega fižola v mešanici, moramo prešteti tako število zrn rjavega fižola kot tudi število vseh zrn v mešanici. Podobno velja za postopek pri določanju deleža GSO. Najprej je potrebno v vzorcu prešteti zaporedja DNK, ki so značilna za GSO, nato pa še zaporedja DNK, ki so značilna za posamezno biološko vrsto. Ker je štetje zaporedja DNK kompleksen proces, se le-ta izvaja s posebnim postopkom, imenovanim verižna reakcija s polimerazo (tj. encim, ki katalizira sintezo DNK iz deoksiribonukleotidnih enot; DNK- polimeraza je ključen encim pri podvojevanju DNK). Eni izmed metod določanja zaporedij DNK sta: metoda verižne reakcije s polimerazo v realnem času in metoda digitalnega veriženja reakcije s polimerazo, ki omogoča zanesljivo določanja količine DNK. Raziskovalci NIB so preverili občutljivost in točnost metode digitalnega veriženja reakcije s polimerazo na gensko spremenjeni liniji soje (angl. roundup ready) (Nacionalni inštitut za biologijo, 2020).

⁴⁴ Nacionalni inštitut za biologijo, 2020, Vpeljava novih metod za določanje količine GSO v živilih.

⁴⁵ C. Zetterberg, K. Edvardsson, K. Björnberg, Time for a New EU Regulatory Framework for GM Crops?, 2017, str. 325–347.

⁴⁶ Ministrstvo za kmetijstvo, gozdarstvo in prehrano, 2020, Gensko spremenjena hrana in krma.

6 Zakonodaja o GSO v krmni in živilski verigi

Kot navajajo *Eriksson* in drugi⁴⁷ naj bi sprememba oz. prenova zakonodaje v zvezi z GSO v krmni in živilski verigi temeljila predvsem na prilagoditvi ocene tveganja ter postaviti temeljev za mednarodno usklajevanje, ki je predpogoj za globalno delovanje krmne in živilske verige.

Načelo pristop od primera do primera (tj. ocenjevanje tveganja za vsak primer posebej) je bilo sprejeto z Direktivo 2001/18 (7. člen). To načelo omogoča poenostavljen postopek ocenjevanja tveganja, potem ko so bile z določenim izdelkom ali lastnostjo pridobljene zadostne izkušnje. Smernice Evropske agencije za varno hrano (ang. European Food Safety Authority – EFSA) za oceno tveganja postajajo vse bolj podrobne, delno so prenesene v Izvedbeno Uredbo Komisije (EU) št. 503/2013 Komisije z dne 3. aprila 2013 o vlogah za odobritev gensko spremenjenih živil in krme v skladu z Uredbo (ES) št. 1829/2003 Evropskega parlamenta in Sveta in o spremembi uredb Komisije (ES) št. 641/2004 in (ES) št. 1981/2006⁴⁸ (Uredba 503/2013) in Direktivo Komisije (EU) 2018/350 z dne 8. marca 2018 o spremembi Direktive 2001/18/ES Evropskega parlamenta in Sveta v zvezi z oceno tveganja gensko spremenjenih organizmov za okolje⁴⁹ (Direktiva 2018/350). Direktiva 2018/350 ureja splošne in posebne vidike v zvezi z ocenjevanjem tveganja za okolje: namerne in nenamerne spremembe; v zvezi z dolgoročnimi škodljivimi učinki in kumulativnimi dolgoročnimi škodljivimi učinki v postopku. Ureja vsebino prijav, to so ocene tveganja za okolje, kakovost podatkov, zložbe transformacijskih dogodkov (oz. sprememb na genih);⁵⁰ značilnosti GSO in sproščanj; korake v postopku ocene tveganja za okolje kot npr. opis problematike, vključno z identifikacijo nevarnosti, opredelitev nevarnosti, opredelitev tveganja, itd.; in zaključke ocene tveganja za okolje o posebnih področjih tveganja. Zaradi tega je postopek ocenjevanja tveganja za GSO v EU vedno bolj statičen do te mere, da je postal preveč okoren, da bi se spoprijel s tehnološkim in znanstvenim razvojem.⁵¹

⁴⁷ D. Eriksson, R. Custers, K. Edvardsson Björnberg, S. Ove Hansson, K. Purnhagen, M. Qaim, J. Romeis, J. Schiemann, S. Schleissing, J. Tosun, R. Visser, Options to Reform the European Union Legislation on GMOs: Risk Governance Trends in Biotechnology, 2020, str. 349–351.

⁴⁸ UL L 157, 8. 6. 2013

⁴⁹ UL L 67, 9. 3. 2018

⁵⁰ Prijavitelj tako v vlogi predloži oceno vezanja z vidika stabilnosti in izražanja transformacijskih dogodkov. Kadar pa lahko potomci GSO vsebujejo različne podkombinacije dogodkov, prijavitelj predloži znanstveno utemeljitev, ki dokazuje, da za konkretno vrsto podkombinacijskega dogodka ni potrebno predložiti rezultatov poskusa ne glede na njihov izvor (gl. 4. poglavja C.1. Priloge II Direktive 2001/18, ki je bila uvedena po Direktivi 2018/350).

⁵¹ Prav tam.

Eriksson in drugi zato predlagajo, da se priloge k Direktivi 2001/18, Uredbi 503/2013 in Direktivi 2018/350 preoblikujejo v izvedbene akte, ki bi jih lahko spremenili s postopkom komitologije⁵² (tj. niz postopkov, s katerimi države članice EU nadzorujejo, kako se izvaja zakonodajo EU). Menijo še, da bi takšna sprememba omogočila uporabo zahtev za oceno tveganja za okolje, ki so bolj prilagojene oceni dejanskih tveganj posameznih izdelkov na podlagi znanstvenega razvoja.

Glede krme za živali pa se na podlagi 10. in 11. člena Uredbe 503/2013 za večino predloženih dokumentacij o GSO zahteva študije⁵³ hranjenja krme za živali. Takšne študije o hranjenju prinašajo nekaj dragocenih dodatnih znanstvenih spoznanj.

Prav tako *Eriksson* in drugi tudi za oceno tveganja za okolje predlagajo razvoj konkretnih regulativnih ciljev v okviru ocene okoljskega tveganja. Ti cilji bi morali predvsem zagotoviti visoko raven varstva okolja.

7 O načelih, pomembnih za področje uporabe GSO

7.1 Splošno

Eden izmed pomembnih temeljev prava človekovih pravic temelji prav na načelu univerzalnosti. Prvič, leta 1948 se načelo univerzalnosti omenja prav v SDČP. Za človekove pravice velja, da so prirojene in pripadajo vsakomur, ne glede na narodnost, kraj bivanja, spol, nacionalno ali etnično pripadnost, barvo kože, vero, jezik ali katero koli drugo osebno okoliščino (2. člen SDČP).

Prav tako iz 7. člena SDČP izhaja, da so vsi ljudje enaki pred zakonom in vsi imajo brez kakršnegakoli razlikovanja pravico do enakega pravnega varstva. Še posebej imajo vsi pravico do enakega varstva pred sleherno diskriminacijo, ki bi kršila SDČP, kakor tudi pred vsakršnim spodbujanjem k takšni diskriminaciji.

⁵² V skladu z zakonodajo EU lahko Komisija EU včasih sprejme izvedbene akte, ki določajo pogoje za enotno uporabo določenega predpisa. Komitologija se tako nanaša na sklop postopkov, ki omogočajo državam članicam EU izraziti svoje mnenje o izvedbenih aktih (Evropska komisija, 2020).

⁵³ To pomeni, da gre za študijo, ki predvideva obvezno 90 dnevno hranjenje krme za živali.

Načelo univerzalnosti pa se je oblikovalo tudi tekom sodnih postopkov. Še posebej velja izpostaviti odločitve Sodišča EU v zadevah *Molenaar*,⁵⁴ *Decker*,⁵⁵ *Raymond Kohll*,⁵⁶ *Müller-Faure in van Riet*,⁵⁷ *Inizan*⁵⁸, *Leichtle*⁵⁹ in *Watts*,⁶⁰ s katerimi je, izhajajoč iz načela svobode ustanavljanja in zagotavljanja svobodnega pretoka zdravstvenih storitev, Sodišče EU »tlakovalo« pot za sprejem pravnih aktov za zagotavljanje boljše čezmejne dostopnosti storitev zdravstvenega varstva. Primer tega je Direktiva 2011/24/EU Evropskega Parlamenta in Sveta z dne 9. marca 2011 o uveljavljanju pravic pacientov pri čezmejnem zdravstvenem varstvu⁶¹ (Direktiva 2011/24).⁶²

Ob upoštevanje načela univerzalnosti lahko vsaka oseba dostopa do zdravstvenega varstva na območju EU. Posameznik lahko dostopa do kakovostne zdravstvene oskrbe. Gre za geografsko, finančno in tudi kakovostno dostopnost zdravstvene oskrbe posameznika. Pri deklarirani enakosti gre za odnos, v katerem imajo vsi enake pravice in dostopnost do zdravstvenih storitev in so deležni enake obravnave ne

⁵⁴ Zadeva C-160/96, Manfred Molenaar in Barbara Fath-Molenaar proti Allgemeine Ortskrankenkasse Baden-Württemberg, ECLI: ECLI:EU:C:1998:84. Gre za primer, v katerem se med drugim rešuje vprašanje kršitve 56. člena Pogodbe o delovanju EU (UL C 326, 26. 10. 2012; PDEU) zaradi omejenega izvoza storitev iz naslova socialnega zavarovanja, in sicer za primer potrebe po pomoči in postrežbi.

⁵⁵ Zadeva C-120/95, Nicolas Decker proti Caisse de maladie des employés privés, ECLI: ECLI:EU:C:1998:167.

⁵⁶ Zadeva C-158/96, Raymond Kohll proti Union des caisses de maladie, ECLI: ECLI:EU:C:1998:171. Zadevi *Decker* in *Raymond Kohll* sta se nanašala na luksemburška državljana. Eden je naročil očala v Belgiji (*Decker*) brez predhodne prošnje za dovoljenje pri domači instituciji, hči drugega pa je obiskala zobozdravnika v Nemčiji, čeprav so prošnjo za izdajo dovoljenja zavrnili (*Kohll*). Oba sta nato zahtevala povrnitev stroškov od zakonsko določenega zavarovalnega sistema v Luksemburgu po stopnjah, ki so za omenjene storitve določene doma. Luksemburško pravo je določalo, da je takšno povračilo stroškov mogoče samo po predhodnem dovoljenju zdravstvenega sklada. *Decker* in *Kohll* pa sta trdila, da je zahteva po dovoljenju neupravičena ovira prostemu pretoku blaga oz. storitev in s tem nasprotuje 34. in 56. členu PDEU. Sodišče EU je jasno razglasilo, da se načela enotnega trga lahko uporabljajo tudi za zdravstvene storitve, in ocenilo, da luksemburško pravo dejansko omejuje pretok blaga in storitev. V zadevi *Kohll* je Sodišče EU ocenilo, da ne glede na to, da luksemburška pravila niso preprečevala zavarovancem, da se zdravijo v tujini, so jih vendarle pri tem omejevala. Podobno je Sodišče EU ocenilo tudi v zadevi *Decker*. Čeprav zahteva po predhodnem dovoljenju ni prepovedovala uvoza medicinskih pripomočkov iz druge države članice EU, ta zahteva vendarle ni bila spodbudna za naročanje teh proizvodov v tujini. Kot taka je predstavljala oviro za prost pretok blaga. Na tej osnovi je Sodišče EU ocenilo za primerno, da se obema povrnejo stroški v skladu z domačimi pravili. Sodišče EU je priznalo, da je tovrstne omejitve načeloma mogoče opravičiti, če so nujni za doseganje zaščite finančne stabilnosti nacionalnega sistema socialne varnosti. Vendar v zadevah *Decker* in *Kohll* ni priznalo uporabe te izjeme, saj naj tako naročilo očal kot tudi zobozdravstveni poseg ne bi negativno vplivala na domači socialno varstveni sistem (J. Hojnik, Pravice evropskih bolnikov na področju čezmejnega zdravstvenega varstva v EU: na poti k enotnemu zdravstvenemu območju, 2012, str. 902–912). Podrobneje o ovirah za prosti pretok blaga, pomembnih za javno zdravje, gl. tudi v Evropska komisija, 2010.

⁵⁷ Zadeva C-385/99, V. G. Müller-Fauré proti Onderlinge Waarborgmaatschappij OZ Zorgverzekeringen UA in E. M. van Riet proti Onderlinge Waarborgmaatschappij ZAO Zorgverzekeringen, ECLI: ECLI:EU:C:2003:270.

⁵⁸ Zadeva C-56/01, Patricia Inizan proti Caisse primaire d'assurance maladie des Hauts-de-Seine, ECLI:EU:C:2003:578.

⁵⁹ Zadeva C-8/02, Ludwig Leichtle proti Bundesanstalt für Arbeit, ECLI:EU:C:2004:161.

⁶⁰ Zadeva C-372/04, Kraljica, na zahtevo Yvonne Watts proti Bedford Primary Care Trust in Secretary of State for Health, ECLI: ECLI:EU:C:2006:325.

⁶¹ UL L 88, 4. 4. 2011.

⁶² B. Ivanc, Komentar k Ustavi Republike Slovenije, Človekove pravice in temeljne svoboščine / 17. člen, Opredelitev in razmerja do drugih ustavnih določb, 2011, tč. 5.

glede na starost, spol, versko, etično ali drugo pripadnost, višino plačanega prispevka ali materialni položaj. Pri solidarnosti gre za načelo, po katerem vsak prispeva glede na svoje zmožnosti in koristi zdravstveno varstvo glede na potrebe, pri čemer odraža odnos posameznika do skupnosti in skupnosti do posameznika, po katerem v sistemu zdravstvenega varstva vsak posameznik prispeva sorazmerno enak delež svojega dohodka in ima enake pravice kot drugi. To načelo je tesno povezano s finančno ureditvijo nacionalnih zdravstvenih sistemov in s potrebo po zagotovitvi dostopnosti za vse, čezmejno zdravstveno varstvo pa se zagotavlja na podlagi zakonodaje posamezne države članice EU s standardi in smernicami glede kakovosti in varnosti, ki jih določi država članica EU, ter z zakonodajo EU o varnostnih standardih (Resolucija o nacionalnem planu zdravstvenega varstva 2008-2013 »Zadovoljni uporabniki in izvajalci zdravstvenih storitev«, 2008). Tako velja, da država članica EU med drugim zagotavlja, da:

- pacienti prejmejo ustrezne informacije o standardih in smernicah glede izvajanja zdravstvenega varstva in informacije o tem, za katere izvajalce zdravstvenega varstva veljajo ti standardi in smernice, ter informacije o dostopnosti bolnišnic za invalidne osebe;
- izvajalci zdravstvenega varstva zagotavljajo ustrezne informacije, da posameznim pacientom pomagajo pri sprejemanju ozaveščenih odločitev, vključno o možnostih zdravljenja, o razpoložljivosti, kakovosti in varnosti zdravstvenega varstva;
- če pacient potrebuje zdravljenje, so vzpostavljeni pregledni pritožbeni postopki in mehanizmi, ki omogočajo uveljavljanje pravnih sredstev;
- do vzpostavljeni sistemi zavarovanja poklicne odgovornosti ali jamstva ali podobne ureditve, ki so enakovredne ali primerljive glede na njihov namen (4. člen Direktive 2011/24).

Zgoraj navedena načela v Sloveniji opredeljuje tudi Zakon o pacientovih pravicah⁶³ (ZPacP), še posebej v 7.⁶⁴ in 11. členu.⁶⁵ Na podlagi 7. člena ZPacP, ki predpisuje

⁶³ Uradni list RS, št. 15/08, 55/17 in 177/20.

⁶⁴ »Pacient ima pravico do enake obravnave pri zdravstveni obravnavi ne glede na spol, narodnost, raso ali etnično poreklo, vero ali prepričanje, invalidnost, starost, spolno usmerjenost ali drugo osebno okoliščino.«

⁶⁵ »(1) Pacient ima pravico do primerne, kakovostne in varne zdravstvene oskrbe v skladu z medicinsko doktrino. (2) Primerna zdravstvena oskrba je tista, ki je skladna s pacientovimi potrebami ter zmožnostmi zdravstvenega sistema v Republiki Sloveniji in temelji na enostavnih, preglednih in prijaznih administrativnih postopkih ter vzpostavlja s pacientom odnos sodelovanja in zaupanja. (3) Kakovostna zdravstvena oskrba je tista, ki dosledno dosega izide zdravljenja, ki so primerljivi s standardi ali najboljšimi praksami, ob upoštevanju temeljnih načel kakovosti, kot so uspešnost, varnost, pravočasnost, kontinuiteta, učinkovitost, enakopravnost in osredotočenje na

prepoved diskriminacije, ima tako vsak pacient pravico do enake obravnave pri zdravstveni oskrbi ne glede na spol, narodnost, raso, etnično poreklo, vero, prepričanje, invalidnost, starost, spolno usmerjenost ali drugo okoliščino. Kadar se na sodišču tožnik sklicuje na diskriminatorno obravnavo, mora navesti okoliščine in dejstva, saj ni dovolj samo gola navedba diskriminatornega obravnavanja tožnika.⁶⁶

Kot izhaja iz 11. člena ZPacP, je v zdravstvu potrebno upoštevati spoštovanje pravice do primerne, kakovostne in varne zdravstvene oskrbe, hkrati pa upoštevati tudi temeljna načela kakovosti (npr. uspešnost, varnost, pravočasnost, kontinuiteta, učinkovitost, enakopravnost in osredotočanje na pacienta) ter varnosti (npr. preprečevanje škode za pacienta v zvezi z zdravljenjem). Še več, primarna zdravstvena oskrba kot izhaja iz prvega odstavka 11. člena ZPacP tako pomeni tudi vzpostavitev odnosa sodelovanja in zaupanja.⁶⁷

Kljub zgoraj navedenim določbam o primernosti, kakovosti in varni zdravstveni oskrbi v praksi velja, da posamezna država članica EU pacientom omogoča takšno stopnjo zdravstvene oskrbe, kakršna je mogoča glede na zmožnost zdravstvenega sistema.⁶⁸

Prav tako Direktiva 2011/24 vsebuje pomemben korak k zagotavljanju načela enakosti ter uresničevanju kakovosti, varnosti in učinkovitosti pri obravnavi pacientov. Ta direktiva omogoča pacientom v EU, da uporabljajo čezmejne zdravstvene storitve v drugi državi članici ter da jim nato njihova država povrne nastale stroške. Primeroma velja poudariti, da pacienti potujejo v drugo državo članico EU zgolj z namenom, da tam prejmejo zdravstveno oskrbo oz. storitev, ki je ni možno sploh ali pravočasno zagotoviti v njihovi državi izvora. Odločitev glede odhoda v drugo državo članico EU temelji običajno na objektivni medicinski oceni pacientovega zdravstvenega stanja, njegove bolezni, stopnji bolečin, ki jih pacient trpi, ali na naravi pacientove nezmožnosti.⁶⁹

pacienta. (4) Varna zdravstvena oskrba je tista, ki preprečuje škodo za pacienta v zvezi s samim zdravljenjem in v zvezi z okoliščinami fizične varnosti bivanja ali zadrževanja pri izvajalcu zdravstvenih storitev.«

⁶⁶ Tako tudi v sodbi USRS I U 1505/2015 z dne 5. 4. 2016, ECLI:SI:UPRS:2016:I.U.1505.2015, in VSM sodba I Cp 494/2018 z dne 10. 7. 2018, ECLI:SI:VSMB:2018:I.CP.494.2018. V drugi zadevi je toženka zavrnila zdravljenje tožnika v zobozdravstveni ordinaciji zaradi okužbe s HIV ter s tem ravnala protipravno, saj je tožnika diskriminirala, ker mu zaradi zdravstvenega stanja ni omogočila pravice do enake obravnave pri zdravstveni oskrbi.

⁶⁷ Gl. USRS sodba I U 1292/2015 z dne 5. 7. 2016, ECLI:SI:UPRS:2016:I.U.1292.2015.

⁶⁸ S. Kraljič, Obvezno cepljenje v Sloveniji: razkorak med pravom in vsakdanjo prakso?, v: Hrestomatija medicinskega prava, 2020, str. 223–226.

⁶⁹ Prav tam.

7.2 Posamezna načela pri ravnanju z GSO

Na področju ravnanja z GSO velja izpostaviti tudi previdnostno načelo in druga načela, kot so načelo presoje posameznega primera,⁷⁰ načelo postopnosti,⁷¹ načelo sledljivosti,⁷² načelo obveznega subsidiarnega ukrepanja, načelo javnosti in druga⁷³ načela.

⁷⁰ Glede na to, da na področju ravnanja z GSO na območju držav članic EU velja stroga zakonodaja, poteka izdaja za dovoljenja za delo z GSO za vsak primer posebej. Individualna presoja tako med drugim omogoča preprečitev nastanka možnih škodljivih vplivov na okolje ali zdravje ljudi (četrti odstavek 3. člena ZRGSO).

⁷¹ Gre za načelo, ki pomeni vnos GSO v okolje in poteka po vnaprej predvidenem postopku in ne naenkrat. To pomeni, da vnos GSO v okolje lahko poteka le tako, da se GSO iz zaprtega sistema namerno sprošča v okolje ali daje na trg le pod pogojem, da visoka raven varnosti glede možnih škodljivih vplivov na predhodni stopnji omogoča prehod v naslednjo stopnjo. Pred dajanjem izdelka na trg je tako potrebno preveriti možne škodljive vplive, in sicer z namernim sproščanjem GSO v omejeno nadzorovano območje (peti odstavek 3. člena ZRGSO).

⁷² O načelu sledljivosti *Davison in Bertheau* menita, da imajo države članice EU najstrožje zakonodajo glede uporabe GSO na svetu. Njeni cilji so zagotoviti najvišjo možno zaščito javnega zdravja in okolja, hkrati pa zagotoviti znanstveno utemeljeno regulativno strukturo, kjer se biotehnologija lahko razvija. V nasprotju s stanjem v ZDA je evropsko mnenje o zdravstveni in okoljski biološki varnosti GSO močno polarizirano, zato je javnost izrazila željo po ozavešeni izbiri pridelkov oz. proizvodov. Posledično je bilo za proizvode na trgu v EU uvedeno označevanje, kar potrošnikom omogoča sledljivost in odkrivanju GSO, vključno z označevanjem živil in krme, ki vsebujejo GSO, ali njihovih pridobljenih proizvodov, nad določenim pragom naključne prisotnosti (J. Davison, Y. Bertheau, *EU Regulations on the Traceability and Detection of GMOs: Difficulties in Interpretation, Implementation and Compliance*, 2007).

⁷³ Npr. načelo odgovornosti, ki se nanaša na pravno ali fizično oseba, ki izvaja delo z GSO v zaprtem sistemu, namerno sprošča GSO v okolje ali daje izdelke na trg. Pravna ali fizična oseba je tako v primeru škode, ki je posledica ravnanja z GSO, lahko kazensko in odškodninsko odgovorna (sedmi odstavek 3. člena ZRGSO). Kadar ima kazenska odgovornost povzročitelja, tj. protipravno ravnanje na okolje, posebno težo družbene nevarnosti, gre za javni interes. Kazenska odgovornost se tako presoja po Kazenskem zakoniku (Uradni list RS, št. 50/12 – uradno prečiščeno besedilo, 6/16 – popr., 54/15, 38/16, 27/17, 23/20, 91/20 in 95/21; KZ-1). Še več, kazenska odgovornost se tako presoja glede na to, ali je prišlo do dejanske škode ali pa je ta resno grozila. V poglavju »Kazniva dejanja zoper okolje, prostor in naravne dobrine« (od 332. do 347. člena KZ-1) je določen sklop kaznivih dejanj, ki se nanašajo na varovanje okolja v širšem smislu (S. Vrbica, N. Videtič, 2010, *Pravna sredstva na področju varstva okolja*, str. 23-24). Na splošno velja, da je glede na 9. člen Zakona o varstvu okolja (Uradni list RS, št. 39/06 – uradno prečiščeno besedilo, 49/06 – ZMetD, 66/06 – odl. US, 33/07 – ZPNačrt, 57/08 – ZFO-1A, 70/08, 108/09, 108/09 – ZPNačrt-A, 48/12, 57/12, 92/13, 56/15, 102/15, 30/16, 61/17 – GZ, 21/18 – ZNOrg, 84/18 – ZIURKOE in 158/20; ZVO-1) povzročitelj obremenitve odgovoren za odpravo vira čezmernega obremenjevanja okolja in njegovih posledic. Odškodninska odgovornost po tem členu je tako vzpostavljena le s čezmerno obremenitvijo okolja (tj. tisto, ki presega mejne vrednosti emisije, standarde kakovosti okolja, pravila ravnanja ali dovoljeno rabo naravne dobrine), nadaljnjih predpostavk odškodninske odgovornosti pa ne določa. To načelo odgovornosti povzročitelja tudi določa, da se od povzročitelja ali njegovega pravnega naslednika zahteva odpravi vir in posledico čezmernega obremenjevanja in je odgovoren tudi v primeru likvidacije ali stečaja. Opustitveni zahtevki po tem določilu torej ne zahteva nastanka škode oz. škodne podlage kot razloga za ugoditev zahtevku. Kot navajata *Vrbica* in *Videtič* je za odškodninsko odgovornost povzročitelja dovolj, da je dokazana čezmerna obremenitev okolja, saj je določba 9. člena ZVO-1 usmerjena na varovanje okolja (S. Vrbica, N. Videtič, 2010, *Pravna sredstva na področju varstva okolja*, str. 23–24). Takšna ureditev odškodninske odgovornosti je primerljiva s civilnopravno ureditvijo iz tretjega odstavka 133. člena Obligacijskega zakonika (Uradni list RS, št. 97/07-UPB, 64/16-odl.US in 20-/18 – OROZ631), ki kot posebnost odškodninskega prava določa obveznost povračila škode, čeprav ta izhaja iz opravljanja zakonite (dovoljene) dejavnosti (tj. je specialni civilni delikt) (VSM sodba I Cp 1567/2009 z dne 17. 11. 2009, ECLI:SI:VSMB:2009:I.CP.1567.2009).

Splošno znano je, da je previdnostno načelo tisto načelo, ki se sproži, ko se pri posameznem pojmu prepoznajo grožnje (npr. negativni vplivi GSO na zdravje ljudi in okolja).⁷⁴

Širše gledano, previdnostno načelo je temeljno načelo evropske okoljske politike⁷⁵ in pomeni, da v primeru dvoma prevlada korist varstva okolja pred drugimi interesi. Povedano drugače, previdnostno načelo je orodje za obvladovanje tveganja, ki se lahko uporabi, kadar ni znanstvene gotovosti glede domnevnih tveganj v zvezi z določenim ukrepom ali politiko za zdravje ljudi ali za okolje.⁷⁶

Znanstveniki iz Svetovne komisije za etiko znanstvenega raziskovanja in tehnologije⁷⁷ (ang. World Commission on the Ethics of Scientific Knowledge and Technology - COMEST 2005) opisujejo tri stadije v razvoju okoljske politike, ki so botrovali razvoju previdnostnega načela. Zgodnji stadij označujejo kot kurativni model v povezavi do naravnega okolja. Rast človeške populacije in industrializacija sta povzročili povečane vplive na okolje, ki se ni bilo več sposobno samoočistiti oz. zdraviti. Okolju je bilo potrebno pri očiščevanju pomagati, predvsem popraviti škodo, ki so jo povzročile človekove aktivnosti. Kmalu se je izkazalo, da je načelo, po katerem plača povzročitelj obremenitve, izvedljivo le, če ga spremlja načelo preventive z namenom omejiti škodo do stopnje, ko jo je mogoče popraviti ali nadomestiti. Model »preprečiti je bolje kot zdraviti« označuje drugo stopnjo vladnih akcij za varstvo okolja. Ta stopnja je označena z idejo, da lahko znanost zanesljivo oceni in kvantificira tveganja, načelo preventive pa se lahko uporabi za preprečitev ali zmanjšanje nadaljnje škode. Ker pa so se pojavljala čedalje bolj nepredvidljiva, negotova in nemerljiva tveganja, kot so npr. tveganja, povezana z GSO ali s klimatskimi spremembami, se je družba morala spoprijeti s potrebo po razvoju tretjega modela za vnaprejšnjo zaščito ljudi in okolja pred negotovimi posledicami človekovih aktivnosti, tj. previdnostno načelo. Previdnostno načelo tako pomeni premik od odprave posledic po že povzročeni škodi k izogibu ali omilitvi škodljivih posledic pred povzročitvijo škode.⁷⁸

⁷⁴ G. Tagliabue, *The Precautionary Principle: Its Misunderstandings and Misuses in Relation to "GMOs"*, 2016, str. 437–439.

⁷⁵ Gre za politiko, ki temelji na previdnostnem načelu in načelih preprečevanja, odpravljanja okoljske škode pri viru ter odgovornosti povzročitelja (C. Kurrer, N. Lipcaneanu, *Okoljska politika: splošna načela in osnovni okvir*, 2020).

⁷⁶ T. Klemenčič, *Načelo previdnosti in primeri njegove uporabe v praksi*, 2010, str. 67–75.

⁷⁷ Je svetovalno telo in forum za razmislek, ki ga je leta 1998 ustanovil Unesco (United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization, 2021).

⁷⁸ T. Klemenčič, *Načelo previdnosti in primeri njegove uporabe v praksi*, 2010, str. 67–75.

Previdnostno načelo je na področju ravnanja z GSO eno glavnih načel, ki je podrobno opredeljeno v 191. členu PDEU. Nanaša se na pristop k obvladovanju tveganja v smislu, da se politika oz. ukrep ne bi smel izvajati, če obstaja možnost, da bi lahko povzročil škodo javnosti ali okolju, in če o zadevnem vprašanju še ni nobenega znanstvenega soglasja. Na previdnostno načelo se je mogoče sklicevati samo v primeru možnega tveganja, nikoli pa ne more upravičevati samovoljnih odločitev.⁷⁹

Previdnostno načelo predstavlja zakonsko načelo, ki se lahko razlaga na različne načine. Za previdnostno načelo je bistvenega pomena obveznost ukrepanja za zmanjšanje škode za okolje in zdravje ljudi ter moralna obveznost ukrepanja, tudi če znanstveni dokazi niso dokončni. Te obveznosti so oblikovane na različne načine – močne »obvezne« različice in šibke »neobvezne« različice. Oblika previdnostnega načela se meri v močnih oz. šibkih ukrepih. Razlika med šibkim in močnim previdnostnim ukrepom je predvsem na večjem poudarku na izogibanju tveganja, zagotavljanju varnosti in obveznosti sprejetja varnostnih ukrepov. Razlike se odražajo tudi v predhodni oceni tveganja, kaj sproži uporabo previdnostnega načela in v obsegu ukrepov.⁸⁰

Kot je bilo že omenjeno, je komercialno uvajanje GSO med znanstveniki in drugimi zainteresiranimi stranmi razkrilo številne poglede na perspektive genskega inženiringa ter na to, kako je treba urediti področje uporabe GSO. Na to je zelo pomembno vplivalo ravno previdnostno načelo. *Myhr*⁸¹ navaja, da na področje uporabe GSO vpliva prav način, kako se spoprijeti s pomanjkanjem znanstvenega razumevanja in znanstvenega nesoglasja. Še več, meni, da na odločanje o uporabi GSO vpliva stopnja previdnosti kot pravni standard in kot pristop k uporabi znanosti v procesih odločanja. Poudarja še, da je treba razmisliti o ravni znanstvenih dokazov, potrebnih za uporabo previdnostnega načela, in o tem, kdo bi moral nositi dokazno breme, kadar obstajajo negotovosti. Poleg tega zavedanje širših znanstvenih negotovosti, ugotovljenih pri oceni tveganja za GSO, *Myhr* poudarja, da je treba razviti tudi previdnostni pristop, tako za priznavanje negotovosti kot za prepoznavanje znanstvenih odzivov. Ker je previdnost pomembno vprašanje v

⁷⁹ European Commission, 2019.

⁸⁰ W. Jansen van Rijssen, E. J. Morris, J. N. Eloff, *The Precautionary Principle: Making Managerial Decisions on GMOs is Difficult*, 2015.

⁸¹ A. J. Myhr, *A Precautionary Approach to Genetically Modified Organisms: Challenges and Implications for Policy and Science*, 2010, str. 501–525.

okviru trajnostnega razvoja, predlaga še, da lahko trajnost zagotovi normativni standard, ki lahko pomaga razkriti vpliv in se pogajati o pomembnosti različnih oblik negotovosti. *Myhr* dodaja, da obvladovanje negotovosti in vključitev normativnih vidikov v oceno tveganja in obvladovanje tveganj lahko pripomoreta k zagotavljanju trajnostnih in družbeno močnih inovacij GSO v sedanjosti in v prihodnosti.⁸² Na previdnostnem načelu temelji tako zakonodajni okvir EU o kemikalijah⁸³ in splošna uredba o živilski zakonodaji.⁸⁴

V luči previdnostnega načela, ki je opredeljeno že v 15. členu Deklaracije o okolju in razvoju oz. Deklaracije iz Ria,⁸⁵ je cilj Kartagenskega protokola o biološki varnosti prispevati k zagotavljanju primerne ravni varstva pri varnem prenosu in uporabi živih spremenjenih organizmov, ki so nastali s sodobno biotehnologijo in bi lahko škodljivo vplivali na ohranjanje in trajnostno uporabo biološke raznovrstnosti, ter pri ravnanju s takimi organizmi, pri čemer je treba upoštevati tudi tveganje za zdravje ljudi in se še zlasti osredotočiti na čezmejno gibanje (1. člen Kartagenskega protokola o biološki varnosti o biološki varnosti).

Leta 2001 je bila sprejeta tudi Direktiva 2001/42/ES Evropskega parlamenta in Sveta z dne 27. junija 2001 o presoji vplivov nekaterih načrtov in programov na okolje⁸⁶ (Direktiva 2001/42) o presoji vplivov nekaterih načrtov in programov na okolje. Uporaba načela previdnosti pa je najbolj podrobno opredeljena v tretjem odstavku 6. člena Direktive 92/43 o ohranjanju naravnih habitatov in prosto živečih živalskih in rastlinskih vrst⁸⁷ (Direktiva 92/43). V primeru dvoma o neobstoju škodljivih posledic je treba predpostaviti, da le-te obstajajo, pri čemer mora prevladati interes ohranjanja varstvenih ciljev. Direktiva 92/43 tako načelu

⁸² Prav tam.

⁸³ Gl. Uredbo (ES) št. 1907/2006 Evropskega Parlamenta in Sveta z dne 18. decembra 2006 o registraciji, evalvaciji, avtorizaciji in omejevanju kemikalij (REACH), o ustanovitvi Evropske agencije za kemikalije ter spremembi Direktive 1999/45/ES ter razveljavitvi Uredbe Sveta (EGS) št. 793/93 in Uredbe Komisije (ES) št. 1488/94 ter Direktive Sveta 76/769/EGS in direktiv Komisije 91/155/EGS, 93/67/EGS, 93/105/ES in 2000/21/ES (UL L 396, 30. 12. 2006).

⁸⁴ Gl. Uredbo (ES) št. 178/2002 Evropskega parlamenta in Sveta z dne 28. januarja 2002 o določitvi splošnih načel in zahtevah živilske zakonodaje, ustanovitvi Evropske agencije za varnost hrane in postopkih, ki zadevajo varnost hrane (UL L 31, 1. 2. 2002).

⁸⁵ Gre za deklaracijo, ki je bila sprejeta na konferenci Združenih narodov leta 1992 v Rio.

⁸⁶ UL L 197, 21. 7. 2001.

⁸⁷ UL L 206, 22. 7. 1997.

previdnosti utira trdno pot, saj ga jasno opredeljuje in se mu ni mogoče izogniti, kar potrjujejo tudi sodbe Sodišča EU.^{88, 89}

Načelo povzročitelj plača je načelo, ki ga splošno opredeljuje Direktiva 2004/35/ES Evropskega parlamenta in Sveta z dne 21. aprila 2004 o okoljski odgovornosti v zvezi s preprečevanjem in sanacijo okoljske škode⁹⁰ (Direktiva 2004/35). To načelo določa, da bi moral biti izvajalec, ki je povzročil okoljsko škodo ali neposredno nevarnost škode, finančno odgovoren zanjo. S tem bi izvajalce spodbujali k sprejetju ukrepov in razvijanju načinov ravnanja, ki bi čim bolj zmanjšali nevarnost okoljske škode. Manjša pa bi bila tudi izpostavljenost izvajalcev finančni odgovornosti. Izvajalec, ki je povzročil okoljsko škodo ali neposredno nevarnost take škode, mora načelno kriti stroške potrebnih preventivnih ali sanacijskih ukrepov. Če pristojni organ sam ali prek tretje stranke ukrepa namesto izvajalca, zagotovi, da stroške, ki jih ima, povrne izvajalec.⁹¹ Še več, povzročitelj krije stroške, ki nastanejo pri ukrepih, potrebnih za zagotavljanje varnega ravnanja z GSO, ter druge stroške, npr. tiste, ki nastanejo pri ukrepih, potrebnih za zmanjšanje ali odpravo posledic škodljivih vplivov ravnanja z GSO. Povzročitelj je lahko pravna ali fizična oseba, ki izvaja delo z GSO v zaprtem sistemu, namerno sprošča GSO v okolje ali daje izdelke na trg (osmi odstavek 3. člena ZRGSO).

Načelo povzročitelj plača je uvedla Organizacija za gospodarsko sodelovanje in razvoj (ang. Organisation for Economic Co-operation and Development – OECD) že leta 1972 kot priporočilo k načelom mednarodne okoljske politike. Načelo

⁸⁸ Načelo previdnosti je še posebej izpostavljeno v zadevi C-127/02, Landelijke Vereniging tot Behoud van de Waddenzee in Nederlandse Vereniging tot Bescherming van Vogels proti Staatssecretaris van Landbouw, Natuurbeheer en Visserij, ECLI:EU:C:2004:482, v kateri je Sodišče EU obravnavalo spor nizozemskega nacionalnega združenja za ohranjanje Waddenovega morja in nizozemskega združenja za varstvo ptic proti državnemu sekretariatu za kmetijstvo, naravno dediščino in ribištvo. Slednje je namreč zadrugi za proizvodnjo školjk srčank na Nizozemskem izdalo dovoljenje za strojno nabiranje školjk srčank na posebnem območju varstva Waddenovega morja, ki ima v smislu Direktive 92/43 status območja Natura 2000. Sodišče EU je med drugim ugotovilo, da gre pri strojnem nabiranju školjk srčank za dejavnost, ki jo je treba, kljub temu da se periodično ponavlja in je za vsako periodo treba pridobiti novo dovoljenje, vsakič šteti kot načrt ali projekt iz tretjega odstavka 6. člena Direktive 92/43, torej načrt, ki bi lahko sam ali v povezavi z drugimi plani pomembno vplival na varstvene cilje varovanega območja in je zanj treba izvesti ustrezno presojo. Taka presoja vplivov na območje, na katero se nanaša načrt ali projekt pomeni, da je treba pred odobritvijo načrta ali projekta upoštevati najboljša znanstvena dognanja na tem področju. Dovoljenje tako lahko pristojni organ izda šele takrat, ko je z gotovostjo potrjeno, da projekt ne bo škodljivo vplival na varstvene cilje območja. Ta ugotovitev tako povzema načelo previdnosti, ki veleva, če z znanstvenega stališča obstaja razumen dvom glede neobstoja škodljivih učinkov nekega načrta ali projekta na varstvene cilje območja, pristojni organ ne sme izdati dovoljenja za njegovo izvedbo. Manj strogo merilo za dovoljenje ne bi moglo zagotoviti uresničitve ciljev varstva območij (T. Klemenčič, Načelo previdnosti in primeri njegove uporabe v praksi, 2010, str. 67–75).

⁸⁹ T. Klemenčič, Načelo previdnosti in primeri njegove uporabe v praksi, 2010, str. 67–75.

⁹⁰ UL L 143, 30. 4. 2004.

⁹¹ Direktiva 2004/35, tč. 2 in 18.

onesnaževalec plača je bilo sprva načelo, ki navaja, da je onesnaževalec odgovoren za stroške preprečevanja in nadzora onesnaževanja. Glavni cilj tega načela je bil tako ekonomski, tj. določiti stroške onesnaževanja, ki se kažejo skozi tržno ceno izdelkov. Kasneje se je načelo razširilo na višjo raven, saj je zajemalo tudi plačila odgovornosti in vključevalo posebne možnosti obdavčitve.⁹²

Eden prvih primerov, ki ga je obravnavalo Sodišče EU v zvezi s tem načelom, je bil primer *Standley*.⁹³ Gre za primer, iz katerega izhaja, da je breme zmanjšanja koncentracije nitratov na določenih območjih izključno na kmetu, saj je kršil načelo onesnaževalec plača. Sodišče EU se je tako postavilo na stališče, da je potrebno za razrešitev problema delitve odgovornosti med več viri onesnaževalcev upoštevati dve osnovni pravili: (1) onesnaževalci so odgovorni samo za onesnaževanje, ki ga povzročajo, in (2) onesnaževalci niso dolžni plačati za odpravljanje in preprečevanje onesnaževanja, h kateremu ne prispevajo.

Tudi iz Poročila Komisije⁹⁴ (drugi odstavek 191. člena PDEU jasno sledi, da okoljska politika EU temelji na načelu, da mora onesnaževalec plačati nastalo škodo. Gospodarske dejavnosti pogosto povzročajo emisije v zraku, tleh ali vodi in škodljivo vplivajo na rastlinstvo in živalstvo ali zdravje ljudi (t. i. »zunani učinki« gospodarske dejavnosti). Na makroekonomski ravni se zastavlja vprašanje, ali mora javnost ali določena oseba ali skupina oseb nositi stroške preprečevanja in odprave stroškov take okoljske škode. Če se stroške nastale škode onesnaževanja pripiše odgovorni osebi, se šteje, da so »zunani učinki« ponotranjeni. Če pa stroške nosi javnost, se uvede sistem »skupnost plača«.

Sledi načelo obveznega subsidiarnega ukrepanja. Kadar povzročitelj škode, ki nastane pri ravnanju z GSO, ni določljiv ali pa posledic ni mogoče drugače zmanjšati ali odpraviti, je naloga države,⁹⁵ da zagotovi ukrepe za zmanjšanje ali odpravo

⁹² P. E. Lindhout, B. van den Broek, *The Polluter Pays Principle: Guidelines for Cost Recovery and Burden Sharing in the Case Law of the European Court of Justice*, 2014, str. 46–59.

⁹³ Zadeva C-293/97, *Queen* proti državnemu sekretarju za okolje na Ministrstvu za kmetijstvo, ribištvo in prehrano, ex parte H. A. Standley in drugim in D.G.D. Metson in drugim, ECLI: ECLI:EU:C:1999:215.

⁹⁴ Evropska Komisija, 2016, Izkušnje držav članic z Direktivo 2009/41/ES Evropskega parlamenta in Sveta z dne 6. maja 2009 o uporabi gensko spremenjenih mikroorganizmov v zaprtih sistemih (prenovitev) za obdobje 2009–2014.

⁹⁵ O tem tudi VSRS sodba I Up, 887/2002 z dne 23. 3. 2005, ECLI:SI:VSRS:2005:I.Up.887.2002, ki v obrazložitvi navaja, da se za imetnika odpadkov v skladu s 4. členom Pravilnika o ravnanju z odpadki šteje »povzročitelj odpadkov ali pa oseba, ki ima odpadke v posesti. Ne glede na prej navedeno, pa imetnik odpadkov, ki ni njihov povzročitelj in so ti odpadki v njegovi posesti brez njegove privolitve, ni dolžan zagotoviti njihove predelave ali odstranitve (drugi odstavek 18. člena Pravilnika o ravnanju z odpadki). V teh primerih velja načelo obveznega subsidiarnega ukrepanja v skladu z 12. členom ZVO, ki določa, da mora republika oz. lokalna skupnost odpraviti

posledic škodljivih vplivov. Povedano drugače, država plača nastale stroške namesto povzročitelja. Če se kasneje izkaže, kdo je bil povzročitelj, ima država pravico in dolžnost izterjati od povzročitelja vračilo stroškov zmanjšanja ali odprave posledic (deveti odstavek 3. člena ZRGSO).

Pomembno načelo je tudi načelo javnosti. S tem načelom se javnosti podeljuje pravica, da je obveščena o ravnanju z GSO in vključena v postopke dovoljevanja za vsak posamezni primer posebej. Pri tem velja poudariti, da gre za tiste podatke o GSO, ki so za javnost zakonsko tudi dostopni (deseti odstavek 3. člena ZRGSO).

8 *De lege ferenda* ureditev sankcij za kršitve načel na področju uporabe GSO

Pričakovano je, da se bodo sankcije za kršitve načel, ki se obravnavajo pri ravnanju z GSO v prihodnje spremenile do te mere, da se bodo izrekale pogosteje in v primeru ugotovljene kršitve le-to tudi odpravile. Namen odprave kršitev ni le preprečitev nastanka morebitnih posledic, je tudi varovalo za nastanek novih potencialno nevarnih ukrepov, ki lahko nastanejo z nereguliranim ravnanjem z GSO ali pa s slabo reguliranim ravnanjem z GSO.

Prav tako je pri tem treba poudariti, da *de lege ferenda* sankcije za kršenje načel, ki so povezane z ravnanjem z GSO, ne smejo nesorazmerno vplivati na razvoj novodobnih biotehnologij, ki omogočajo njihov znanstveni razvoj. Biotehnologija namreč spreminja in omogoča napredek na področju medicine, veterine⁹⁶ in farmacije ter tudi na področju kmetijstva in industrije⁹⁷ ter varstva okolja. Ravno na

posledice obremenjevanja okolja in kriti stroške odprave posledic, ki jih ni mogoče pripisati določenim ali določljivim povzročiteljem, ali so ti sporni, ali kadar posledic ni mogoče drugače odpraviti (načelo obveznega subsidiarnega ukrepanja).«

⁹⁶ Kot navajajo *Mohammed* in drugi je biotehnologija v veterinarski medicini zelo prisotna pri postavljanju diagnoz in zdravljenju, predvsem v Afriki. Tovrstna biotehnologija zajema kloniranje molekularnih genov, izdelavo cepiv, pridobljenih iz rekombinantne biotehnologije, uporabo verižne reakcije s polimerazo, uporabo verižne reakcije s polimerazo v realnem času (RT-PCR) in bioinformatiko za diagnozo nalezljivih parazitske bolezni, gensko terapijo, diagnozo bolezni itd. Avtorji še dodajajo, da čeprav je tovrstna uporaba biotehnologije v veterinarski medicini neizogibna, v prehranski industriji biotehnologija povzroča številne pomisleke in dvome o uporabi. Predvsem etični pomisleki vključujejo teorijo treh R (angl. theory of the Three Rs). Gre za toerijo, ki temelji na: zmanjšanju populacije živali (ang. reduction of animal population), spremembi zakonodaje in upravljanju kmetij (ang. refinement of enactments and farm managements to curtail affliction and despair), zamenjavi živali z nadomestki živali, kadar je to potrebno (ang. replacement of animals with non-animal surrogate wherever necessary) (R. B. Mohammed, S. K. Malang, S. Mailafia et al., Application of Biotechnology towards Diagnosis and Treatment in Veterinary Medicine in Africa: Potentials and Future Developments, 2016, str. 245).

⁹⁷ *Singh* in drugi menijo, da je biotehnologija v industriji vse bolj zaželen, saj omogoča večjo konkurenčnost izdelkov. V industriji se tako uporabljajo številne nove kulture tkiv in mikro razmnoževanje, selekcija ali molekularna vzreja s pomočjo markerjev, gensko spremenjeni pridelki in genski inženiring, molekularno diagnostične tehnologije

slednjem področju se spremembe GSO neposredno izražajo, saj je potrebno nenehno spremljati posledice širjenja GSO. Nenazadnje je biotehnologija interdisciplinarna veda, ki ponuja nove možnosti za doseg ravnovesja med raziskovanjem, razvojem, proizvodnjo ter trajnostnim razvojem okolja.⁹⁸

Kršitve načel na področju ravnanja z GSO so zelo občutljiva tema, predvsem zaradi različnih pristopov merjenja negativnih vplivov. Negativni vplivi GSO na ljudi in okolje morajo namreč biti dokazljivi in preverljivi s strani neodvisnega instituta oz. organizacije. Ker so načela med seboj povezana in soodvisna, je kršenje posameznega načela pogosto težko opredeliti. Posledica ugotovljene kršitve načel ravnanja z GSO so največkrat opozorila ali sankcija, ki ima za posledico odpravo stanja ali vzpostavitev stanja v prvotno stanje.

Na splošno velja, da so pravne posledice odstopa od minimalnih standardov kvalitete v zvezi z zagotavljanjem ustreznega zdravstvenega varstva tiste, ki nastajajo, in tiste, ki nastajajo, a se v znanosti ne morejo izraziti z gotovostjo, temveč s stopnjo verjetnosti. V raziskavi sem analizirala pravne posledice, ki nastajajo ali bi lahko nastale ob uporabi GSO v vsakdanjem življenju. Glede na njihov vpliv na zdravje ljudi in varstvo okolja se pravne posledice razvrščajo na pozitivne in negativne ter na neposredne in posredne pravne posledice.

Vpliv pravnih posledic uporabe GSO na zdravje ljudi in varno okolje je tako mogoče regulirati s pomočjo nacionalne in mednarodne zakonodaje. Hkrati pa je treba poskrbeti tudi za ustrezna izobraževanja in vsesplošno transparentno delovanje in ozaveščanje ljudi (npr. objektivno poročanje o uporabi GSO v časopisju, medijih, na internetu, v strokovnih in znanstvenih člankih, predvsem pa v izobraževalnih ustanovah).

Posledice uporabe ali neuporabe GSO delimo na neposredne in posredne. Neposredne posledice uporabe GSO so: obstoj nekaterih alergij in drugih kroničnih obolenj. Posledice uporabe GSO, ki posredno vplivajo na pravico do zdravstvenega varstva, so: povečanje količine pridelane hrane, pridobljene iz GSO. Neposredne

in konvencionalna vzreja rastlin. Povečanje povpraševanja po novih rejskih tehnikah naj bi spodbudilo rast trga. To dopolnjuje povečan prodor biotehnoloških orodij za ustvarjanje ali spreminjanje lastnosti organizmov, vključno z rastlinami, živalmi in mikrobi, glede na barvo, donos ali velikost (P. R. Singh, K. P. Singh, R. Gupta et al., *Biotechnological Tools to Enhance Sustainable Production*, 2018, str. 19–66).

⁹⁸ Ministrstvo za okolje in prostor, Ministrstvo za kmetijstvo, gozdarstvo in prehrano, Ministrstvo za zdravje, 2020, Slovenski portal biološke varnosti.

posledice neuporabe GSO so: omogočanje brezskrbnega ekološkega kmetovanja, ohranjanje biotske raznovrstnosti kot pomemben vpliv na zdravje ljudi in na okolje ter ohranjanje avtohtonih rastlinskih vrst. Posledice, ki posredno vplivajo na neuporabo GSO, pa so: večja uporaba pesticidov, ki slabo vpliva na okolje, s tem pa tudi na človekov biotop, GSR pa lahko vsebujejo tudi strupene snovi (npr. težke kovine), kar posredno škoduje zdravju ljudi in okolju. Področje nadzora nad že sprejetimi odobrenimi GSO je tako nujno potrebno, saj se le na tak način lahko sledi spremljanju celotnega cikla delovanja GSO na zdravje ljudi in varstvo okolja, z njim pa tudi na nastanek pravnih posledic, ki so lahko kratkotrajne ali dolgotrajne narave.

Širše gledano, za kršitve, ki so vezane na posamezno načelo, nanašajo pa se na določeno dejanje, ki ni v skladu s predpisanim, se dejanje sankcionira tudi kot prekršek, zato je povzročitelju izdana globa, ki je z zakonom v naprej predpisana. Po ZRGSO je povzročitelj lahko pravna oseba ali pa fizična oseba (tudi samostojni podjetnik posameznik). Glede na povzročiteljevo velikost se tako izreče tudi denarna kazen za prekršek⁹⁹ (56. člen in 56.a člen ZRGSO).

9 Zaključek

Kot izhaja iz Poročila o etiki urejanja genoma Komisije EU, urejanje genoma predstavlja spremembo genoma s tarčnim dodajanjem, zamenjavo ali odstranjevanjem enega ali več parov baz DNA v genomu, ne glede na to, ali se spremembe pojavijo v določenem genu ali kje druge v genomu.¹⁰⁰ Urejanje genoma tako ne vključuje nujno transgeneze (tj. prenosa genetskih elementov iz nepovezanega ali nesporno povezanega organizma). Tehnike, uporabljene pri urejanju genoma, naj bi bile natančnejše od tistih, ki so se v preteklosti uporabljale za GSO, in vključujejo tehnologijo, kot so CRISPR/Cas9,¹⁰¹ nukleaza cinkovega

⁹⁹ Pravna oseba se kaznuje od 12.500 do 250.000 eur za prekršek, če v primeru nesreče ne ukrepa v skladu z načrtom ukrepov ali o nesreči takoj ne obvesti organa, ki je pristojen za obveščanje, ravna v nasprotju z določbami ZRGSO, delo z GSO izvaja brez potrdila o vpisu zaprtega sistema v register itd. Poleg pravne osebe je posebej lahko ogrobljena tudi odgovorna oseba pravne osebe, in sicer od 12.500 do 150.000 eur. Prav tako se za podobna dejanja s prekrškom kaznuje tudi posameznika, in sicer z globo od 2.100 do 3.800 euro.

¹⁰⁰ European Commission, 2019, Event-Specific Method for the Quantification of Oilseed Rape MS11 Using Real-Time PCR, Validation Report.

¹⁰¹ Gre za novo tehnologijo, ki premika etične meje, saj z uporabo v kmetijstvu omogoča povečanje količine pridelave hrane po vsem svetu (K. Chen, Y. Wang, R. Zhang et al., CRISPR/Cas Genome Editing and Precision Plant Breeding in Agriculture, 2019, str. 667–697; C. Li, E. Brant, H. Budak et al., CRISPR/Cas: A Nobel Prize Award-Winning Precise Genome Editing Technology for Gene Therapy and Crop Improvement, 2021, str. 259–284).

prsta¹⁰² (ang. zinc finger nuclease - ZFN), nukleaze na osnovi transkripcije¹⁰³ (ang. transcription activator-like-effector based nucleases – TALEN/ TAL) in meganukleaze.¹⁰⁴

Glede na to, da je s prisotnostjo nove tehnologije, kot je urejanje genoma, prisotno veliko etičnih vprašanja, je Evropska skupina za etiko v znanosti in novih tehnologijah (ang. European Group on Ethics in Science and New Technologies - EGE¹⁰⁵) vzpostavila vseevropsko platformo za izmenjavo informacij in za široko odprto javno razpravo o etičnih in družbenih posledicah urejanja genomov pri ljudeh na podlagi zanesljivih in z dokazi podprtih informacij. Delovanje platforme naj bi vključevalo tudi mednarodni dialog in sodelovanje zunaj Evrope, npr. z Globalnim observatoriju za urejanje genoma (ang. Global Observatory for Genome Editing¹⁰⁶), s čimer bi se pridobil globalni obseg in tako prispeval h globalnemu konsenzu.¹⁰⁷

¹⁰² Gre za sistem, ki vsebuje verige cinkovih prstnih proteinov, zlitih z bakterijsko nukleazo, ki lahko na mestu specifično dvojno pretrgajo DNA verige.

¹⁰³ Gre za široko uporaben sistem za natančno in učinkovito urejanje genov v živih celicah. Znano je, da ta tehnologija urejanja genoma deluje v številnih gostiteljskih sistemih, vključno z bakterijami, kvasovkami, rastlinami, žuželkami in sesalci (Thermo Fisher Scientific, 2021, Designer TALEN Technology Information).

¹⁰⁴ Meganukleaze so endodeoksiribonukleaze, za katere je značilno veliko mesto prepoznavanja (npr. dvoveržna zaporedja DNA od 12 do 40 baznih parov, npr. zaporedje 18-baznih parov, ki ga prepozna meganukleaza I-SceI, bi v povprečju zahtevalo dvajsetkratno velikost človeškega genoma, ki bi ga našli po naključju enkrat). Meganukleaze tako veljajo za najbolj specifične naravne restriksijske encime. Med meganukleazami je družina LAGLIDADG (gre za družino meganukleaze, ki se nahaja v mitohondrijih in kloroplastih evkariontskih enoceličnih organizmov) v zadnjih petnajstih letih postala dragoceno orodje za preučevanje genomov in genskega inženirstva. Povedano drugače, meganukleaze so molekularne škarje DNA, ki jih lahko uporabimo za nadomeščanje, odstranjevanje ali spreminjanje zaporedij na zelo ciljno usmerjen način. S spreminjanjem njihovega zaporedja s pomočjo beljakovinskega inženiringa se lahko ciljno zaporedje spreminja. Meganukleaze se uporabljajo za spreminjanje vseh vrst genoma, bodisi bakterijskih, rastlinskih ali živalskih. S tem pa odpira veliko možnost za inovacije, zlasti na področju človekovega zdravja, npr. odstranjevanje virusnega genskega materiala ali »popravlilo« poškodovanih genov z gensko terapijo (V. V. Bartsevich, J. Morris, G. Tomberlin et al., Meganucleases as an Efficient Tool for Genome Editing, 2016, str. 7–9).

¹⁰⁵ Gre za neodvisen, multidisciplinaren organ, ki ga imenuje predsednik Komisije EU. Glavna naloga tega organa je svetovanje glede politik, kjer se vprašanja etičnih, družbenih in temeljnih pravic križajo z razvojem znanosti in novih tehnologij. EGE je bilo ustanovljeno leta 1991. Trenutno se poleg mobilizacije na COVID-19 ukvarja tudi s temami, kot so urejanje genomov, umetne inteligence in prihodnosti dela. EGE je tako zadolžen za vključevanje etike na mednarodni ravni in na medinstitucionalni ravni z Evropskim parlamentom in Svetom EU. Člani EGE so strokovnjaki iz različnih znanosti, kot so pravo, naravoslovje in drugih družbenih ved, filozofije in etike, kar zagotavlja neodvisen, interdisciplinaren pogled na etična vprašanja, ki jih postavljajo znanstvene in tehnološke inovacije (Sklep Komisije (EU) 2021/156 z dne 9. februarja 2021 o obnovitvi mandata Evropske skupine za etiko v znanosti in novih tehnologijah, UL L 46, 10. 2. 2021).

¹⁰⁶ Gre za neodvisno raziskovalno telo, ki odgovarja na številna vprašanja povezana z uporabo nove biotehnologije. Globalni observatorij za urejanje genoma za spodbujanje mednarodnega, interdisciplinarnega in medsektorskega dialoga temelji na širokem razponu človeškega znanja in izkušenj. Še več, observatorij vključuje skupnosti, ki sicer niso bile sposobne razmišljati o pogledih drugih na vprašanja, ki zadevajo celotno človeštvo (Global Observatory for Genome Editing, 2021).

¹⁰⁷ European Commission, 2019, Event-Specific Method for the Quantification of Oilseed Rape MS11Using Real-Time PCR, Validation Report.

Na splošno velja, da etika v znanosti temelji na dveh vrstah trditve, in sicer na empiričnih ali dejanskih trditvah in na normativnih ali vrednostnih trditvah. Empirične trditve temeljijo na tem, kako deluje svet v idealnem primeru. Trditve temeljijo na najboljših razpoložljivih znanstvenih opažanjih, načelih in teorijah. Druga vrsta trditve pa so normativne trditve, ki temeljijo na tem, kakšen bi svet moral biti. Trditve torej temeljijo na najboljših razpoložljivih moralnih sodbah, načelih in teoriji. Kot izpostavlja že *Comstock*, je za etiko na področju uporabe GSO zanimivo pravno vprašanje. Ali je etično upravičeno pridelovati gensko spremenjene pridelke in živila? Ali lahko zakon dovoli gojenje in trženje gensko spremenjenih pridelkov in živil? *Comstock* pojasnjuje, da je tovrstno vprašanje v prvi vrsti odvisno od vsakega posameznika, torej od njegove izbire, pri čemer se posameznik naslanja na občutke, intuicijo, vest in razum ter tudi na razumevanje glede mnenja znanstvenikov. Znanstveniki namreč svoje uspehe razvrščajo v dve skupini vrednot, in sicer med: epistemološke in epistemologične vrednote. Epistemološke vrednote so tiste, po katerih znanstveniki določajo, katere trditve o znanju so boljše od drugih. Vrednote vključujejo jasnost, objektivnost, sposobnost pojasniti vrsto opazovanj in sposobnost natančnega ustvarjanja napovedi. Trditve, ki so neskladne, se zavrnejo v prid trditvam, ki so skladne in se ujemajo z uveljavljenimi teorijami. Epistemologične vrednote v znanosti pa so tiste, ki vključujejo tudi sposobnost ustvarjanja koristnega, novih hipotez, sposobnost razlaganja opazovanj z najmanj dodatnimi predpostavkami. V te vrednote so vključene tudi poštenost in odgovornost, ki znanstvenikom omogočajo, da zaupajo trditvam o znanju.¹⁰⁸

Možnosti, ki jih na področju urejanja genoma danes ponuja nova tehnologija, je izredno veliko. Kljub znanstvenim opredelitvam pa je za uporabo le-teh vendarle treba prisluhniti odločitvi posameznika, ali bo to uporabljal ali ne, saj dolgoročnih učinkov novih tehnologij ni mogoče (povsem) opredeliti. Zato je pri uporabi novih tehnologij, omenjenih v tem članku, prav področje etike tisto področje, ki pri posamezniku predstavlja tehtanje med znanstvenimi ugotovitvami uporabe novih tehnologij in odločitvijo, ali so za posameznika nove tehnologije varne za uporabo in kot take smiselne.

¹⁰⁸ G. Comstock, 2010, Ethics and Genetically Modified Foods.

Literatura

- Academy of Nutrition and Dietetics, 2016, Code of Ethics for the Profession, dostopno na: https://www.eatrightpro.org/~/_media/eatrightpro%20files/career/code%20of%20ethics/codeofethicsdieteticsresources.ashx (27. 10. 2023).
- Anderluh Gregor, Petdeset let dvojne vijačnice, 2004, dostopno na: <https://kvarkadabra.net/2004/01/petdeset-let-dnk/> (27. 10. 2023).
- Bartsevich Victor V., Morris John, Tomberlin Ginger, Turner Caitlin, Sharer Wendy, Nicholson Michael G., Smith Jeff, Kollu Nag, James Rachel, Armstrong Robin, Hirsch Mathew, Jantz Derek, Meganucleases as an Efficient Tool for Genome Editing, *Molecular Therapy*, Let. 24 (2016), št. 1.
- Bakshi Anita, Potential Adverse Health Effects of Genetically Modified Crops, *Journal of Toxicology and Environmental Health, Part B*, Let. 6 (2003), str. 211–225, dostopno na: <https://www.tandfonline.com/doi/abs/10.1080/10937400306469> (27. 10. 2023).
- Bešter Saša, Intervju: Slovenski pravni filozof in izredni profesor dr. Andraž Teršek: »V mojih miselnih procesih ni predsodkov!«, dostopno na: <https://www.domzalske-novice.si/2020/09/02/slovenski-pravni-filozof-in-izredni-profesor-dr-andraz-tersek-v-mojih-miselnih-procesih-ni-predsodkov> (27. 10. 2023).
- Buckingham, Donald E., Feeling the Squeeze, National Food Labelling Legislation in a WTO World: Case Studies from France, Canada and Ghana, doktorsko delo. University of Ottawa, Ottawa 2005, dostopno na: <https://ruor.uottawa.ca/handle/10393/29202> (27. 10. 2023).
- Chen Kunling, Wang Yanpeng, Zhang Rui, Zhang Huawei, Gao Caixia, CRISPR/Cas Genome Editing and Precision Plant Breeding in Agriculture, *Annual Review Plant Biology*, Let. 70 (2019), str. 667–697.
- Christoph Mary J., Larson Nicole, Laska Melissa N., Neumark-Sztainer Dianne, Nutrition Facts Panels: Who Uses Them, What Do They Use, and How Does Use Relate to Dietary Intake?, *Journal of the Academy of Nutrition and Dietetics*, Let. 118 (2018), št. 2, str. 217–228.
- Comstock Gary, *Ethics and Genetically Modified Foods*, v: *Food Ethics*, F. T. Gottwald, H. Ingensiep, M. Meinhardt (ur.), Springer, New York 2010.
- Davison John, Bertheau Yves, EU Regulations on the Traceability and Detection of GMOs: Difficulties in Interpretation, Implementation and Compliance, *CABI Reviews: Perspectives in Agriculture, Veterinary Science, Nutrition and Natural Resources*, Let. 2 (2010), dostopno na: https://www.researchgate.net/publication/228628711_EU_Regulations_on_the_Traceability_and_Detection_of_GMOs_Difficulties_in_Implementation_and_Compliance (27. 10. 2023).
- Dibden Jacqui, Gibbs David, Cocklin Chris, Framing GM Crops as a Food Security Solution, *Journal of Rural Studies*, Let. 29 (2011), str. 59–70, dostopno na: https://www.researchgate.net/publication/235696549_Framing_GM_crops_as_a_food_security_solution (27. 10. 2023).
- Dizon, Francis, Costa Sarah, Rock Cheryl, Harris Amanda, Husk Cierra, Mei Jenny, Genetically Modified (GM) Foods and Ethical Eating, *Journal of Food Science*, Let. 81 (2016), št. 2, str. 287–291, dostopno na: <https://pubmed.ncbi.nlm.nih.gov/26709962/> (27. 10. 2023).
- Eriksson Dennis, Custers René, Edvardsson Björnberg Karin, Ove Hansson Sven, Purnhagen Kai, Qaim Martin, Romeis Jörg, Schiemann Joachim, Schleissing Stephan, Tosun Jale, Visser Richard G. F., Options to Reform the European Union Legislation on GMOs: Risk Governance, *Trends in Biotechnology*, Let. 38(2020), št. 4, str. 349–351.
- European Commission, 2010, A Decade of EU-Funded GMO Research 2001–2010, dostopno na: https://mediamaster.kws.com/02_Innovation/12_Gentechnik/KWS_a_decade_of_EU_funded_GMO_research.pdf (12. 8. 2021).
- European Commission, 2019, Event-Specific Method for the Quantification of Oilseed Rape MS11 Using Real-Time PCR, Validation Report, dostopno na: <https://gmo-crl.jrc.ec.europa.eu/summaries/EURL-VL-03-16-VR.pdf> (9. 4. 2021).

- Evropska Komisija, 2010, Prosti pretok blaga, Vodnik za uporabo določb - Pogodbe, ki urejajo prosti pretok blaga, Urad za publikacije Evropske unije, dostopno na: <https://op.europa.eu/sl/publication-detail/-/publication/a5396a42-cbc8-4cd9-8b12-b769140091cd> (12. 8. 2021).
- Evropska Komisija, 2016, Delovni dokument Komisije Izkušnje držav članic z Direktivo 2009/41/ES Evropskega parlamenta in Sveta z dne 6. maja 2009 o uporabi gensko spremenjenih mikroorganizmov v zaprtih sistemih (prenovitev) za obdobje 2009–2014, dostopno na: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/SL/TXT/?uri=CELEX%3A52016DC0808> (12. 8. 2021).
- Fitzgerald-Hayes Molly, Reichsman Frieda, DNA and Biotechnology, Elsevier Science, San Diego 2009, dostopno na: <https://www.scribd.com/book/282473394/DNA-and-Biotechnology> (12. 8. 2021).
- Fridovich-Keil Judith L., Diaz Julia M., Genetically modified organism, Encyclopaedia Britannica, 2020, dostopno na: <https://www.britannica.com/science/genetically-modified-organism> (9. 4. 2021).
- Global Observatory for Genome Editing, 2021, About: Over Mission, dostopno na: <https://global-observatory.org/> (12. 8. 2021).
- Haldemann Frank, Gustav Radbruch vs. Hans Kelsen: A Debate on Nazi Law, Ratio Jurisprudence, Let. 18 (2005), št. 2, str. 162–178.
- Hojnik Janja, Pravice evropskih bolnikov na področju čezmejnega zdravstvenega varstva v EU: na poti k enotnemu zdravstvenemu območju, Zdravstveni vestnik, Let. 81 (2012), št. 12, str. 902–912.
- Institute for Safe Medication Practices, 2019, Slovar fitosanitarnih izrazov, dostopno na: https://www.ippc.int/static/media/files/eventreporting/2019/07/04/_sloFAOslovar-ISP-5-26jun2019.pdf (12. 8. 2021).
- Ivanc Blaž, Komentar k Ustavi Republike Slovenije, Človekove pravice in temeljne svoboščine / 17. člen, Opredelitev in razmerja do drugih ustavnih določb, 2011, dostopno na: <https://e-kurs.si/komentar/opredelitev-in-razmerje-do-drugih-ustavnih-dolocb-65> (12. 8. 2021).
- Jansen van Rijssen Wilna, Morris E. Jane, Eloff Jacobus Nicolaas, The Precautionary Principle: Making Managerial Decisions on GMOs is Difficult, South African Journal Science, Let. 111 (2015), št.3-4.
- Klemenčič Tina, Načelo previdnosti in primeri njegove uporabe v praksi, Varstvo narave, Let. 23 (2010), št. 23, str. 67–75.
- Kraljić Suzana, Obvezno cepljenje v Sloveniji: razkorak med pravom in vsakdanjo prakso?, v: Hrestomatija medicinske prava, S. Kraljić, Jozo Čizmić, Univerza v Mariboru, Pravna fakulteta, Maribor 2020.
- Krimsky, Sheldon, GMOs Decoded: A Skeptic's View of Genetically Modified Foods, MIT Press, Cambridge, Massachusetts 2019.
- Kurrer Christian, Lipcaneanu Nicoleta, Okoljska politika: splošna načela in osnovni okvir, Evropski parlament, 2020, dostopno na: <https://www.europarl.europa.eu/factsheets/sl/sheet/71/politika-zastite-okolisa-opca-nacela-i-osnovni-okvir> (9. 4. 2021).
- Li Chao, Brant Eleanor, Budak Hikmet, Zhang Baohong, CRISPR/Cas: A Nobel Prize Award-Winning Precise Genome Editing Technology for Gene Therapy and Crop Improvement, Journal of Zhejiang University, Science B, Let. 22 (2021), št. 4, str. 253–284.
- Lindhout Petra E., Van den Broek Berthy, The Polluter Pays Principle: Guidelines for Cost Recovery and Burden Sharing in the Case Law of the European Court of Justice, Utrecht Law Review, Let. 10 (2014), št. 2, str. 46–59.
- Lobnikar Branko Upravljanje tveganj za preprečevanje korupcije v zdravstvu, v: Korupcijska tveganja v zdravstvu (24. strokovno srečanje ekonomistov in poslovnih delavcev v zdravstvu), 2017, str. 23.
- Ministrstvo za kmetijstvo, gozdarstvo in prehrano, 2020, Gensko spremenjena hrana in krma, dostopno na: <https://www.gov.si teme/gensko-spremenjeni-organizmi> (12. 8. 2021).

- Ministrstvo za okolje in prostor, Ministrstvo za kmetijstvo, gozdarstvo in prehrano, Ministrstvo za zdravje, 2020, Slovenski portal biološke varnosti, dostopno na: <http://www.biotechnology-gmo.gov.si/> (12. 8. 2021).
- Mohammed Balarabe Rabiou, Malang Kawe Simon, Mailafia Samuel, Agbede Rowland I. S., Application of Biotechnology Towards Diagnosis and Treatment in Veterinary Medicine in Africa: Potentials and Future Developments, *Journal of Biotechnology and Biomaterials*, Let. 6 (2016), št. 3, str. 245.
- Myhr Anne Ingeborg, A Precautionary Approach to Genetically Modified Organisms: Challenges and Implications for Policy and Science, *Journal of Agricultural Environmental Ethics*, Let. 23 (2010), št. 6, str. 501–525.
- Nacionalni inštitut za biologijo, 2020, Vpeljava novih metod za določanje količine GSO v živilih, dostopno na: <https://www.nib.si/aktualno/novice/1293-znanstveni-dosezek-vpeljava-novih-metod-za-dolocanje-kolicine-gso-v-zivilih> (27. 10. 2023).
- Newton Lisa H., *Doing Good and Avoiding Evil*, Fairfield University, 1998, dostopno na: <http://www.rit.edu/~w-ethics/resources/manuals/dgae1intro.html> (27. 10. 2023).
- Omladič Luka, Preveč etike?, *Revus*, (2010), št. 13, str. 7–9, dostopno na: <https://journals.openedition.org/revus/785> [27. 10. 2023].
- Portal za izobraževanje iz zdravstvene nege, 2009, Vprašanja in odgovori Mikrobiologija, dostopno na: <https://www.zdravstvena.info/vsznj/vprasanja-in-odgovori-mikrobiologija-mikrobiologija-odgovori-mikrobiologija-vprasanja-za-mikrobiologijo-rdecke-gliste-trakulja/> (12. 8. 2021).
- Post Stephen G., *Encyclopedia of bioethics* (3. izdaja), Macmillan Reference USA, New York 2004.
- Purnhagen Kai P., Schebesta Hanna, *Food Labelling for Consumers: EU Law, Regulation and Policy Options*, 2019, dostopno na: [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2019/608871/IPOL_STU\(2019\)608871_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2019/608871/IPOL_STU(2019)608871_EN.pdf) (12. 8. 2021).
- Radbruch Gustav, Paulson Bonnie, Paulson Stanley, *Statutory Lawlessness and Supra-Statutory Law* (1946), *Oxford Journal of Legal Studies*, Let. 26 (2006), št. 1, str. 1–11, dostopno na: <http://www.jstor.org/stable/3600538>
- Reich Warren T. (ur.), *Encyclopedia of Bioethics* (1. izdaja), Free Press, New York 1982.
- Rose Nikolas, *Molecular Biopolitics, Somatic Ethics and the Spirit of Biocapital*, *Social Theory & Health*, Let. 5 (2007), št. 1, str. 3–29.
- Ruch William V., Crawford Maurice L., *Business Communication*, Merrill, New York 1991.
- Sándor Judit, *Bioethics and Basic Rights: Persons, Humans, and Boundaries of Life*, *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, 2012.
- Secretariat of the Convention on Biological Diversity, *Handbook of the Convention on Biological Diversity: Including its Cartagena Protocol on Biosafety* (3. izdaja), Montreal 2005, dostopno na: <https://www.cbd.int/doc/handbook/cbd-hb-all-en.pdf> (12. 8. 2021).
- Singh Rajat Pratap, Singh Pradeep Kumar, Gupta Rasna, Singh Ram Lakhman, *Biotechnological Tools to Enhance Sustainable Production, v: Biotechnology for Sustainable Agriculture*, R. L. Singh, S. Mondal (ur.), Elsevier, Kent 2017.
- Straiton Jenny, *Genetically Modified Humans: The X-Men of Scientific Research*, *BioTechniques*, Let. 66 (2019), št. 6, str. 249–252, dostopno na: <https://www.future-science.com/doi/pdf/10.2144/btn-2019-0056> (12. 8. 2021).
- Strgar Mojca, *CRISPR/CAS sistem – genski inženiring... razlaga in podrobnosti*, *Zdravstvena.info*, 2018, dostopno na: <https://zdravstvena.info/crispcas-sistem-genski-inzeniring-razlaga-podrobnosti.html> (12. 8. 2021).
- Tagliabue Giovanni, *The Precautionary Principle: Its Misunderstandings and Misuses in Relation to “GMOs”*, *New Biotechnology*, Let. 33 (2016), št. 4, str. 437–439.
- Thermo Fisher Scientific, 2021, *Designer TALEN Technology Information*, dostopno na: <https://www.thermofisher.com/si/en/home/life-science/genome-editing/genome-editing-learning-center/designer-talen-technology-information.html> (12. 8. 2021).

- Trontelj Jože, Bioetika, raziskovanje na človeku in nevarnost zlorab, v: Genialna prihodnost - genetika, determinizem in svoboda: zbornik prispevkov, 2007, str. 190–199, dostopno na: <https://www.zrss.si/bzid/geni/pdf/trontelj-clanek.pdf> (12. 8. 2021).
- Trontelj Jože, Spoštovanje človeškega dostojanstva v biomedicinskih raziskavah, v: Etične implikacije razmerja med vero in znanostmi, 2006, str. 20–21.
- Trontelj, Jože, Živeti z etiko, Inštitut za etiko in vrednote Jože Trontelj, Ljubljana 2014.
- Vrbica Senka, Videtič Nuša, Pravna sredstva na področju varstva okolja: priročnik za nevladne organizacije in civilne iniciative, Pravno-informacijski center nevladnih organizacij – PIC, Ljubljana 2010.
- Zhang Feng, Xiong Guo, Wen Yan, CRISPR/Cas9 for Genome Editing: Progress, Implications and Challenges, *Human Molecular Genetics, Let. 23* (2014), št. R1, str. 40–46, dostopno na: <https://doi.org/10.1093/hmg/ddu125> (12. 8. 2021).
- Zetterberg Charlotta, Edvardsson Björnberg Karin, Time for a New EU Regulatory Framework for GM Crops?, *Journal of Agricultural and Environmental Ethics, Let. 30* (2017), str. 325–347.
- Žnidaršič Skubic, Viktorija, Civilno medicinsko pravo: izbrane teme, Uradni list Republike Slovenije, Ljubljana 2018.

SUMMARY

As a general rule, genetically modified organisms are divided into micro-organisms (i.e. bacteria, fungi, viruses), plants and animals. Unlike in nature, where changes in genetic material or deoxyribonucleic acid - DNA occur by crossing or natural recombination, modern biotechnology is used in the process of obtaining a genetically modified organism, where genetic material is systematically modified. Recombinant DNA technology thus allows gene shapes to be rapidly and accurately altered by taking, adding, or modifying specific nucleotide or nuclear bases in the gene structure.

Ethics in science is founded on two types of claims, namely empirical or factual claims, and normative or value claims. Empirical claims are based on how the world works in an ideal case. The claims are based on the most recent scientific observations, principles, and theories. A normative claim is one that is based on how the world should be. As a result, claims are based on the best moral judgments, principles, and theories that are available. As already pointed out by Comstock, the legal questions for ethics in the field of GMO use are “Is it ethically justified to grow genetically modified crops and foods?” and “Can the law allow the cultivation and marketing of genetically modified crops and foods?”. Comstock explains that such questions are personal (e.g. whether the individual will rely on his feelings, intuition, conscience, and reason or on the opinions of professionals and science). Scientists divide their successes into two groups of values: epistemological and epistemological values. Scientists use epistemological values to determine which knowledge claims are superior to others. Clarity, objectivity, the ability to explain a wide range of observations, and the ability to make accurate predictions are all values. Statements that are inconsistent are rejected in favor of statements that are consistent and fit established theories. Epistemological values in science are also the ones that include the ability to generate useful, new hypotheses, and have the ability to explain observations with a minimum of additional assumptions. Also included in these values are honesty and responsibility, which enable scientists to trust the claims made about science.

Given that new technology such as genome editing raises many ethical issues, the European Group on Ethics in Science and New Technologies - EGE has established a pan-European platform for the exchange of information and for a wide-open public debate on the ethical and social implications of human genome editing based on reliable and evidence-based information. The operation of the platform should also include international dialogue and cooperation outside Europe, for example with the Global Observatory for Genome Editing, which would gain a global scope and thus contribute to a global consensus.

Through the text of this article, I would like to encourage the reader as an individual to think critically about the ethical and social consequences of genome editing in humans. The reader's thinking should thus be based on reliable and verifiable information that appears when using modern technologies, especially with an emphasis on what the use of modern technologies will bring in the long term.

POLOŽAJ DELAVCEV MIGRANTOV IZ TRETJIH DRŽAV V PRIMERJAVI Z DELAVCI MIGRANTI, KI SO DRŽAVLJANI EU

PETRA WEINGERL,¹ MATJAŽ TRATNIK²

¹ Univerza v Mariboru, Pravna fakulteta, Maribor, Slovenija
petra.weingerl@um.si

² Univerza v Mariboru, Pravna fakulteta, Maribor, Slovenija
matjaz.tratnik@um.si

Medtem ko države članice ne smejo diskriminirati državljanov drugih držav članic v primerjavi z lastnimi državljani, jim je razlikovanje v veliki meri dovoljeno glede državljanov tretjih držav. Prispevek se osredotoča na možnosti za izboljšanje položaja delavcev, ki so državljani tretjih držav, na podlagi obstoječih pravnih in političnih okvirov glede njihovega mesta na trgu dela v EU, predvsem glede migracijskih pravic (v prvi vrsti pravica do prostega gibanja in prebivanja na ozemlju druge države članice). Glede tega se v kratkem obetajo spremembe, saj Evropski parlament in Svet EU obravnavata sveženj predlogov sprememb sekundarne zakonodaje EU v okviru »Novega pakta o migracijah in azilu«.

DOI
[https://doi.org/
10.18690/um.pf.1.2024.17](https://doi.org/10.18690/um.pf.1.2024.17)

ISBN
978-961-286-817-8

Ključne besede:
državljanstvo EU,
državljeni tretjih držav,
diskriminacija,
človekove pravice,
rezidenti za daljši čas,
notranji trg



Univerzitetna založba
Univerze v Mariboru

DOI

[https://doi.org/
10.18690/um.pf.1.2024.17](https://doi.org/10.18690/um.pf.1.2024.17)

ISBN

978-961-286-817-8

THE POSITION OF MIGRANT WORKERS FROM THIRD COUNTRIES IN COMPARISON WITH EU MIGRANT WORKERS

PETRA WEINGERL,¹ MATJAŽ TRATNIK²

¹ University of Maribor, Faculty of Law, Maribor, Slovenia
petra.weingerl@um.si

² University of Maribor, Faculty of Law, Maribor, Slovenia
matjaz.tratnik@um.si

Keywords:

EU citizenship,
third country nationals,
discrimination,
human rights,
long term residents,
internal market

While EU Member States are not allowed to discriminate against nationals of other Member States compared to their own nationals, they are largely allowed to apply differential treatment against third-country nationals. This paper focuses on the possibilities for improving the situation of third-country national workers, based on the existing legal and policy frameworks regarding their place in the EU labour market, in particular with regard to migration rights (primarily the right to move and reside freely within the territory of another Member State). In this respect, changes are imminent as the European Parliament and the Council of the EU are considering a package of proposals for amendments to EU secondary legislation in the framework of the 'New Pact on Migration and Asylum'.



1 Uvod

Eden izmed ciljev EU je oblikovanje območja svobode, varnosti in pravice brez notranjih meja, na katerem je zagotovljeno prosto gibanje oseb - v povezavi z ustreznimi ukrepi glede kontrole na zunanjih mejah, azila, priseljevanja ter glede preprečevanja kriminala in boja proti njemu (3. člen Pogodbe o EU¹ (PEU)). Vendar pa svoboda gibanja (in tudi druge svoboščine in pravice) ni za vse osebe enaka, temveč je odvisna od njihovega statusa. V prvi vrsti je odvisna od tega, ali ima oseba državljanstvo EU ali pa gre za državljana tretje države. V tem prispevku se osredotočava na neenako obravnavo delavcev migrantov, ki so državljani tretjih držav, v primerjavi z delavci migranti, ki so državljani držav članic.²

V državah članicah EU živi približno 39 milijonov oseb, ki nimajo državljanstva države, v kateri živijo.³ Med njimi je 23 milijonov državljanov tretjih držav, kar predstavlja 5,1 % prebivalstva EU. Od tega jih ima več kot 10 milijonov dovoljenje za prebivanje za daljši čas ali dovoljenje za stalno prebivanje.⁴ Državljanji držav članic, ki ne živijo v svoji domači državi, imajo status državljanov EU in uživajo v drugih držav članicah vrsto migracijskih, ekonomskih in političnih pravic v skladu s prepovedjo diskriminacije na podlagi državljanstva iz 18. člena Pogodbe o delovanju EU⁵ (PDEU). To prepoved iz 18. člena PDEU lahko štejemo za splošno pravno načelo⁶ in ima status temeljne pravice na podlagi prvega odstavka 21. člena Listine EU o temeljnih pravicah⁷ (Listina).⁸ Vendar je Sodišče EU zavzelo stališče, da 18. člen PDEU ne velja za državljane tretjih držav.⁹ Medtem ko torej države članice ne smejo diskriminirati državljanov drugih držav članic v primerjavi z lastnimi

¹ UL C 202, 7. 6. 2016.

² Del tega prispevka se v manjšem delu vsebinsko povezuje s člankom, ki je objavljen v angleškem jeziku (P. Weingerl, M. Tratnik, *Climbing the Wall Around EU Citizenship: Is the Time Ripe for Aligning the Position of Third Country Nationals Workers to EU Migrant Workers?*, 2022, str. 15-38 in P. Weingerl, M. Tratnik, *Položaj delavcev migrantov iz tretjih držav v primerjavi z delavci migranti, ki so državljani EU*, 2023, str. 9-26).

³ Gl. P. Weingerl, M. Tratnik, *Položaj delavcev migrantov iz tretjih držav v primerjavi z delavci migranti, ki so državljani EU*, 2023, str. 13.

⁴ Obrazložitevni memorandum predloga prenovitve direktive 2003/109 ES.

⁵ UL C 326, 26. 10. 2012.

⁶ Zadeva C-115/08, Land Oberösterreich proti ČEZ as, ECLI:EU:C:2009:660, tč. 91.

⁷ UL C 326, 26. 10. 2012.

⁸ Listina je zavezujoča za institucije EU (vedno) in države članice, ko uporabljajo pravo EU, ne more pa biti podlaga za širitev pristojnost EU. Gl. prvi odstavek 6. člena PEU in drugi odstavek 51. člena Listine.

⁹ Gl. združeni zadevi C-22/08, Athanasios Vatsouras (C-22/08) in Josif Koupatantze (C-23/08) proti Arbeitsgemeinschaft (ARGE) Nürnberg 900, ECLI:EU:C:2009:344. Gl. tudi E. R. Brouwer, K. De Vries, *Third-Country Nationals in Discrimination on the Ground of Nationality: Article 18 PDEU in the Context of Article 14 ECHR in EU Migration Law: Time for a New Approach*, v: *Equality in Human Rights: Nothing But Trouble?*, 2015, str. 140.

državljeni, jim je razlikovanje v veliki meri dovoljeno glede državljanov tretjih držav. Ko gre za delavce, ki so državljani tretjih držav, ti torej v EU delajo in plačujejo davke podobno kot državljani držav članic, vendar so obravnavani slabše izključno zaradi njihovega državljanstva.¹⁰ Kar se tiče migracijskih pravic, status rezidenta za daljši čas državljanom tretjih držav sicer omogoča tudi gibanje in prebivanje v drugih državah članicah, a le na podlagi treh izčrpnih razlogov: zaradi opravljanja gospodarske dejavnosti (kot zaposlena ali samozaposlena oseba), zaradi študija ali poklicnega usposabljanja in »zaradi drugih namenov«. Vendar mobilnost znotraj EU zanje ni samodejna pravica, temveč zanjo velja vrsta pogojev.¹¹ Postavi se vprašanje, ali je taka različna obravnava skladna s pravom človekovih pravic,¹² kakor tudi z 79. členom PDEU, ki zahteva, da EU oblikuje skupno politiko priseljevanja, ki zagotavlja državljanom tretjih držav, ki zakonito bivajo v državah članicah, pravično obravnavo (fair treatment).

Določbe 18. in 45. člena (glede prostega gibanja delavcev) PDEU in 21. člena Listine izrecno ne določajo, da je prepoved diskriminacije na podlagi državljanstva namenjena le državljanom EU, tako se razlagajo v sodni praksi Sodišča EU. Kot je opozorilo že več avtorjev, so mogoče tudi drugačne razlage teh določb, skladno s katerimi se prepoved diskriminacije nanaša tudi na državljane tretjih držav.¹³ Pojavljajo se tudi predlogi, da bi se državljanom tretjih držav lahko podelile nekakšne kvazi-državljanске pravice, ki bi se lahko razlagale analogno s pravicami, ki so povezane z državljanstvom.^{14 15} Glede na to, da ni realno pričakovati, da bi v bližnji

¹⁰ Ta prispevek se ne nanaša na osebe, katerih pravica do bivanja v EU je odvisna od primarnega nosilca (npr. družinski člani mobilnih državljanov EU), kakor tudi ne na državljane tretjih držav, ki uživajo pravice iz prava EU na podlagi konvencij z njihovimi domačimi državami.

¹¹ Predlog direktive Evropskega parlamenta in Sveta o statusu državljanov tretjih držav, ki so rezidenti za daljši čas (prenovitev), COM(2022) 650 final.

¹² S. Morano-Foadi, K. de Vries, The Equality Clauses in the EU Directives on Non-discrimination in Migration/Asylum, v: Integration for Third-Country Nationals in the European Union: The Equality Challenge, 2012, str. 17. Gl. tudi D. McCormack-George, Equal Treatment of Third-Country Nationals in the European Union: Why Not?, 2019, str. 74.

¹³ Gl. E. R. Brouwer, K. De Vries, Third-Country Nationals in Discrimination on the Ground of Nationality: Article 18 PDEU in the Context of Article 14 ECHR in EU Migration Law: Time for a New Approach, v: Equality in Human Rights: Nothing But Trouble?, 2015, str. **Napaka! Zaznamek ni definiran.**; S. Iglesias Sánchez, Fundamental Rights Protection for Third Country Nationals in Citizens of the Union: Principles for Enhancing Coherence, 2013, str. 137; D. McCormack-George, Equal Treatment of Third-Country Nationals in the European Union: Why Not?, 2019, str. 53, 65; B. Friðriksdóttir, 2017, What Happened to Equality? The Construction of the Right to Equal Treatment of Third-Country Nationals in European Union Law on Labour Migration.

¹⁴ A. Wiesbrock, Granting Citizenship-Related Rights to Third-Country Nationals: An Alternative to the Full Extension of European Union Citizenship?, 2012, str. 63.

¹⁵ Gl. npr. S. Peers, Implementing Equality? The Directive on Long Term Resident Third Country Nationals, 2004, str. 437; S. Carrera, A. Wiesbrock, Whose European Citizenship in the Stockholm Programme? The Enactment of

prihodnosti Sodišče EU radikalno spremenilo svojo razlago zgoraj navedenih določb PDEU in Listine, poskuša ta prispevek ponuditi nov pogled na kontroverzno vprašanje obravnave delavcev migrantov iz tretjih držav na eni strani in delavcev migrantov, ki so državljani EU, na drugi, zlasti kar se tiče migracijskih pravic. Migracijske pravice se za potrebe tega prispevka nanašajo na pravico do prostega gibanja in prebivanja na ozemlju druge države članice. Najin namen pa ni zagovarjati popolne izenačitve državljanov tretjih držav z državljani EU.¹⁶ Predvsem se osredotočava na to, kar je za izboljšanje položaja državljanov tretjih držav mogoče doseči na podlagi obstoječih pravnih in političnih okvirov glede mesta državljanov tretjih držav na trgu dela v EU. Glede tega se v kratkem obetajo spremembe, saj Evropski parlament in Svet EU obravnavata sveženj predlogov sprememb sekundarne zakonodaje v okviru »Novega pakta o azilu in migracijah«.¹⁷ Evropsko prebivalstvo se stara, države članice pa se soočajo z velikim pomanjkanjem delavcev. Kot je zapisano v Novem paktu o azilu in migracijah, »[d]elavci iz tretjih držav zapolnjujejo ključne vrzeli v številnih poklicih v državah članicah, med drugim tudi v tistih poklicih, ki so bili ključni za odziv na COVID-19. Evropski socialni in gospodarski partnerji so v skupni izjavi s Komisijo poudarili potencial delavcev migrantov, da prispevajo k zelenemu in digitalnemu prehodu, saj imajo znanja in spretnosti, ki jih potrebuje evropski trg dela«.¹⁸ Migracijske pravice bi pomembno vplivale na privlačnost trga dela EU za državljane tretjih držav, k čemur poziva tudi Komisija EU, ki izpostavlja, da »mora reforma z učinkovitim in prožnim vseevropskim instrumentom zagotoviti resnično dodano vrednost EU pri privabljanju znanj in spretnosti. To zahteva bolj vključujoče pogoje za sprejem, boljše pravice, hitre in prožne postopke, boljše možnosti za gibanje in delo v različnih državah članicah ter enake konkurenčne pogoje med nacionalnimi sistemi in sistemi EU.«¹⁹

V drugem poglavju bova kratko razložila uporabo konceptov neenakosti in pravične obravnave. V tretjem poglavju sledi pregled pomanjkljivosti *acquisa* EU glede zakonitih migracij. Glede na to, da bi pridobitev državljanstva EU popolnoma

Citizenship by Third Country Nationals in the EU, 2010, str. 337; L. Della Torre, T. de Lange, The 'Importance of Staying Put': Third Country Nationals' Limited Intra-EU Mobility Rights', 2018 str. 1409.

¹⁶ Gl. npr. D. Kostakopoulou, Long-Term Resident Third-Country Nationals in the European Union: Normative Expectations in Institutional Openings, 2002, str. 443.

¹⁷ Sporočilo Komisije Evropskemu parlamentu, Svetu, Evropskemu ekonomsko-socialnemu odboru in Odboru regij o novem paktu o migracijah in azilu, COM(2020) 609 final.

¹⁸ Prav tam, str. 25.

¹⁹ Prav tam.

odpravila neenakosti med državljani tretjih držav in državljani EU, v četrtem poglavju kratko obravnava možnosti državljanov tretjih držav glede pridobitve državljanstva EU. V tem sklopu najprej obravnava možnost (omejene) harmonizacije naturalizacijskih predpisov držav članic, zatem pa možnost neposredne pridobitve državljanstva EU z nekakšno evronaturalizacijo, kot so jo predlagali nekateri avtorji. Ob tem se zavedava, da sta navedeni opciji (vsaj zaenkrat) iz političnih razlogov neuresničljivi. Zato v petem poglavju raziskuje možnosti za večjo stopnjo enake obravnave državljanov tretjih držav v določenih kontekstih na podlagi instrumentov, ki jih nudita PEU in PDEU ter mednarodno pravo, zlasti Evropska konvencija o človekovih pravicah²⁰ (EKČP).

2 Teoretični okvir: koncepta neenakosti in poštene obravnave

Primerjava položaja delavcev migrantov iz tretjih držav z delavci migranti, ki so državljani EU, temelji na konceptu materialne neenakosti.²¹ To je skladno s pristopom v pravu EU, npr. s protidiskriminacijskimi direktivami EU, ki kombinirajo formalni in materialni pristop k enakosti.²² Medtem ko je več konceptov materialne enakosti, v tem prispevku uporablja tistega, ki enakost povezuje s konceptom človekovega dostojanstva,²³ torej, da so vsi ljudje vredni enakega spoštovanja ne glede na njihove osebne značilnosti.²⁴ Človekovo dostojanstvo je tudi ena od temeljnih vrednot protidiskriminacijskega prava EU.²⁵

V EU je poudarjena pomembna zgodovinska povezava med protidiskriminacijsko zakonodajo EU in konceptom pravice do dela,²⁶ kar je relevantno za ta prispevek, ki obravnava delavce migrante. V zadnjih 50 letih se je pravica do enake obravnave v pravu EU razvila iz prvotne pravice, povezane z notranjim trgov (pravice do

²⁰ Council of Europe Treaty Series 005, 1950.

²¹ Gl. P. Weingerl, M. Tratnik, Položaj delavcev migrantov iz tretjih držav v primerjavi z delavci migranti, ki so državljani EU, 2023, str. 11 in nasl.

²² Gl. npr. S. Benedi Lahuerta, Taking EU Equality Law to the Next Level: in Search of Coherence, 2016, str. 348-367; M. De Vos, The European Court of Justice in the March Towards Substantive Equality in European Union Antidiscrimination Law, 2020, str. 62; S. Fredman, Substantive Equality Revisited, 2016, str. 716.

²³ J. Small, E. Grant, Dignity, Discrimination, in Context: New Directions in South African in Canadian Human Rights Law, 2005, 25; S. Fredman, 2011, Discrimination Law, str. 19.

²⁴ S. Benedi Lahuerta, Taking EU Equality Law to the Next Level: in Search of Coherence, 2016, str. 22.

²⁵ Mnenje Generalnega pravobranilca v zadevi C-303/06, S. Coleman proti Attridge Law in Steve Law, ECLI:EU:C:2008:61, tč. 8.

²⁶ H. Collins, Progress Towards the Right to Work in the United Kingdom, v: The Right to Work: Legal in Philosophical Perspectives, 2014, str. 232. Gl. P. Weingerl, M. Tratnik, Položaj delavcev migrantov iz tretjih držav v primerjavi z delavci migranti, ki so državljani EU, 2023, str. 12.

enakega plačila za moške in ženske (119. člen Pogodbe o evropski gospodarski skupnosti (PEGS), danes 157. člen PDEU), najprej v socialno pravico in zatem v temeljno pravico.²⁷

Analiza pravnega položaja delavcev – državljanov tretjih držav, pokaže, da se je njihov položaj do določene mere približal pravnemu položaju EU delavcev, ki uživajo pravico do prostega gibanja že vse od začetka evropske integracije.²⁸ Vendar pa tudi najbolj privilegirana kategorija državljanov tretjih držav (imetniki modre karte EU) niso povsem izenačeni z EU delavci. Drugače kot slednji namreč nimajo pravice do enake obravnave v okviru Pogodb.

Urejanje položaja državljanov tretjih držav spada med vprašanja skupne migracijske politike EU, ki je del območja svobode, varnosti in pravice (OSVP, ang. Area of freedom, security and justice - AFSJ). Do sprejema Lizbonske pogodbe je bila EU pristojna zgolj za sprejem določenih ukrepov na področju migracijske politike,²⁹ z Lizbonsko pogodbo pa je dobila pristojnost za oblikovanje skupne migracijske politike.³⁰ Skladno s tretjim odstavkom 67. člena PDEU mora biti skupna migracijska politika pravična do državljanov tretjih držav. Cilj pravične obravnave le-teh je ponovljen v 79. členu PDEU, ki nudi specifično pravno podlago za oblikovanje skupne migracijske politike.³¹ Tako lahko ugotovimo, da imajo državljani tretjih držav, ki zakonito bivajo v EU, ustavno zajamčeno pravico do pravične obravnave, ki jo mora zagotoviti zakonodajalec EU. Te obveznosti, ki sicer nikjer ni definirana, ni bilo pred Lizbonsko pogodbo, čeprav je Evropski svet že leta 1999 v Tampereju pozval institucije EU, da zagotovijo pravično obravnavo državljanom tretjih držav, ki zakonito prebivajo v EU. Enake možnosti in enake pravice so postale ključni dejavniki njihove integracije.³² Kljub temu, da je bil cilj

²⁷ S. Benedi Lahuerta, *Taking EU Equality Law to the Next Level: in Search of Coherence*, 2016, str. 22. Edina druga določba Pogodb, ki se je nanaša na prepoved diskriminacije, je bil 6. člen PEGS (danes 18. člen PDEU).

²⁸ V tretjem poglavju bova obravnavala najpomembnejše pomanjkljivosti, ki izvirajo iz različne obravnave EU delavcev in delavcev, ki so državljani tretjih držav.

²⁹ Tretji in četrti odstavek 63. člena PES.

³⁰ M. Wilderspin, *Articles 77–80*, v: *The EU Treaties in the Charter of Fundamental Rights: A Commentary*, 2019, str. 841. Gl. P. Weingerl, M. Tratnik, *Položaj delavcev migrantov iz tretjih držav v primerjavi z delavci migranti, ki so državljani EU*, 2023, str. 17.

³¹ M. Wilderspin, *Articles 77–80*, v: *The EU Treaties in the Charter of Fundamental Rights: A Commentary*, 2019, str. 801.

³² Evropski svet, *Zaključki predsedstva*, 15. - 16. oktobra 1999 v Tampereju, odst. 18, 20 in 21. Gl. tudi tretji odstavek 15. člena Listine; Direktiva 2003/109/ES z dne 25. novembra 2003 o statusu državljanov tretjih držav, ki so rezidenti za daljši čas (UL 2003 L 16/44; Direktiva 2003/109), tč. 2 preambule; D. Thym in K. Hailbronner v: *EU Immigration in Asylum Law: A Commentary*, 2016, str. 288.

pravične obravnave in integracije državljanov tretjih držav več kot deset let sestavni del vrste političnih dokumentov in pravnih instrumentov, Evropski pakt o priseljevanju in azilu iz leta 2008 navaja, da ta cilj ni bil dosežen.³³ Države članice so obdržale svobodo odločanja o pogojih za sprejem zakonitih migrantov, obsega priseljevanja in povezanih implementacijskih strategijah.³⁴

Komisija EU v poročilu iz leta 2018 ugotavlja, da obstajajo pomembne razlike med enimi in drugimi delavci migranti.³⁵ Ključno vprašanje je, kako razumeti koncept pravične obravnave iz 79. člena PDEU, katerega pravni okviri niso določeni. Vsekakor obstaja povezava z načelom prepovedi diskriminacije v pravu človekovih pravic, kakor tudi z zahtevo po pravičnem postopku in naravni pravičnosti.³⁶ Lahko torej rečemo, da je določitev pravnih okvirov pravične obravnave sama po sebi povezana z enako obravnavo. *McCormack-George* gre še dlje in trdi, da obveznost pravične obravnave državljanov tretjih držav ne sme biti implementirana na način, ki ni skladen s temeljnimi vrednotami EU, kot je enakost, ki jo zahteva 21. člen Listine.³⁷

3 Pomanjkljivosti migracijskega *acquisa* EU

Obravnava državljanov tretjih držav je v veliki meri prepuščena zelo razdrobljeni sekundarni zakonodaji. V zadnjem času se je število tujcev, ki uživajo posebne pravice v pravu EU, povečalo zaradi sekundarnih predpisov, ki določenim kategorijam državljanov tretjih držav dajejo pravico do vstopa in bivanja.³⁸ Najbolj splošen sekundarni predpis, ki se nanaša na državljane tretjih držav, pa je nedvomno

³³ Evropski pakt o priseljevanju in azilu, Council Doc 13189/08 ASIM 68, 24. september 2008.

³⁴ S. Morano-Foadi, M. Malena, *Integration for Third-Country Nationals in the European Union*, v: *Integration for Third-Country Nationals in the European Union: The Equality Challenge*, 2012, str. 50.

³⁵ Gl. spodaj tč. 3 European Commission, *Analytical Report on the Legal Situation of Third-Country Workers in the EU as Compared to EU mobile workers*, 2018, <https://ec.europa.eu/social/BlobServlet?docId=20576&langId=en>, str. 1.

³⁶ M. V. Garlick, *Inequality for Asylum-Seekers and People Entitled to Protection in the European Union*, v: *Integration for Third-Country Nationals in the European Union: The Equality Challenge*, 2012, str. 71–72.

³⁷ D. McCormack-George, *Equal Treatment of Third-Country Nationals in the European Union: Why Not?*, 2019, str. 65.

³⁸ Direktiva 2003/109, spremenjena z direktivo 2011/51/EU (UL L 132, 19. 5. 2011); Direktiva 2004/114/ES z dne 13. decembra 2004 o pogojih za sprejem državljanov tretjih držav za namene študija, izmenjav učencev, neplačanega usposabljanja ali prostovoljnega dela (UL L 375, 23. 12. 2004);

Direktiva Sveta 2005/71/ES z dne 12. oktobra 2005 o posebnem postopku za dovolitev vstopa državljanom tretjih držav za namene znanstvenega raziskovanja (UL L 289, 03.11.2005), in Direktiva Sveta 2009/50/ES z dne 25. maja 2009 o pogojih za vstop in prebivanje državljanov tretjih držav za namene visokokvalificirane zaposlitve (UL L 155, 18. 6. 2009).

Direktiva 2003/109,³⁹ ki je prinesla tujcem po petih letih zakonitega bivanja v EU pravico do enake obravnave na določenih področjih.⁴⁰ Ne daje pa Direktiva 2003/109 državljanom tretjih držav pravice do prostega gibanja in bivanja znotraj EU.⁴¹

Pregled Direktive 2003/109 pokaže vrsto pomanjkljivosti, ki se nanašajo tako na pridobitev statusa rezidenta za daljši čas, kot tudi na pravice, ki naj bi jih Direktiva 2003/109 zagotavljala.⁴² Tako mora biti pogoj petletnega zakonitega bivanja po prvem odstavku 4. člena Direktive 2003/109 izpolnjen v eni in isti državi članici. Tujci, ki so že več desetletij prebivali v različnih državah članicah, a v nobeni zaporednih pet let, statusa rezidenta za daljši čas ne morejo pridobiti, kar ni v skladu s filozofijo notranjega trga.⁴³ Podobno je glede odrekanja pravice do prostega gibanja med državami članicami. Dejstvo, da dolgoročni rezidenti pravic, ki jih zagotavlja pravo EU, ne morejo uživati po celotni EU, je v očitnem nasprotju s samim bistvom notranjega trga, to je prosto gibanje »produkcijskih faktorjev« po celotni EU. Tu je treba dodati, da je aprila 2022 Komisija EU v okviru Novega pakta o migracijah in azilu objavila predlog prenovljene Direktive o statusu državljanov tretjih držav (Predlog), ki so rezidenti za daljši čas. Predlog med drugim predvideva olajšanje pridobitve tega statusa, zlasti tako, da se za pridobitev status omogoči seštevanje obdobji prebivanja v različnih državah članicah (prvi odstavek 4. člena Predloga). Pri pogojih za pridobitev statusa je novost tudi »kodifikacija« nekaterih odločb Sodišča EU.⁴⁴

Drugi problem je ta, da drugi odstavek 5. člena Direktive 2003/109 dopušča državam članicam, da predpišejo integracijske pogoje, kot so razni integracijski testi, katerih preverjanje je prepuščeno njihovi diskreciji. Ti testi so zelo podobni

³⁹ Gl. D. Thym, K. Hailbronner, v: *EU Immigration in Asylum Law: A Commentary*, 2016, str. 427–519; D. Acosta Arcarazo, 2011, *The Long Term Residence Status as a Subsidiary Form of EU Citizenship, An Analysis of Directive 2003/109*.

⁴⁰ Gl. 11. člen.

⁴¹ Gl. P. Weingerl, M. Tratnik, *Položaj delavcev migrantov iz tretjih držav v primerjavi z delavci migranti, ki so državljani EU*, 2023, str. 16–17.

⁴² Prav tam, str. 21–24, in tam navedena literatura.

⁴³ Gl. tudi A. Wiesbrock, *Free Movement of Third Country Nationals in the European Union: The Illusion of Inclusion*, 2010, str. 455; D. Kochenov, M. Van den Brink, *Pretending There is no Union: Non-Derivative Quasi-Citizenship Rights of Third-Country Nationals in the EU*, 2015, str. **Napaka! Zaznamek ni definiran.**; S. Iglesias Sánchez, *Free Movement of Third Country Nationals in the European Union? Main Features, Deficiencies in Challenges of the new Mobility Rights in the Area of Freedom, Security in Justice*, 2009, str. 791.

⁴⁴ Gl. zadevi C-578/08, *Rhimou Chakroun proti Minister van Buitenlandse Zaken*, ECLI:EU:C:2010:117, in C-302/18, *X proti Belgische Staat*, ECLI:EU:C:2019:830.

jezikovnim in/ali integracijskim testom, ki jih vse države članice uporabljajo v naturalizacijskih postopkih. Lahko pa rečemo, da je Sodišče EU v določenih pogledih že omejilo diskrecijo državam članicam na tem področju.⁴⁵

Glede pravic, ki se nanašajo na enako obravnavo v okviru zaposlitve in določenih drugih vidikov, ki naj bi jih Direktiva 2003/109 zagotavljala v prvem odstavku 11. člena, se pušča državam članicam veliko svobode, da te pravice na podlagi drugega do četrtega odstavka omejijo.⁴⁶ Leta 2019 izpeljani *Fitness Check* je pokazal, da večina držav članic glede dolgoročnih rezidentov še vedno zahteva izpolnjevanje enakih pogojev kot za tiste, ki prvič zaprosijo za bivanje in dovoljenje za delo v EU.⁴⁷ Tovrstni postopki v državah članicah ne prispevajo k učinkovitemu uresničevanju notranjega trga,⁴⁸ ker je trg dela celotne EU bolj zanimiv za državljane tretjih držav kot trgi dela posameznih držav članic.⁴⁹ Notranji trg tudi ni omejen na državljane EU, ampak so v njem zajeti tudi državljani tretjih držav. Tudi besedilo drugega odstavka 45. člena PDEU prepoveduje diskriminacijo na podlagi državljanstva med delavci držav članic in se ne omejuje na državljane EU. Tako *Kochenov* in *Van den Brink* menita, da bi se ta določba morala razlagati tako, kot da se nanaša na vse delavce, ki zakonito bivajo v EU, in ne le na državljane EU.⁵⁰

Za ugodnejšo obravnavo državljanov tretjih držav daje pravno podlago tudi točka b) drugega odstavka 79. člena PDEU, ki omogoča zakonodajne ukrepe, ki urejajo njihove pravice, vključno s pogoji gibanja med državami članicam in bivanja v drugih državah članicah.⁵¹ V primerjavi s prejšnjim četrtem odstavkom 64. člena PES so se

⁴⁵ Gl. zadeve C-579/13, P in S proti Commissie Sociale Zekerheid Breda in College van Burgemeester en Wethouders van de gemeente Amstelveen, ECLI:EU:C:2015:369 (P & S), tč. 35, 36, 38; C-508/10, Komisija proti Nizozemski, ECLI:EU:C:2012:243. Podobno tudi C-153/14, Minister van Buitenlandse zaken proti K & A, ECLI:EU:C:2015:453, tč. 71. Gl. o teh zadevah tudi P. Weingerl, M. Tratnik, Položaj delavcev migrantov iz tretjih držav v primerjavi z delavci migranti, ki so državljani EU, 2023, str. 18–19.

⁴⁶ Povzeto po P. Weingerl, M. Tratnik, Climbing the Wall Around EU Citizenship: Is the Time Ripe for Aligning the Position of Third Country Nationals Workers to EU Migrant Workers?, 2022, str. 21–22.

⁴⁷ Commission Staff Working Document, SWD(2019) 1055 final, str. 93. Kot je tudi potrdilo Sodišče EU v Zadevi C-508/10, Komisija proti Nizozemski, ECLI:EU:C:2012:243, tč. 66.

⁴⁸ Kot je tudi potrdilo Sodišče EU v zadevi C-508/10, Komisija proti Nizozemski, ECLI:EU:C:2012:243, tč. 66.

⁴⁹ Commission Staff Working Document SWD(2019) 1055 final, str. 97.

⁵⁰ Gl. D. Kochenov, M. Van den Brink, Pretending There is no Union: Non-Derivative Quasi-Citizenship Rights of Third-Country Nationals in the EU, 2015, str. 5 in str. 11: »Until then the TCNs are essentially confined to the pre-EEC Treaty reality, where the EU as a 'single working and living space' does not exist at all.«

⁵¹ Gl. o tej določbi M. Wilderspin, Articles 77–80, v: The EU Treaties in the Charter of Fundamental Rights: A Commentary, 2019, str. 843–846; S. Peers, 2016, EU Justice in Home Affairs Law: Vol. I: EU Immigration in Asylum Law, str. 326.

pristojnosti EU z Lizbonsko pogodbo jasno razširile.⁵² Ustavnopравни okviri za ukrepe, ki bi prinesli izboljšanje položaja delavcev iz tretjih držav, so se razširili tudi z Listino. Tako tretji odstavek 15. člena Listine določa, da imajo delavci iz tretjih držav, ki imajo dovoljenje za delo v EU, pravico do delovnih razmer, ki so ekvivalentne tistim, ki veljajo za državljane EU.⁵³ Drugi odstavek 45. člena Listine pa določa, da je mogoče pravice do gibanja in bivanja razširiti na delavcev iz tretjih držav, ki zakonito bivajo v EU, za kar ima EU pristojnost na podlagi 79. člena PDEU.

4 Državljanji tretjih držav in državljanstvo EU

Državljanstvo je pravni institut, ki zagotavlja enakost članom »kluba«, hkrati pa je instrument razlikovanja, ker omogoča, da vsi drugi ostanejo »zunaj«. Državljanstvo EU, kot posebna zelo specifična oblika državljanstva, je razširilo meje posameznih držav članic, a le za državljane držav članic. Vsi ostali so še bolj izločeni.⁵⁴ Glede na to, da bi pridobitev državljanstva EU v celoti odpravila zgoraj opisane neenakosti, v tem razdelku kratko obravnavava možnosti državljanov tretjih držav za pridobitev državljanstva EU.

Državljanstvo EU se pridobi izključno preko državljanstva držav članic. To pomeni, da EU nima pristojnosti, da bi določala, kdo so njeni državljani.⁵⁵ Dostop do državljanstva EU je odvisen od nacionalne avtonomije 27 držav članic, tj. od njihovih (močno) različnih nacionalnih pravil o naturalizaciji. Tako npr. zahtevana dolžina zakonitega bivanja v državi članici naturalizacije variira med 4 in 10 leti. V enajstih državah članicah se zahteva, da se prosilec odpove svojemu obstoječemu državljanstvu, kar je lahko velika ovira za potencialne prosilce.⁵⁶ Druga težava je široka diskrecija organov, ki odločajo o naturalizaciji v povezavi z dolgotrajnostjo postopkov. Poleg tega je po vsej Evropi opaziti trend zaostrovanja naturalizacijskih pogojev. Zlasti so postali popularni razni državljanski in integracijski testi. Tako je

⁵² M. Wilderspin, *Articles 77–80, v: The EU Treaties in the Charter of Fundamental Rights: A Commentary*, 2019, str. 841 in 843. Gl. tudi S. Peers, 2016, *EU Justice in Home Affairs Law: Vol. I: EU Immigration in Asylum Law*, str. 326.

⁵³ Gl. tudi Direktiva 2003/109, tč. 2 preambule.

⁵⁴ Prim. D. Kochenov, *Citizenship Without Respect: The EU's Troubled Equality Ideal*, Jean Monnet Working Paper 08/2010, str. 12–13; E. R. Brouwer, K. De Vries, *Third-country Nationals in Discrimination on the Ground of Nationality: Article 18 PDEU in the Context of Article 14 ECHR in EU Migration Law: Time for a New Approach, v: Equality in Human Rights: Nothing But Trouble?*, 2015, str. 123.

⁵⁵ Gl. prvi odstavek 20. člena PDEU.

⁵⁶ Nekatere države celo štejejo naturalizacijo v tuji državi za izdajo.

npr. *Kochenov* zelo prepričljivo opisal absurdnost nekaterih delov integracijskih testov na Nizozemskem.⁵⁷ Po drugi strani pa več držav članic pozna olajšave pri naturalizaciji državljanov drugih držav članic, ki pa kot državljani EU sploh nimajo posebne interesa pri pridobitvi državljanstva držav članic v kateri prebivajo.

Teoretično gledano bi (delna) harmonizacija naturalizacijskih pogojev lahko pripomogla k lažjemu dostopu državljanov tretjih držav do državljanstva EU. Vendar v takšno rešitev močno dvomiva. Ker EU na področju ureditev državljanstva držav članic nima nobenih pristojnosti, bi bila potrebna sprememba PDEU, v kar pa države članice ne bi privolile. Če bi pa vendarle bila izvedljiva in bi prišlo do harmonizacije, ta zelo verjetno ne bi bila v korist državljanov tretjih držav, ker bi se države članice kvečjemu lahko dogovorile za stroge naturalizacijske pogoje, ki bi bili strožji od tistih, ki se sedaj uporabljajo v najbolj liberalnih državah članicah.⁵⁸

Druga možnost za izboljšanje položaja državljanov tretjih držav na področju državljanstva bi bil neposreden dostop do državljanstva EU preko nekakšne »evronaturalizacije«, ki bi bila neodvisna od naturalizacijskih pravil držav članic. Takšno možnost zagovarjajo nekateri avtorji.⁵⁹ Vendar takšna možnost ni skladna s samo naravo državljanstva EU, ki je izvedeno državljanstvo.⁶⁰ Poleg tega bi prej ustvarila drugorazredno državljanstvo EU, ki pravzaprav na podlagi Direktive 2003/109 *de facto* že obstaja.

Tako pridemo do zaključka, da obe rešitvi ne bi izboljšali položaja državljanov tretjih držav, lahko bi ga celo poslabšali. Predvsem pa obe možnosti zahtevata spremembo PDEU,⁶¹ česar pa v današnji situaciji ni realno pričakovati in ki bi, kot je zapisal *De*

⁵⁷ D. Kochenov, M. de Jong Gaat Eten, *EU Citizenship in the Culture of Prejudice*, 2011. Gl. tudi S. Ganty, *Silence Is Not (Always) Golden: A Criticism of the ECJ's Approach Towards Integration Conditions for Family Reunification*, 2021, str. 176.

⁵⁸ Ta različnost naturalizacijskih pogojev je lahko celo v korist dobro informiranim državljanom tretjih držav, ker jim omogoča »forum shopping«, tako da lahko pridobijo »vstopnico« do državljanstva EU v najbolj »prijazni« državi članici. Gl. D. Kochenov, J. Lindeboom, *Pluralism Through Its Denial: The Success of EU Citizenship*, 2018, str. 13.

⁵⁹ D. Kostakopoulou, *Who Should Be a Citizen of the Union? Toward Autonomous European Union Citizenship*, v: *Should EU Citizenship Be Disentangled from Member State Nationality*, 2019, str. 1 – 4.

⁶⁰ Gl. stališča različnih avtorjev v *Orgad in Lepoutre* (red.), str. 5–42.

⁶¹ Ali pa vsaj ukrep na podlagi 352. člena PDEU, kar pomeni praktično isto. Gl. D. Sarmiento, M. Van den Brink, *EU Competence in Investor Migration v: Citizenship and Residence Sales*, 2023, str.183–206.

Weale, »constitute a shift of Copernican proportions«⁶² v *domaine réservée*⁶³ na področju državljanstva.

Razvoj koncepta državljanstva EU kaže, da so države članice zelo navezane na njihovo nacionalno avtonomijo in na njihov nacionalni koncept državljanstva. Državljanstvo EU je zanje sprejemljivo pod pogojem, da ne nadomešča njihovega nacionalnega državljanstva oziroma da z njim ne tekmuje. Kakršenkoli poskus harmonizacije s strani EU bi štele za neposreden napad na njihovo nacionalno avtonomijo. Tudi sicer so države članice precej zadržane glede sprejema mednarodnopravnih obveznosti na področju državljanstva. Tako je Evropsko konvencijo o državljanstvu iz leta 1997, ki bi jo lahko šteli za skromno harmonizacijo pravil držav pogodbenic o državljanstvu, ratificirala le približno polovica držav članic. Zato bova v nadaljevanju iskala možnosti za izboljšanje položaja državljanov tretjih držav, ki ne zahtevajo spremembe PDEU niti ne obstoječe sekundarne zakonodaje.

5 Možnosti za izboljšanje položaja državljanov tretjih držav, ki jih ponujata Pogodba in mednarodno pravo

5.1. Splošno

EU v bistveni meri temelji na stalnem gibanju oseb, ki prečkajo meje med državami članicami, kar se odraža tudi v ciljih EU, zapisanih v drugem odstavku 3. člena PEU.⁶⁴ Namen tega poglavja je analizirati, ali pravična obravnava iz 79. člena PDEU, postavljena v zgodovinsko perspektivo v povezavi z notranjim trgov in pravom človekovih pravic, lahko pomeni enako obravnavo državljanov EU in državljanov tretjih držav na določenih področjih, zlasti glede pravice do mobilnosti znotraj EU. Kljub stališčem v literaturi, da je vloga Evropskega sodišča za človekove pravice (ESČP), ki spada pod okrilje Sveta Evrope in ni institucija EU, pri zagotavljanju enakih pravic državljanov tretjih držav omejena,⁶⁵ bova pokazala, da imajo odločbe tega sodišča velik potencial, če so omejitve človekovih pravic obravnavane v luči

⁶² H. De Waele, *EU Citizenship: Revisiting its Meaning, Place and Potential*, 2010, str. 333.

⁶³ Gl. PCIJ Advisory Opinion, 1923 PCIJ, ser. B št. 4.

⁶⁴ L. Azoulai, K. De Vries, *Introduction*, v: *EU Migration Law*, 2014, str. 1.

⁶⁵ C. Murphy, *Membership Without Naturalisation? The Limits of European Court of Human Rights Case Law on Residence Security in Equal Treatment v: Questioning EU Citizenship: Judges in the Limits of Free Movement in Solidarity in the EU*, 2017, str. 287; A. Desmond, *The Private Life of Family Matters: Curtailing Human Rights Protection for Migrants Under Article 8 of the ECHR?*, 2018, str. 262.

ciljev 79. člena PDEU. V ta namen bova analizirala odločbe ESČP glede različne obravnave državljanov EU in državljanov tretjih držav.

5.2 Zgodovinska dimenzija in logika notranjega trga

Za analizo pomena koncepta pravične obravnave iz 79. člena PDEU bova uporabila zgodovinsko in teleološko ali namensko razlago. Sodišče EU se občasno poslužuje zgodovinske razlage. Tako je uporabilo *travaux préparatoires* tudi v okviru razlage statusa državljanov tretjih držav.⁶⁶ Namenska perspektiva pa temelji na funkcionalnem pristopu, upoštevajoč ustavne omejitve v EU, posebno v luči načela prenosa pristojnosti, namenskih pristojnosti⁶⁷ in tržno usmerjene logike. Tako bo neenaka obravnava državljanov tretjih držav analizirana skozi prizmo načela prenosa pristojnosti, s čimer se bo torej osredotočila na cilje, ki jih zasleduje migracijski *acquis* EU. Že prva poved 1. člena PEU poudari, da države članice na EU prenašajo pristojnosti za uresničevanje svojih skupnih ciljev. Skladno s sodno prakso Sodišča EU so cilji določenega pravila ključni pri presoji primerljivih situacij za potrebe različne obravnave.⁶⁸

Kot je bilo prikazano zgoraj, obstaja tesna zgodovinska povezava med protidiskriminacijsko zakonodajo in konceptom pravice do dela.⁶⁹ Analiza teh povezav je pomembna za določitev ciljev 79. člena PDEU. Čeprav ta določba ne omenja izrecno ukrepov na trgu dela, je sprejeto stališče, da daje EU pristojnost za zakonodajo glede ekonomske migracije.⁷⁰ Pravzaprav je cilj urejanja migracije državljanov tretjih držav odpravljati primanjkljaje na trgu dela EU in zagotavljati konkurenčnost in gospodarsko rast.⁷¹ Tako lahko ugotovimo, da čeprav so določbe o območju svobode, varnosti in pravice zelo splošne, ima migracijska politika EU močno tržno komponento. Tudi Novi pakt o migracijah in azilu iz leta 2020 je utemeljen s tržno logiko: »Evropsko prebivalstvo se stara in zmanjšuje. Strukturni pritisk, ki naj bi ga to ustvarilo na trg dela, dopolnjuje pomanjkanje posebnih znanj

⁶⁶ Gl. npr. zadevo C-477/17, Raad van bestuur van de Sociale verzekeringsbank proti D. Balandin in drugim, ECLI:EU:C:2019:60.

⁶⁷ G. Davies, *Democracy in Legitimacy in the Shadow of Purposive Competence*, 2015, str. 1.

⁶⁸ Gl. npr. združeni zadevi C-443/14 in C-444/14, Kreis Warendorf proti Ibrahimu Aloju in Amira Osso proti Region Hannover, ECLI:EU:C:2016:127, tč. 54.

⁶⁹ H. Collins, *Progress Towards the Right to Work in the United Kingdom*, v: *The Right to Work: Legal in Philosophical Perspectives*, 2014, str. 232.

⁷⁰ M. Wilderspin, *Articles 77–80*, v: *The EU Treaties in the Charter of Fundamental Rights: A Commentary*, 2019, str. 842.

⁷¹ Gl. npr. Direktivo 2003/109, tč. 18 preambule.

in spretnosti v različnih krajih in sektorjih, kot so zdravstvo, zdravstvena oskrba in kmetijstvo.«⁷²

Položaj državljanov tretjih držav je zgodovinsko gledano zelo podoben položaju delavcev migrantov EU. Zgodnji judikati Sodišča EU⁷³ kažejo, da so države članice v času vzpostavljanja skupnega oz. notranjega trga poskušale diskriminirati delavce iz drugih držav članic tako, da so jim odrekale pravice, ki bi jih morale spoštovati na podlagi PE(G)S. Ukrepi na tem področju so bili prvotno zasnovani kot ukrepi, ki so dovoljevali imigracije, da bi se zmanjšala nezaposlenost na skupnem/notranjem trgu in da bi se zagotovila delovna sila posameznim državam članicam. Šele s Pogodbo iz Maastrichta iz leta 1992 je bila pravica do prostega gibanja delavcev zasnovana kot eden od vidikov pravice do državljanstva EU, tako da so državljani EU imeli pravico preseliti se v drugo državo članico.⁷⁴ *L'histoire se répète* glede državljanov tretjih držav. Podobno kot pri razlagi pravic državljanov EU pred več desetletji, sedaj pravice državljanov tretjih držav temeljijo na sekundarni zakonodaji in se postopoma širijo iz konteksta pravic, ki so povezane z delom.⁷⁵ Ekonomsko gledano bi lahko dejali, da obstajajo močni razlogi za to, da se pravice državljanov EU razširijo na državljane tretjih držav, ki so rezidenti za daljši čas.⁷⁶

Tudi praksa Sodišča EU potrjuje, da obstajajo razlogi, povezani z notranjim trgom, za širitev pravic državljanov tretjih držav. V zadevi *P in S*⁷⁷ je Sodišče EU obravnavalo zahteve države članice glede integracijskega testa za rezidente za daljši čas. V odločbi je spomnilo, da iz uvodnih točk 4, 6 and 12 v preambuli Direktive 2003/109 izhaja, da je temeljni namen te direktive integracija državljanov tretjih držav, ki so za daljši čas nastanjeni v državah članicah.⁷⁸ Posebej je poudarilo dva

⁷² Sporočilo Komisije Evropskemu parlamentu, Svetu, Evropskemu ekonomsko-socialnemu odboru in Odboru regij o novem paktu o migracijah in azilu, COM(2020) 609 final, str. 24.

⁷³ Gl. npr. zadeve C-152/73, Giovanni Maria Sotgiu proti Deutsche Bundespost, ECLI:EU:C:1974:13; C-33/74, Johannes Henricus Maria van Binsbergen proti Bestuur van de Bedrijfsvereniging voor de Metaalnijverheid, ECLI:EU:C:1974:131; C-293/83, Françoise Gravier proti Ville de Liège, ECLI:EU:C:1985:69.

⁷⁴ H. Collins, Progress Towards the Right to Work in the United Kingdom, v: *The Right to Work: Legal in Philosophical Perspectives*, 2014, str. 248.

⁷⁵ A. Wiesbrock, Granting Citizenship-Related Rights to Third-Country Nationals: An Alternative to the Full Extension of European Union Citizenship?, 2012, str. 89.

⁷⁶ M. Hedemann-Robinson, Third-Country Nationals, European Union Citizenship, and Free Movement of Persons: a Time for Bridges Rather Than Divisions, 1997, str. 354.

⁷⁷ Zadeva C-579/13, P in S proti Commissie Sociale Zekerheid Breda in College van Burgemeester en Wethouders van de gemeente Amstelveen, ECLI:EU:C:2015:369.

⁷⁸ Prav tam, tč. 46.

elementa integracije, in sicer interakcijo in socialne kontakte ter dostop državljanov tretjih držav do trga dela in poklicnega izobraževanja.⁷⁹

Zdi se neskladno z delovanjem notranjega trga, da se odreka državljanom tretjih držav pravico do prostega gibanja, ko jim je pa že daljši čas dovoljeno v polni meri sodelovati na notranjem trgu na strani povpraševanja, kot prejemnikom storitev in kupcem blaga.⁸⁰ Njihova vloga je na ta način instrumentalizirana in podrejena ekonomskim in političnim interesom EU in držav članic.⁸¹

Dejstvo, da je PDEU s tem, ko je potrdila in institucionalizirala nadaljevanje različne obravnave državljanov držav članic in državljanov tretjih držav na ravni EU, predstavlja resen izziv začetnim ekonomskim in političnim temeljem evropske integracije, ki temelji na: »cilj povezati gospodarstva držav članic pod enakimi konkurenčnimi pogoji v skupni regionalni trg,⁸² da se izboljšajo življenjski in delovni pogoji vseh »narodov«⁸³ in ne le nekaterih izbranih.«⁸⁴

Sodišče EU do neke mere uporablja funkcionalen pristop, glede na to, da načelo nediskriminacije na podlagi državljanstva v sodni praksi že vpliva na razlago različnih ekvivalentnih konceptov migracijskega prava EU in pravil glede prostega gibanja oseb. Tudi nekateri generalni pravobranilci so že izrazili pomisleke, podobne najinim ob poudarjanju komponente notranjega trga.⁸⁵

Vendar pa so zahteve po enaki obravnavi v migracijskem *acquisu* omejene na specifična področja in ne pokrivajo prostega gibanja na splošno. Tako je potreben drugačen pristop, da se premosti ta težava.

⁷⁹ Prav tam, tč. 47.

⁸⁰ M. Hedemann-Robinson, *Third-Country Nationals, European Union Citizenship, and Free Movement of Persons: a Time for Bridges Rather Than Divisions*, 1997, str. 332; A. Wiesbrock, *Granting Citizenship-related Rights to Third-Country Nationals: An Alternative to the Full Extension of European Union Citizenship?*, 2012, str. 90.

⁸¹ Prav tam, str. 347.

⁸² Kot je bilo zapisano v 2. členu PES.

⁸³ Kot je bilo zapisano v PES, tč. 2 preambule (ang. »peoples«).

⁸⁴ M. Hedemann-Robinson, *Third-Country Nationals, European Union Citizenship, and Free Movement of Persons: a Time for Bridges Rather Than Divisions*, 1997, str. 322; gl. tudi D. Kochenov, M. Van den Brink, *Pretending There is no Union: Non-derivative Quasi-Citizenship Rights of Third-Country Nationals in the EU*, 2015, str. 9.

⁸⁵ Gl. npr. mnenje generalnega pravobranilca Tancheva v zadevi C-302/19, *Istituto nazionale della previdenza sociale (INPS) proti WS*, ECLI:EU:C:2020:452.

5.3 Sodna praksa ESČP

V mednarodnem pravu se vse močneje uveljavlja stališče, da državljanstvo ni dopusten razlog za različno obravnavo. V nadaljevanju bova kratko analizirala odločbe ESČP v zadevah, v katerih se državljani tretjih držav zaradi drugačne obravnave, ki temelji na dejstvu, da nimajo državljanstva EU, sklicujejo na prepoved diskriminacije v 14. členu EKČP.⁸⁶ Najprej je treba izpostaviti, da v skladu z ustaljeno sodno prakso 14. člena EKČP nima samostojne vloge, temveč le dopolnjuje druge materialne določbe konvencije in protokolov. Učinkuje le v povezavi z uživanjem pravic in svoboščin, ki jih zagotavljajo te določbe.⁸⁷ Določba 14. člena ne prepoveduje vsake razlike v obravnavi, temveč samo tiste, ki temeljijo na ugotovljivih objektivnih ali osebnih lastnostih ali statusu (»identifiable, objective, or personal characteristic, or status«), s katerimi se osebe ali skupine oseb razlikujejo od drugih.⁸⁸ ESČP praviloma ugotovi kršitev le, če sporno pravno pravilo ali državni ukrep razlikuje na podlagi spornega kriterija (suspect criterion). Tu lahko dodamo, da ESČP šteje razlikovanje na podlagi državljanstva za sporen kriterij *par excellence*. Dopušča ga le iz zelo tehtnih razlogov (very weighty reasons).⁸⁹ Dokazno breme nosi tožena država.

ESČP je bilo sprva zelo prizanesljivo glede razlik v obravnavi med državljani EU in državljani tretjih držav. V zadevi *Moustaquim proti Belgiji* iz leta 1991 je glede izгона maroškega državljana odločilo, da ne gre za kršitev 14. člena vzvezi z 8. členom EKČP.⁹⁰ V utemeljitvi je zapisalo: “There is objective and reasonable justification for it, as Belgium belongs, together with those States, to a special legal order”.⁹¹

⁸⁶ Gl. obsežno analizo pri E. R. Brouwer, K. De Vries, *Third-Country Nationals in Discrimination on the Ground of Nationality: Article 18 PDEU in the Context of Article 14 ECHR in EU Migration Law: Time for a New Approach, v: Equality in Human Rights: Nothing But Trouble?*, 2015, str. 126–135.

⁸⁷ Gl. med drugimi ESČP, *Abdulaziz, Cabales in Balkinali proti Združenemu Kraljestvu*, pritožbe št. 9214/80; 9473/81; 9474/81, 28. 5. 1985, tč. 71; ESČP, *Ponomaryovi proti Bolgariji*, pritožba št. 5335/05, 28. 6. 2011, tč. 48; ESČP, *Ribač proti Sloveniji*, pritožba št. 57101/10, 5. 12. 2017, tč. 38.

⁸⁸ Gl. med drugimi ESČP, *Clift proti UK*, pritožba št. 7205/07, 13. 6. 2010, tč. 55.

⁸⁹ Gl. ESČP, *Gaygusuz proti Avstriji*, pritožba št. 17371/90, 16. 9. 1996, tč. 42; ESČP, *Koua Poirrez proti Franciji*, pritožba št. 40892/98, 30. 9. 2003, tč. 46; ESČP, *Luczak proti Poljski*, pritožba št. 77782/01, 27. 11. 2007, tč. 48.

⁹⁰ ESČP, *Moustaquim proti Belgium*, pritožba št. 12313/86, 18. februar 1991, tč. 46, 49.

⁹¹ Prav tam, tč. 49.

Leta 1996 je to utemeljitev potrdilo v zadevi *C. proti Belgiji*, tokrat z dodatno utemeljitvijo, da je EU oblikovala lastno državljanstvo.⁹² V nobeni od obeh zadev pa ESČP ni obrazložilo, kateri od elementov prej omenjenega posebnega pravnega reda EU je upravičeval različno obravnavo. Kljub temu je očitno, da so to vzajemnostne obveznosti med državami članicami glede obravnave njihovih državljanov.⁹³ Te obstajajo med članicami EU, ne pa med članicami EU in tretjimi državami.

Tu je treba dodati, da je Odbor za človekove pravice, ustanovljen na podlagi 28. člena Mednarodnega pakta o državljanskih in političnih pravicah⁹⁴ (MPDP), leta 2002 podal mnenje v zadevi *Mümtaz Karakurt proti Avstriji*,⁹⁵ v katerem je zavzel stališče, da je odrekanje pravice kandidirati za članstvo v delavskem svetu (Betriebsrat) osebi, ki ni državljan Avstrije niti EGP, kršitev 26. člena MPDP. Avstrija je upravičevala različno obravnavo s sklicevanjem na zadevo *Moustanim v. Belgium*, pa tudi izrecno na vzajemnostne obveznosti, kar pa je Odbor zavrnil.⁹⁶ V mnenju je zapisal, da ne obstaja nobeno splošno pravilo, da bi takšne vzajemnostne obveznosti na podlagi pogodbe⁹⁷ same po sebi pomenile zadosten razlog glede na 26. člen MPDP, temveč je treba obravnavati vsak primer posebej. Glede na funkcijo, ki jo imajo člani delavskega sveta po mnenju Odbora, ni razumno glede članstva v takšnem organu med tujci razlikovati zgolj na podlagi državljanstva.⁹⁸

V zadevi *Bigaeva proti Grčiji*⁹⁹ iz leta 2009 je šlo za rusko državljanke, ki je že 16 let legalno živela v Grčiji. Po končanem študiju prava ni mogla postati odvetnica, ker ni imela grškega državljanstva ali državljanstva druge države članice. Tudi v tem primeru je ESČP presodilo, da ni kršitve 14. člena v zvezi z 8. členom EKČP.¹⁰⁰ Zanimivo pa je, da se ESČP v utemeljitvi tokrat ni sklicevalo na poseben pravni red EU, ampak je menilo, da ima Grčija (diskrecijsko) pravico predpisati, da morajo biti

⁹² ESČP, *C. proti Belgiji*, pritožba št. 21794/93, 7. 8. 1996, tč. 38.

⁹³ Gl. npr. Bundesverwaltungsgericht 30. 3. 2010, 1 C 8.09, tč. 65. Gl. o tej odločbi K. Eisele, 2021, *The External Dimension of the EU's Migration Policy, Different Legal Positions of Third-Country Nationals in the EU*, str. 199.

⁹⁴ UNTS 999, 171.

⁹⁵ Mr. Mümtaz Karakurt proti Avstriji, Communication No. 965/2000, U.N. Doc. CCPR/C/74/D/965/2000 (2002), odst. 5.5.

⁹⁶ Prav tam.

⁹⁷ V tem primeru je šlo za Pogodbo o EGP.

⁹⁸ *Mümtaz Karakurt proti Avstriji*, tč. 8.

⁹⁹ ESČP, *Bigaeva proti Grčiji*, pritožba št. 26713/05, 28. maj 2009.

¹⁰⁰ Prav tam, tč. 36, 41.

odvetniki v Grčiji grški državljani ali državljani druge članice EU.¹⁰¹ Istega leta je bila odločena tudi zadeva *Weller proti Madžarski*,¹⁰² v kateri je ESČP odločilo, da je odrekanje pravic v zvezi z materinstvom samo zato, ker mati ni imela madžarskega državljanstva ali državljanstva druge članice EU, kršitev 14. člena v zvezi z 8. členom EKČP. Ravnanje Madžarske v tem primeru ni bilo tolerirano na podlagi posebnega pravnega reda EU. Vendar pa ESČP tega argumenta ni pozabilo in ga je ponovilo v zadevi *Ponomaryovi proti Bolgariji*¹⁰³ leta 2011, resda zgolj na splošno in le kot *obiter dictum*. Pritožnika, ruska državljana, ki sta od 2 in 4 leta živela v Bolgariji, nista smela obiskovati srednje šole, ker nista mogla plačati šolnine. Šolnino so morali plačevati otroci državljanov tretjih držav, ne pa tudi otroci migrantov, ki so bili državljani EU. ESČP je odločilo, da je Bolgarija diskriminirala pritožnika na podlagi državljanstva in imigracijskega statusa,¹⁰⁴ s čimer je kršila 14. člen EKČP v zvezi z 2. členom Prvega protokola.

ESČP je izrecno zavrnilo argument vzajemnosti v zadevah *Koua Poirrez proti Franciji*¹⁰⁵ leta 2003 in *Andrejeva proti Latviji*¹⁰⁶ leta 2009. Prva zadeva se je nanašala na državljana Slonokoščene obale, ki mu je bilo zavrnjeno nadomestilo zaradi invalidnosti, ker ni bil državljan Francije ali druge države, s katero je Francija sklenila sporazum o vzajemnem obravnavanju državljanov. ESČP je odločilo, da je Francija s svojim ravnanjem kršila 14. člen EKČP v zvezi s 1. členom Prvega protokola. V zadevi *Andrejeva proti Latviji* pritožnici, bivši državljanki Sovjetske zveze, ki je ostala brez državljanstva, pri izračunu pokojnine niso upoštevali obdobj, ko je delala izven Latvije, samo zato, ker ni bila latvijska državljanka. Tudi v trm primeru je ESČP odločilo, da gre za kršitev 14. člena EKČP v zvezi s 1. členom Prvega protokola. Pri tem je izrecno zavrnilo latvijski argument, da je upoštevanje obdobj preživetih v tujini stvar bilateralnih sporazumov, ki pa jih Latvija z Rusijo in Ukrajino (kjer je pritožnica očitno tudi živela in delala) ni imela sklenjenih.¹⁰⁷ Dejstvo, da neobstoj

¹⁰¹ Ker poklic odvetnika vključuje tudi izvrševanje nekaterih javnih pooblastil na področju pravosodja, je bila Grčiji priznana dokaj široka diskrecija glede urejanja dostopa do tega poklica. Gl. *Bigaeva proti Grčiji*, tč. 40. Gl. tudi E. R. Brouwer, K. De Vries, *Third-Country Nationals in Discrimination on the Ground of Nationality: Article 18 PDEU in the Context of Article 14 ECHR in EU Migration Law: Time for a New Approach, v: Equality in Human Rights: Nothing But Trouble?*, 2015, str. 129.

¹⁰² ESČP, *Weller proti Madžarski* pritožba št. 44399/05, 31. 3. 2009, tč. 38 do 40. Mati je bila Romunka in tedaj Romunija še ni bila članica EU. Postala pa je članica še preden je ESČP odločilo v tej zadevi.

¹⁰³ ESČP, *Ponomaryovi proti Bolgariji*, pritožba št. 5335/05, 21. 6. 2011, tč. 54.

¹⁰⁴ Ko sta postala polnoletna, sta bila začasno brez dovoljenja za bivanje.

¹⁰⁵ ESČP, *Koua Poirrez proti Franciji*, pritožba št. 40892/98, 30. 9. 2003.

¹⁰⁶ ESČP, *Andrejeva proti Latviji* (Veliki senat), pritožba št. 55707/00, 18. februar 2009.

¹⁰⁷ Prav tam, tč. 90.

takšnih bilateralnih sporazumov ni relevanten, je ESČP izpostavilo tudi v zadevi *Ribač proti Sloveniji*. Tudi v tem primeru je bil pritožnik diskriminiran glede izračuna pokojnine zgolj zato, ker ni imel slovenskega državljanstva. Sodišče je citiralo svojo odločbo v zadevi *Andrejeva proti Latvija* in ponovno odločilo, da gre za kršitev 14. člena EKČP v zvezi s 1. členom Prvega protokola.¹⁰⁸

ESČP je ponovno zavrnilo argument (ne)vzajemnosti v zadevah *Fawsie proti Grčiji* in *Saidoun proti Grčiji* leta 2010.¹⁰⁹ Oba pritožnika sta v Grčiji uživala status beguncev, a nista imela pravice do družinskega dodatka, do katerega so imeli pravico grški državljani, begunci grškega izvora ter državljani EU in EEA. ESČP je odločilo, da gre za kršitev 14. člena v zvezi z 8. členom EKČP. Treba pa je dodati, da je Grčija v tem primeru kršila tudi 23. člen Konvencije o status beguncev,¹¹⁰ po katerem bi morala beguncem, ki legalno bivajo na njenem ozemlju, glede socialnih dajatev zagotoviti enako obravnavo kot lastnim državljanom.

Odrekanje dajatev iz naslova socialne varnosti državljanom tretjih držav, ker niso državljani EU, je bilo tudi predmet zadev *Gaygusuz proti Avstriji* leta 1996, *Luczak proti Poljski* leta 2007 in *Dhabbi proti Italiji* leta 2014.¹¹¹ V vseh treh primerih je šlo za državljane tretjih držav, ki so bili rezidenti za daljši čas v državah toženkah. ESČP je izpostavilo dejstvo, da so pritožniki delali v teh državah in prispevali v njihove sisteme socialne varnosti enako kot njihovi domači državljani. Zato je neenaka obravnava pritožnikov pomenila kršitev 14. člena EKČP v zvezi s 1. členom Prvega protokola. Medtem ko je ESČP v prvih dveh zadevah zahtevalo enako obravnavo pritožnikov z domačimi državljani Avstrije in Poljske, je bila njegova odločitev v zadevi *Dhabbi proti Italiji* prva, v kateri je neposredno presodilo, da gre za nedopustno diskriminacijo državljanov tretjih držav v primerjavi z državljani EU. ESČP je odločilo, da so italijanski organi z odklonitvijo družinskega dodatka državljanu Tunizije samo zato, ker ni bil državljan EU, prekršili prepoved diskriminacije iz 14. člena EKČP v zvezi s 1. členom Prvega protokola.

¹⁰⁸ ESČP, *Ribač proti Sloveniji*, pritožba št. 57101/10, 5. 12. 2017, tč. 65 do 67.

¹⁰⁹ ESČP, *Fawsie proti Grčiji*, pritožba št. 40080/07, 28. 10. 2010; ESČP, *Saidoun proti Grčiji*, pritožba št. 40083/07, 28. 10. 2010.

¹¹⁰ UNTS vol. 189, str. 137.

¹¹¹ ESČP, *Gaygusuz proti Avstriji*, pritožba št. 17371/90, 16. 9. 1996, tč. 46; ESČP, *Luczak proti Poljski*, pritožba št. 77782/01, 27. 11. 2007, tč. 55, in ESČP, *Dhabbi proti Italiji*, pritožba št. 17120/09, 8. 4. 2014, tč. 52.

Na podlagi zgornjih odločitev lahko ugotovimo, da je bila prva odločitev, v kateri je ESČP priznalo, da neenaka obravnava državljanov tretjih držav krši 14. člen EKČP, *Gaygusuz proti Austriji*. S to odločitvijo se je pričela serija odločitev, v katerih ESČP izpostavlja, da so razlike v obravnavi, ki temeljijo izključno na državljanstvu, dopustne le, če jih upravičujejo zelo tehtni razlogi.¹¹² Tako smo lahko opazili, da se je ESČP postopoma odmaknilo od prvotnega kategoričnega stališča, da je slabša obravnava državljanov tretjih držav v primerjavi z državljani upravičena že zaradi posebnega pravnega reda in državljanstva EU, k stališču, da je treba vsebinsko presojati vsak primer posebej.¹¹³ Pri tem je ključen kriterij, ali gre za osebo ki že daljši čas zakonito biva v EU.¹¹⁴ ESČP je leta 2011 v zadevi *Bigaeva proti Grčiji Greece* resda ponovilo, da bi ugodnejša obravnava državljanov EU lahko bila utemeljena s posebnim pravnim redom in državljanstvom EU, vendar je treba dodati, da je ESČP to zapisalo na splošno, da bi pokazalo primer, kjer bi različna obravnava lahko bila upravičena. Šlo je torej za *obiter dictum*. ESČP namreč ni našlo upravičenega razloga za različno obravnavo pritožnice v posebnem pravnem redu in državljanstvu EU, temveč v pravici Grčije, da s široko mero diskrecije uredi dostop do odvetniškega poklica.

Glede na to, da se je več zadev nanašalo na pritožnike v prekarjem položaju (*Andrejeva* in *Ribać* sta bila (vsaj *de facto*) apatrida, *Fawsie* in *Saidoun* sta bila begunca, *Koua Poirrez* pa je bil invalid), bi lahko te okoliščina vplivale na odločitev ESČP v korist pritožnikov. Zato se nama zdijo pomembnejše zadeve glede socialnih transferjev *Gaygusuz proti Avstriji*, *Luczak proti Poljski* in *Dhabbi proti Italiji*. Vsi trije pritožniki so bili delavci-migranti in so že vrsto let zakonito bivali v toženih državah. Plačevali so davke, bili so vključeni v relevantne sisteme socialne varnosti in so plačevali prispevke vanje. Kot je ugotovilo ESČP, njihov položaj ni bil drugačen od položaja lastnih državljanov Avstrije in Poljske v prvih dveh zadevah in od državljanov drugih držav članic, ki so živeli in delali v Italiji, v tretji zadevi. Ker je drugačna obravnava pritožnikov temeljila izključno na njihovem državljanstvu, je

¹¹² ESČP, *Koua Poirrez proti Franciji*, pritožba št. 40892/98, 30. 9. 2003, tč. 46; *Luczak proti Poljski*, pritožba št. 77782/01, 27. 11. 2007, tč. 48; *Andrejeva proti Latviji* (Veliki senat), pritožba št. 55707/00, 18. 2. 2009, tč. 87; *Fawsie proti Grčiji*, pritožba št. 40080/07, 28. 10. 2010, tč. 35; in *Saidoun proti Grčiji*, pritožba št. 40083/07, 28. 10. 2010, tč. 37.

¹¹³ Podobno je tudi Odbor za človekove pravice prvotno sledil ESČP v zadevi *Moustaquim proti Belgiji*, gl. npr. *Van Oord proti Nizozemski* Communication No. 658/1995, a je spremenil svoj pristop v zgoraj obravnavani zadevi *Mr. Mîmtaz Karakurt proti Avstriji*. Gl. tč. 8.

¹¹⁴ Gl. tudi E. R. Brouwer, K. De Vries, *Third-Country Nationals in Discrimination on the Ground of Nationality: Article 18 PDEU in the Context of Article 14 ECHR in EU Migration Law: Time for a New Approach, v: Equality in Human Rights: Nothing But Trouble?*, 2015, str. 134.

ESČP odločilo, da so vse tri tožene države prekršile prepoved diskriminacije iz 14. člena EKČP. Če je že ugodnejša obravnava lastnih državljanov v Avstriji in na Poljskem pomenila diskriminacijo, to velja *a fortiori* glede ugodnejšega tretmaja državljanov drugih držav, četudi so državljani EU,¹¹⁵ kot izhaja iz zadeve *Dhabbi proti Italiji*. Tako ESČP očitno ne dopušča diskriminacije rezidentov za daljši čas glede socialnih transferjev, če ta temelji izključno na državljanstvu. Argument (ne)vzajemnosti, ki je ključni element posebnega pravnega reda EU, je Sodišče v več odločbah zavrnilo. Tako lahko zaključiva ta razdelek z ugotovitvijo, da ESČP šteje diferencialno obravnavo državljanov tretjih držav, ki so rezidenti za daljši čas, zgolj na podlagi njihovega državljanstva, za diskriminatorno, s čimer država članica krši 14. člen EKČP. To velja zlasti za državljane tretjih držav, ki so delavci migranti, katerih položaj se ne razlikuje od položaja lastnih državljanov držav članic in delavcev migrantov, ki prihajajo iz drugih držav članic.

ESČP zahteva enako obravnavo rezidentov za daljši čas z lastnimi državljani in državljani drugih držav članic glede socialnih transferjev, ker vsi na enak način prispevajo k nacionalni ekonomiji in sistemu socialne varnosti v državah članicah, v kateri prebivajo. Ta pristop bi lahko prenesli tudi na druga področja obravnave lastnih delavcev in delavcev migrantov v državah članicah, in sicer zlasti glede pravice do prostega gibanja in bivanja. Dejstvo, da so delavci migranti, ki so državljani tretjih držav, in delavci migranti, ki so državljani EU, v bistveno enakem položaju, povzroči, da so razlike v njihovi obravnavi diskriminatorne. Glede na to, da državam članicam ni dovoljena različna obravnava (vsaj) državljanov tretjih držav, ki so rezidenti za daljši čas, glede pravic po njihovem notranjem pravu, bi to *a fortiori* moralo veljati glede pravic iz prava EU.

5.4 Obveznost pravične obravnave v luči logike notranjega trga in zahtev ESČP

Obravnavane odločbe ESČP pomagajo razjasniti pravne standarde glede obravnave državljanov tretjih držav, ki jih mora zadovoljiti pravni okvir EU po uveljavitvi Lizbonske pogodbe.¹¹⁶ Čeprav 14. člen EKČP ne zavezuje EU niti njenih držav članic, da razširijo varstvo 18. člena PDEU na državljane tretjih držav, je lahko ovira

¹¹⁵ Drugače bi bilo le v primerih (v EU še dovoljene) obratne diskriminacije. Gl. D. Kochenov, *A Real European Citizenship: A New Jurisdiction Test: A Novel Chapter in the Development of the Union in Europe*, 2011, str. 55.

¹¹⁶ Drugi odstavek 6. člena PEU daje pravno podlago za pristop EU k EKČP.

za različno obravnavo domačih državljanov držav članic in državljanov tretjih držav, ker je ESČP postavilo zelo stroge kriterije glede dopustnosti razlikovanja na podlagi državljanstva. Tako je zapisano v odločbi Velikega senata v zadevi *Biao proti Danskí*, da je razlikovanje izključno ali v odločilni meri na podlagi etničnega izvora neke osebe v moderni družbi in razlikovanje na podlagi državljanstva dovoljeno le na podlagi nujnih ali prepričljivih ali zelo tehtnih razlogov (»compelling or very weighty reasons«).¹¹⁷

Kot je bilo prikazano zgoraj, pušča ESČP le malo prostora za neenako obravnavo delavcev migrantov, ki so državljani tretjih držav, in delavcev migrantov, ki so državljani EU, glede delovnih pogojev in drugih vidikov povezanih z delom. Vendar pa ne moremo teh sodb ESČP enostavno razširiti in trditi, da je na njihovi podlagi potrebna tudi enaka obravnava glede pravice do prostega gibanja in bivanja v EU. Tako se še vedno zastavlja vprašanje, ali je zaželeno ohraniti različne ravni pravic glede državljanov tretjih držav, ki legalno bivajo in delajo v EU že daljši čas in katerih povezava z državo gostiteljico se ne razlikuje od tiste, ki jo imajo gostujoči delavci, ki so mobilni državljani EU,¹¹⁸ še zlasti v luči obveznosti pravične obravnave iz 79. člena PDEU.

Glede na to, da morajo biti ukrepi na podlagi 79. člena PDEU skladni s cilji, ki so v pristojnosti EU na tem področju, meniva, da morajo obstajati »zelo tehtni razlogi«, ki skladno s prakso ESČP upravičujejo različno obravnavo na podlagi državljanstva, obravnavani v luči paradigme notranjega trga. Kot izhaja iz zgodovinske in namenske dimenzije pravic delavcev v EU, imata protidiskriminacijsko pravo EU in pravica do dela skupen izvor, kar pa se nekako pozablja glede delavcev, ki so državljani tretjih držav. Njihov status delavcev migrantov se ne razlikuje bistveno od statusa delavcev migrantov, ki so državljani EU, z izjemo državljanstva. Pri tem je treba poudariti, da je podstat pravic, ki se navezujejo na status delavcev migrantov, ki so državljani EU, delovanje notranjega trga.

¹¹⁷ ESČP, *Biao proti Danskí*, pritožba št. 38590/10, 25. 3. 2014, tč. 94. Gl. tudi ESČP, *Ponomyarovi proti Bulgariji*, pritožba št. 5335/05, 21. 6. 2011.

¹¹⁸ S. Morano-Foadi, K. de Vries, *The Equality Clauses in the EU Directives on Non-discrimination in Migration/Asylum*, v: *Integration for Third-Country Nationals in the European Union: The Equality Challenge*, 2012, str. 41.

Sodišče EU je že večkrat poudarilo, da je pri ugotavljanju objektivne primerljivosti položajev ključnega pomena cilj, ki ga zasledujejo relevantna pravila.¹¹⁹ Ob takšnem scenariju si je težko predstavljati, kateri »zelo tehtni razlogi« v luči sodne prakse ESČP na podlagi 14. člena EKČP bi lahko upravičevali ukrepe EU in držav članic, ki obravnavajo delavce iz tretjih držav v primerljivih situacijah drugače kot EU delavce. Tako je ravno pravična obravnava tista, ki pogosto zahteva enako obravnavo teh dveh kategorij delavcev.

6 Zaključek

Kot je bilo zgoraj ugotovljeno, ni realno pričakovati, da bi se položaj delavcev iz tretjih držav lahko izboljšal z ukrepi na področju državljanstva EU ali držav članic. Bistveno več možnosti za izboljšanje njihovega položaja vidiva na področju migracijskega prava EU, in sicer na podlagi argumentov, ki temeljijo na filozofiji notranjega trga, katerega ključni element je prosto gibanje ekonomsko aktivnih oseb. Zato je pomembno, da EU zagotavlja enake pravice vsem ekonomskim migrantom. Omejitve glede delavcev iz tretjih držav naj bi bile dopustne le, ko vstopijo na notranji trg v prvi državi članici. Ko pa postanejo del notranjega trga, in so aktivni na trgu dela, bi se jih moralo obravnavati enako kot EU delavce migrante. Načelo medsebojnega zaupanja, ki je temelj enake obravnave v EU, zahteva, da druge države članice zaupajo prvi državi članici, ravno tako kot morajo zaupati prvi državi članici glede državljanov tretjih držav potem, ko ti pridobijo njeno državljanstvo. Kljub temu je zelo malo verjetno, da bo EU v trenutni politični situaciji v Evropi učinkovito uporabila pristojnosti za izboljšanje položaja delavcev iz tretjih držav, ki jih z Lizbonsko pogodbo pridobila na podlagi 79. člena PDEU. Predlagana prenovitev Direktive 2003/109 bi sicer lahko prinesla nekatere spremembe za izboljšanje položaja državljanov tretjih držav, vendar bodo morale prestat zakonodajno sito, predvsem seveda obravnavo v Svetu EU, kjer države članice odločno branijo svojo suverenost. Predlog za prenovitev Direktive 2003/109 je bil predstavljen v letu 2022, v času priprave prispevka pa zakonodajni postopek še poteka. V vsakem primeru bo veliko odvisno od (pro)aktivne vloge Sodišča EU, ki, za razliko od Komisije EU in Sveta EU, ni politična institucija. Odrekanje pravice do prostega gibanja in bivanja državljanom tretjih držav slabi eno od najpomembnejših pridobitev evropske integracije. Vse dokler so najbolj številni

¹¹⁹ Gl. npr. združeni zadevi C-443 in 444/14, Kreis Warendorf proti Ibrahimu Aloju in Amira Osso proti Region Hannover, ECLI:EU:C:2016:127, tč. 54.

ekonomski migranti izločeni iz notranjega trga in zaprti v »neobstoječe« meje med državami članicami, ni pravega notranjega trga za osebe.

Literatura

- Acosta Arcarazo, Diego, *The Long Term Residence Status as a Subsidiary Form of EU Citizenship, An Analysis of Directive 2003/109*, Brill, Leiden 2011.
- Azoulai Loic, De Vries Karin, Introduction, v: *EU Migration Law*, L. Azoulai, K. de Vries (ur.), OUP, Oxford 2014.
- Balibar, Étienne, *Nous, citoyens d'Europe? Les frontières, l'État, le peuple*, La découverte, Paris 2001.
- Benedi Lahuerta Sara, *Taking EU Equality Law to the Next Level: in Search of Coherence*, *European Labour Law Journal*, Let. 7 (2016), št. 3, str. 348–367.
- Brouwer R. Evelien, De Vries Karin, *Third-Country Nationals in Discrimination on the Ground of Nationality: Article 18 PDEU in the Context of Article 14 ECHR in EU Migration Law: Time for a New Approach v: Equality in Human Rights: Nothing But Trouble?*, M. van den Brink, S. Burri in J. Goldschmidt (ur.), SIM, Utrecht 2015.
- Carrera Sergio in Wiesbrock Anja, *Whose European Citizenship in the Stockholm Programme? The Enactment of Citizenship by Third Country Nationals in the EU*, *European Journal of Migration in Law*, Let. 12 (2010), št. 3, str. 337–359.
- Collins Hugh, *Progress towards the Right to Work in the United Kingdom, v: The Right to Work: Legal in Philosophical Perspectives*, V. Mantouvalou (ur.), Hart, Oxford 2014.
- Davies Gareth, *Democracy in Legitimacy in the Shadow of Purposive Competence*, *European Law Journal*, Let. 21 (2015), št. 1, str. 2–22.
- Della Torre Lucia, De Lange Tesseltje, *The Importance of Staying Put: Third Country Nationals Limited Intra-EU Mobility Rights*, *Journal of Ethnic in Migration Studies*, Let. 44 (2018), št. 9, str. 1409–1424.
- Desmond Alan, *The Private Life of Family Matters: Curtailing Human Rights Protection for Migrants under Article 8 of the ECHR?*, *European Journal of International Law*, Let. 29 (2018), št. 1, str. 261–279.
- Eisele, Katharina, *The External Dimension of the EU's Migration Policy, Different Legal Positions of Third-Country Nationals in the EU*, Brill, Leiden 2021.
- Fredman, Sandra, *Discrimination Law* (2. izdaja), OUP, Oxford 2011.
- Fredman Sandra, *Substantive Equality Revisited*, *International Journal of Constitutional Law*, Let. 14 (2016), št. 3, str. 712–738.
- Friðriksdóttir, Bjarney, *What Happened to Equality? The Construction of the Right to Equal Treatment of Third-Country Nationals in European Union Law on Labour Migration*, Brill, Leiden 2017.
- Ganty Sarah, *Silence Is Not (Always) Golden: A Criticism of the ECJ's Approach Towards Integration Conditions for Family Reunification*, *European Journal of Migration and Law*, Let. 23 (2021), št. 2, str. 176–201.
- Garlick V. Madeleine, *Inequality for Asylum-Seekers and People Entitled to Protection in the European Union, v: Integration for Third-Country Nationals in the European Union: The Equality Challenge*, S. Morano-Foadi in M. Malena (red.), Edward Elgar Publishing, Cheltenham 2012.
- Hedemann-Robinson Martin, *Third-Country Nationals, European Union Citizenship, and Free Movement of Persons: a Time for Bridges Rather Than Divisions*, *Yearbook of European Law*, Let. 16 (1997), št. 1, str. 321–362.

- Iglesias Sánchez Sara, Free Movement of Third Country Nationals in the European Union? Main Features, Deficiencies in Challenges of the New Mobility Rights in the Area of Freedom, Security in Justice, *European Law Journal*, *Let.* 15 (2009), št. 6, str. 791–805.
- Iglesias Sánchez Sara, Fundamental Rights Protection for Third Country Nationals in Citizens of the Union: Principles for Enhancing Coherence, *European Journal of Migration and Law*, *Let.* 15 (2013), št. 2, str. 137–153.
- Kochenov Dimitry, Ius Tractum of Many Faces: European Citizenship in the Difficult Relationship Between Status in Rights, *Columbia Journal of European Law*, *Let.* 15 (2009), št. 2, str. 169–237.
- Kochenov, Dimitry, Citizenship Without Respect: The EU's Troubled Equality Ideal, *Jean Monnet Working Paper*, *Let.* 8 (2010).
- Kochenov Dimitry, Mevrouw De Jong Gaat Eten: EU Citizenship in the Culture of Prejudice, *EUI RSCAS Working Paper*, *Let.* 6 (2011).
- Kochenov Dimitry, A Real European Citizenship: A New Jurisdiction Test: A Novel Chapter in the Development of the Union in Europe, *Columbia Journal of European Law*, *Let.* 18 (2011), št. 1, str. 55–108.
- Kochenov Dimitry, Van den Brink Martijn, Pretending There is no Union: Non-Derivative Quasi-Citizenship Rights of Third-Country Nationals in the EU, *EUI Working Papers LAW*, *Let.* 7 (2015).
- Kochenov Dimitry, Lindeboom Justin, Pluralism Through Its Denial: The Success of EU Citizenship, *University of Groningen Faculty of Law Research Paper Series*, *Let.* 1 (2018).
- Kostakopoulou Dora, Long-Term Resident Third-Country Nationals in the European Union: Normative Expectations and Institutional Openings, *Journal of Ethnic in Migration Studies*, *Let.* 28 (2002), št. 3, 443–662.
- Kostakopoulou Dora, Who Should Be a Citizen of the Union? Toward Autonomous European Union Citizenship, v: Should EU Citizenship be Disentangled from Member State Nationality, L. Orgad in J. Lepoutre (red.), *EUI Working Paper RSCAS 2019/24*, Baida Fiesolana 2019.
- McCormack-George Dáire, Equal Treatment of Third-Country Nationals in the European Union: Why Not?, *European Journal of Migration in Law*, *Let.* 21 (2019), št. 1, str. 53–82.
- Morano-Foadi Sonia, De Vries Karin, The Equality Clauses in the EU Directives on Non-Discrimination in Migration/Asylum, v: Integration for Third-Country Nationals in the European Union: The Equality Challenge, S. Morano-Foadi in M. Malena (red.), Edward Elgar Publishing, Cheltenham 2012.
- Morano-Foadi Sonia, Malena Micaela, Integration for Third-Country Nationals in the European Union, v: Integration for Third-Country Nationals in the European Union: The Equality Challenge, S. Morano-Foadi in M. Malena (red.), Edward Elgar Publishing, Cheltenham 2012.
- Murphy Clíodhna, Membership Without Naturalisation? The Limits of European Court of Human Rights Case Law on Residence Security in Equal Treatment, v: Questioning EU Citizenship: Judges in the Limits of Free Movement in Solidarity in the EU, D. Thym (ur.), Hart, Oxford 2017.
- O'Leary Síofra, Free Movement of Persons in Services, v: The Evolution of EU Law (2. izdaja), P. Craig in G. De Búrca (ur.), OUP, Oxford 2011.
- Peers Steve, Implementing Equality? The Directive on Long Term Resident Third Country Nationals, *European Law Review*, *Let.* 29 (2004), št. 4, str. 437–460.
- Sarmiento Daniel, Van den Brink Martijn, EU Competence in Investor Migration, v: Citizenship and Residence Sales: Rethinking the Boundaries of Belonging, D. Kochenov, K. Surak (ur.), CUP, Cambridge 2023.
- Shuibhne N. Nic, The Resilience of EU Market Citizenship, *Common Market Law Review*, *Let.* 47 (2010), št. 6, str. 1597–1628.
- Small Joan, Grant Evadné, Dignity, Discrimination, in Context: New Directions in South African in Canadian Human Rights Law, *Human Rights Review*, *Let.* 6 (2005), št. 2, str. 25–63.

- Thym, Daniel (ur.), *EU Immigration in Asylum Law: A Commentary* (2. izdaja), Beck/Hart, Leiden 2016.
- De Vos Marc, *The European Court of Justice in the March Towards Substantive Equality in European Union Antidiscrimination Law*, *International Journal of Discrimination in the Law*, Let. 20 (2020), št. 1, str. 67–87.
- De Waele Henri, *EU Citizenship: Revisiting Its Meaning, Place in Potential*, *European Journal of Migration in Law*, Let. 12 (2010), str. 319–336.
- Weiler Joseph H. H., *Thou Shalt Not Oppress a Stranger: On the Judicial Protection of the Human Rights of Non-EC Nationals - A Critique*, *European Journal of International Law*, Let. 3 (1992), št. 1, str. 65–91.
- Weingerl Petra, *Tratnik Matjaž, Climbing the Wall around EU Citizenship: Has the Time Come to Align Third-Country Nationals with Intra-EU Migrants?*, *European Journal of International Law*, Let. 33 (2022), št. 1, str. 15–38.
- Weingerl Petra, *Tratnik Matjaž, Položaj delavcev migrantov iz tretjih držav v primerjavi z delavci migranti, ki so državljani EU, Delavci in Delodajalci*, Let. 23 (2023), št. 1, str. 9–26.
- Wiesbrock Anja, *'Free Movement of Third Country Nationals in the European Union: The Illusion of Inclusion'*, *European Law Review*, Let. 35 (2010), št. 4, str. 455–475.
- Wiesbrock Anja, *Granting Citizenship-Related Rights to Third-Country Nationals: An Alternative to the Full Extension of European Union Citizenship?*, *European Journal of Migration and Law*, Let. 14 (2012), št. 1, str. 63–94.
- Wilderspin Michael, *Articles 77-80, v: The EU Treaties in the Charter of Fundamental Rights: A Commentary*, M. Kellerbauer, M. Klammert in J. Tomkin (ur.), OUP, Oxford 2019.

SUMMARY

One of the EU's objectives is to create an area of freedom, security and justice without internal frontiers, in which the free movement of persons is guaranteed - together with appropriate measures on external border control, asylum, immigration and the prevention of and fight against crime (Article 3 of the Treaty on European Union (TEU)). However, freedom of movement (and other freedoms and rights) is not the same for all persons but is determined by their status. It depends primarily on whether the person is an EU national or a third-country national. In this paper, we focus on the unequal treatment of migrant workers who are third-country nationals compared to migrant workers who are nationals of Member States. In particular, we focus on what can be achieved to improve the situation of third-country nationals on the basis of the existing legal and policy frameworks regarding the position of third-country nationals in the EU labour market. In this respect, changes are on the horizon, as the European Parliament and the Council of the EU have on the table a package of proposals for amendments to secondary legislation in the framework of the "New Pact on Migration and Asylum".

There are around 39 million people living in EU Member States who do not have the nationality of the country where they live. 23 million are third-country nationals, representing 5.1% of the EU population. Of these, more than 10 million hold a long-term residence permit or a permanent residence permit. Nationals of Member States who do not live in their home country have the status of EU citizens and enjoy a range of migratory, economic, and political rights in other Member States, in line with the prohibition of discrimination on the grounds of nationality in Article 18 of the Treaty on the Functioning of the EU (TFEU). While Member States may not discriminate against nationals of other Member States compared to their own nationals, they are largely allowed to apply different treatment to third-country nationals. In the case of long-term resident workers, this is allegedly problematic from the human rights perspective and at odds with Article 79 TFEU, which requires the Union to develop a common immigration policy aimed at ensuring 'fair treatment of third-country nationals residing legally in Member States'. This contribution seeks to offer a new perspective on the controversial issue of the treatment of third-country migrant workers on one side and EU migrant workers on the other, in particular as regards migration rights.

In Chapter 2, we briefly explain the application of the concepts of inequality and fair treatment. In the third chapter, we review the shortcomings of the EU *acquis* on legal migration. Given that the acquisition of EU citizenship would eliminate inequalities between third-country nationals and EU citizens, in Chapter 4, we briefly discuss the possibilities for third-country nationals to acquire EU citizenship. In this context, we first discuss the possibility of a (limited) harmonisation of Member States' naturalisation rules, followed by the possibility of directly acquiring EU citizenship through a kind of euronationalisation, as proposed by some authors. These two options are unrealistic for political reasons. Therefore, in Chapter 5, we explore the possibilities for a greater degree of equality of treatment of third-country nationals in certain contexts based on the instruments offered by the Treaties and international law, in particular the ECHR.

ORGANIZACIJA JAVNE OBLASTI V DRŽAVAH ČLANICAH EU: JE NACIONALNA INSTITUCIONALNA AVTONOMIJA SAMO MIT?

ALEŠ FERČIČ

Univerza v Mariboru, Pravna fakulteta, Maribor, Slovenija
ales.fercic@um.si

V prispevku so obravnavane meje nacionalne institucionalne avtonomije, ki jih je treba upoštevati pri organizaciji javne oblasti v državah članicah EU. Obravnavane so zlasti v kontekstu vertikalne delitve pristojnosti, glavno vprašanje pa je, katera načela in pravila je treba upoštevati pri oblastnem določanju pristojnosti regionalnih in lokalnih oblasti, torej v okviru organizacije regionalne in lokalne samouprave. Avtor upošteva posebno naravo in značilnosti EU in njenega prava, vključno z načeli, ki so bistvenega pomena, ter evropeizacijo javnega prava. V tej zvezi utemelji stališče, da kljub uveljavitvi načela nacionalne institucionalne avtonomije v sodni praksi, in kljub določbi PEU o spoštovanju nacionalne identitete, ki je neločljivo povezana s temeljnimi političnimi in ustavnimi strukturami držav članic, vključno z regionalno in lokalno samoupravo, njihova avtonomija na tem področju ni absolutna. Zato meni, da je lahko v opisanem kontekstu uporaba pojma »avtonomija« nehotе zavajajoča in namesto njega predlaga uporabo pojma »pristojnost« držav članic.

DOI
[https://doi.org/
10.18690/um.pf.1.2024.18](https://doi.org/10.18690/um.pf.1.2024.18)

ISBN
978-961-286-817-8

Ključne besede:
načelo nacionalne
institucionalne avtonomije,
javna uprava,
ustavno in upravno pravo,
pravo EU,
evropeizacija javnega prava



Univerzitetna založba
Univerze v Mariboru

DOI

[https://doi.org/
10.18690/um.pf.1.2024.18](https://doi.org/10.18690/um.pf.1.2024.18)

ISBN

978-961-286-817-8

Keywords:

principle of national
institutional autonomy,
public administration,
constitutional and
administrative law,
EU law,
Europeanization of public
law

ORGANIZATION OF PUBLIC AUTHORITY IN MEMBER STATES: IS THE NATIONAL INSTITUTIONAL AUTONOMY JUST A MYTH?

ALEŠ FERČIČ

University of Maribor, Faculty of Law, Maribor, Slovenia
ales.fercic@um.si

This article discusses the limits of national institutional autonomy which must be considered when organizing systems of public authority in Member States. The limits are discussed in particular in the context of vertical division of competences. The main question is which legal principles and rules must be considered when defining competences of regional and local authorities, that is to say, in the context of regional and local self-government. The author takes into account the special nature and characteristics of the EU and its law, including fundamental legal principles and the process of Europeanization of public law. In this regard, the author justifies the thesis that in spite of the establishment of principle of national institutional autonomy in the case law and in spite of the TEU's provision on respect of national identity, which is inherent in Member States' fundamental structures, political and constitutional (inclusive of regional and local self-government), their autonomy in the discussed field is not absolute. Therefore, the author considers that in the described context, the use of the term "autonomy" can be unintentionally misleading and suggests the use of the term "competence" of the Member States instead.



University of Maribor Press

1 Uvod

Članstvo v Evropski uniji (EU) terja, *inter alia*, prenos izvrševanja dela suverenih pravic.¹ Država članica posledično ni več popolnoma avtonomna pri sprejemanju odločitev, ki sodijo v okvir t. i. prenesenih pristojnosti.² Skratka, avtonomijo držav članic na določenem področju je treba ustrezno obravnavati v povezavi s pristojnostmi EU. Pri tem pa je treba upoštevati, da lahko EU v nekaterih primerih preko pristojnosti, ki so jih nanjo nesporno prenesle države članice, posredno vpliva tudi na področja, kjer ni prišlo do formalnega prenosa pristojnosti s strani držav članic na EU.

Z upoštevanjem pravkar navedenega je jedro tega prispevka odgovor na vprašanje, ali je država članica po veljavni ureditvi avtonomna pri organizaciji javne oblasti, tj. pri odločanju o strukturi te oblasti in delitvi pristojnosti med oblastne entitete, njihove organe in nosilce javnih pooblastil.

Pri tem je poudarek na problemskem sklopu, ki se tiče vertikalne delitve pristojnosti. Gre za tipično javno politično in (ustavno) pravno problematiko, kar je pomembno, ker je v pravu EU izrecno določeno, da EU spoštuje nacionalno identiteto držav članic, ki je neločljivo povezana z njihovimi temeljnimi političnimi in ustavnimi strukturami, vključno z regionalno in lokalno samoupravo.³

Navedeno je mogoče šteti kot izraz načela nacionalne institucionalne avtonomije, vendar je pri določitvi njegovih mej treba upoštevati sistem, ki mu to načelo pripada. Skratka, preveriti je treba, kako nanj vpliva interakcija z drugimi elementi tega sistema, zlasti z nekaterimi temeljnimi načeli, ki (so)tvorijo ustavno in upravno pravo EU, pri čemer je poudarek predvsem na načelih, ki so kodificirana v 4. in 5. členu PEU. Ta načela se tako ali drugače nanašajo na pristojnost EU (in držav članic), zato menim, da brez njihove vsaj osnovne obravnave ni mogoče pravilno razumeti načela nacionalne institucionalne avtonomije in njegovih mej.⁴ Ker pa prej navedenega ni

¹ Gl. zlasti 1. člen Pogodbe o Evropski uniji (UL C 326, 26. 10. 2021; PEU); in prvi odstavek 3. člena Ustave Republike Slovenije (Uradni list RS, št. 33/91-I, 42/97, 66/00, 24/03, 47, 68, 69/04, 69/04, 69/04, 68/06, 47/13, 47/13, 75/16 in 92/21; Ustava RS).

² Več o prenosu pristojnosti sledi v poglavju 3.2.

³ EU spoštuje tudi temeljne državne funkcije; gl. drugi odstavek 4. člena Pogodbe o Evropski uniji, (UL C, 7. 6. 2016; PEU).

⁴ Podobno velja glede načela nacionalne postopkovne avtonomije, ki tukaj ni podrobno obravnavano, je pa primerno opozoriti, da popolna oz. pristna nacionalna postopkovna avtonomija ne obstaja, saj je znatno

primerno obravnavati v izolaciji oz. pravnem vakuumu, temveč znotraj sistema, ki mu pripada, in v interakciji z izbranimi elementi tega sistema, so v drugem poglavju na kratko pojasnjene izbrane značilnosti EU in njenega prava. Znotraj tega okvira so nato v tretjem poglavju pojasnjena izbrana temeljna načela, relevantna z vidika vertikalne delitve pristojnosti. V tej zvezi je glavni cilj tretjega poglavja izpostaviti potencialno relevantna pravna načela in oceniti njihovo dejansko relevantnost. Z upoštevanjem teh ugotovitev je v četrtem poglavju obravnavano načelo nacionalne institucionalne avtonomije in njegove meje s poudarkom na organizaciji regionalnih in lokalnih javnih oblasti držav članic. V petem poglavju sledi odgovor na uvodoma izpostavljeno raziskovalno vprašanje, namreč, ali je država članica po veljavni ureditvi avtonomna pri organizaciji javne oblasti, tj. pri odločanju o strukturi te oblasti in delitvi pristojnosti med oblastne entitete, njihove organe in nosilce javnih pooblastil.

2 Izbrane značilnosti EU in njenega prava

EU dandanes sicer že ima nekatere atribute države, vendar kot celota ni država,⁵ temveč t. i. mednarodna organizacija svoje vrste (*sui generis*).⁶ Tako ne preseneča, da – za razliko od držav⁷ – nima nobenih pristnih izvirnih pristojnosti, pač pa le tiste, ki so jih nanjo s Pogodbama prenesle države članice, in sicer zaradi uresničevanja ciljev, ki jih Pogodbi pripisujeta EU.⁸ V tej zvezi gre za izraz načela prenosa pristojnosti, za potrebe obravnavanega vprašanja pa je treba upoštevati še druga pravna načela, zlasti tista, ki se neposredno ali posredno tičejo pristojnosti EU in njenih držav članic, začenši z načelom spoštovanja nacionalne identitete.

omejena, zlasti z načelom enakovrednosti in načelom učinkovitosti prava Evropske unije. To je okoliščina, ki napeljuje k predpostavki o relativnosti nacionalne institucionalne avtonomije in vabi k raziskovanju njenih mej. Več o načelu nacionalne postopkovne avtonomije in njegovih mejah gl. npr. D. Bagrizabehi, A. Ferčič, Private Enforcement of EU State Aid Rules: Is There Any Room for National Procedural Autonomy Left?, (neizdano); D. Baghrizabehi, The Current State of National Procedural Autonomy: A Principle in Motion, 2016, str. 13–30; A. Adinolfi, The “Procedural Autonomy” of Member States and the Constraints Stemming From the ECJ’s Case Law: Is Judicial Activism Still Necessary?, 2012, str. 279–304; M. Bobek, Why There is No Principle of ‘Procedural Autonomy’ of the Member States, 2012, str. 305–322.

⁵ Združene države Evrope kot sklepna faza procesa evropske integracije ne obstajajo.

⁶ EU je pravzaprav pravnopolitični unikum, saj se bistveno razlikuje od klasičnih mednarodnih organizacij. Izpostavimo npr. Evropski parlament, sestavljen iz neposredno izvoljenih poslank in poslancev; lastno denarno valuto; unikaten sodni sistem; avtonomen pravni sistem; primat prava EU itn.

⁷ V izhodišču je vsaki državi priznana enaka košarica suverenih pravic, ki jih lahko po svoji volji omeji, ko sklepa mednarodne pogodbe z drugimi državami in ko nasploh vstopa v različne povezave držav.

⁸ Cilji EU so določeni (zlasti) v 3. členu PEU.

Ta načela so obravnavana v naslednjem poglavju, še prej pa je primerno izpostaviti, da EU nima pristojnosti za oblastno delovanje v okviru t. i. zadnje milje. Nadnacionalna pravila neposredno uporabljajo in izvršujejo organi držav članic, ki v tem pogledu nastopajo kot podaljšana roka EU in njenih institucij oz. kot del EU.⁹ Od njihove učinkovitosti je v končni fazi odvisna učinkovitost prava EU in same EU, zato je treba preveriti, ali morda ta okoliščina na obravnavanem področju vpliva, neposredno ali vsaj posredno, na avtonomijo držav članic.

Ker pa je v prispevku govora tudi o pravu EU, so relevantne njegove značilnosti. Pravo EU je (mednarodno) pravo svoje vrste (*sui generis*), skratka, pristen unikum. Ne gre za klasično mednarodno pravo, čeprav mu je v nekaterih pogledih podobno. Posebne značilnosti prava EU se običajno želijo nakazati z besedami »nadmacionalno, supranacionalno ali naddržavno«; torej ne (klasično) »mednarodno«, niti »nacionalno«.¹⁰ Vendar pravo EU z vidika držav članic ni neko tuje pravo, temveč njihovo pravo.¹¹ Pogodbi s protokoli in Listina Evropske unije o temeljnih pravicah¹² (Listina) so neposreden rezultat (so)delovanja držav članic, akti

⁹ Naj najprej izpostavim razliko med formalnim in funkcionalnim pristopom pri razumevanju EU in njenem razmerju z državami članicami, kjer je mogoče opaziti znatno zraščenoost in soodvisnost. S formalnega zornega kota je EU po Lizbonski pogodbi (UL C 306, 17. 12. 2007) pravna oseba, enako pa velja tudi za države članice; v tem smislu gre za razmerje med različnimi pravnimi osebami. Z vsebinskega zornega kota pa je pomembno, da EU z državami članicami tvori funkcionalno celoto. V tem smislu je institucije, telesa in agencije EU v državi članici mogoče razumeti kot »njene«, in sicer kot dodatno raven javne oblasti, ki na področjih, kjer EU veljavno izvaja pristojnosti, deluje poleg državne (centralne) javne oblasti ter regionalnih in lokalnih javnih oblasti v državi članici. Pri tem je pomembno, da je tudi za institucije EU značilna določena demokratična in pravna vez z državljanji, ki je najbolj očitna pri Evropskem parlamentu, posredno pa je prisotna tudi v ostalih institucijah. V tem smislu pri nas od vstopa v EU nimamo več le enega zakonodajalca, temveč pravzaprav dva, pri čemer akti zakonodajalca EU načeloma uživajo primat, načeloma celo v razmerju do ustav držav članic. Če na primer nacionalni upravni organ ali nosilec javnega pooblastila uporabi neposredno učinkovito določbo nadnacionalne uredbe namesto določbe nacionalnega zakona, ki je z njo v koliziji (neskladje), s tem ne krši ustavno določene delitve oblasti, kjer je uprava vezana na zakon in izvaja voljo zakonodajalca (in je v tej zvezi podvržena sodnemu nadzoru). Tudi v tem primeru namreč upošteva voljo zakonodajalca, in sicer tistega, ki izdaja zakonodajne akte z večjo močjo.

Podobno velja za razmerje med pravom oz. pravnim sistemom EU in pravnimi sistemi držav članic. S formalnega zornega kota je pravni sistem EU avtonomen in ločen od pravnih sistemov držav članic, z vsebinskega zornega kota pa gre za daljnosežno zraščenoost pravnih sistemov v smislu funkcionalne celote. Pravni akti iz sistema EU po tem, ko neposredno ali posredno prodrejo v pravne sisteme držav članic, postanejo njihov integralni del in glede na svoj primat v razmerju do ostalih pravnih aktov v teh sistemih dobijo značaj ustavnega oz. vrhovnega prava držav članic. Ob tem je vredno opozoriti, da so pravni akti, ki tvorijo pravni sistem EU, delo držav članic (primarni pravni akti) ali institucij EU (sekundarni pravni akti), pri čemer so institucije EU sestavljene iz najvišjih političnih funkcionarjev držav članic, strokovnih funkcionarjev, ki jih predlagajo pristojni organi držav članic, svojevrstna posebnost pa so parlamentarci oz. poslanci, ki jih neposredno izvolijo državljanke in državljani EU, kar vse kaže, da institucije EU niso nekaj tujega, temveč nekaj našega, kar si delimo z drugimi državami članicami.

¹⁰ Tudi tukaj je primerno izpostaviti formalni in funkcionalni vidik.

¹¹ Prim. K. Lenaerts, P. van Nuffel, EU Constitutional Law, 2022, str. 644–650; P. Craig, G. de Búrca, EU Law: Text, Cases, and Materials, 2020, str. 307; J. H. Jans, S. Prechal, R. J. G. M. Widdershoven, Europeanization of Public Law, 2015, str. 30–42.

¹² UL C 83, 30. 3. 2010.

institucij, v katerih (so)delujejo državljani, politiki in strokovnjaki držav članic,¹³ pa morajo biti v skladu z njimi, sicer so neveljavni.

Sodišče je že na takoj začetku procesa evropske integracije med drugim izpostavilo, da je za razliko od klasičnih mednarodnih pogodb t. i. *sui generis* Pogodba o ustanovitvi Evropske gospodarske skupnosti¹⁴ (PEGS) vzpostavila svoj lasten pravni sistem, ki je po njeni uveljavitvi postal bistven sestavni del pravnih sistemov držav članic in so jo sodišča držav članic dolžna uporabiti,¹⁵ kasneje pa je to dolžnost celo razširilo, in sicer v smislu aktov institucij, ki jih je načeloma treba uporabiti na nacionalni ravni, kakor tudi v smislu zavezancev, tj. nacionalnih teles, ki morajo uporabiti te akte.¹⁶ Ta relativno daljnosežen pristop je sprejela tudi Ustava RS, zlasti tretji odstavek 3. a člena, ki pravu EU pravzaprav na izredno široko odpira vrata v slovenski pravni sistem, saj z upoštevanjem abstraktnega pristopa določa, da se pravni akti in odločitve, sprejeti v EU, pri nas uporabljajo v skladu s pravno ureditvijo EU (brez izjem). Enostavno rečeno se načeloma pravo EU pri nas uporablja tako, kot si določi samo sebi (glede prehoda v pravne sisteme članic, razmerja z drugimi akti, uveljavljanja pravic, itd.).¹⁷

¹³ Moške oblike so v tem prispevku uporabljene kot nevtralne oblike za moški in ženski spol.

¹⁴ Sprejeta 25. 3. 1957.

¹⁵ Gl. zadevo 6/64, Flaminio Costa proti E.N.E.L., ECLI:EU:C:1964:66. Gl. npr. tudi sklepne predloge generalnega pravobranilca Evgenija Tancheva v zadevi C-824/18, A. B. in drugi proti Krajowa Rada Sądownictwa, ECLI:EU:C:2021:153.

¹⁶ Gl. npr. zadevo C-103/88, Fratelli Costanzo SpA proti Comune di Milano, ECLI:EU:C:1989:256, v kateri je Sodišče EU izpostavilo, da morajo, če so izpolnjeni pogoji za sklicevanje posameznikov na določbe direktive pred nacionalnim sodiščem, vsi organi oz. nosilci (javne) uprave, vključno z vsemi vrstami decentraliziranih javnih oblasti, kot so občine, enako kot to velja za pristojno nacionalno sodišče, uporabiti zadevno določbo direktive in se vzdržati uporabe vseh tistih določb nacionalnega prava, ki so v nasprotju s to določbo direktive. Gl. npr. tudi kasnejšo zadevo C-188/89, A. Foster in drugi proti British Gas plc, ECLI:EU:C:1990:313, v kateri je Sodišče EU med drugim izpostavilo, da je tudi telo, ne glede na pravno obliko, ki je na podlagi državnega ukrepa odgovorno za izvajanje storitve v javnem interesu pod nadzorom države in ima za ta namen posebna pooblastila, različna od tistih, ki jih določajo pravila o razmerjih med posamezniki, vključeno med telesa, zoper katere lahko posameznik uveljavlja neposredno učinkovite določbe direktive.

¹⁷ V tej zvezi se tukaj namerno ne spušчам v kompleksno diskusijo o mejah uporabe prava EU v Sloveniji, naj pa izpostavim, da se mi sicer zdi nemška ustavna doktrina »*solange*« v nekaterih pogledih prikladna tudi za Slovenijo, kljub temu pa je treba paziti, da pragmatizem ne spodkoplje temeljev pravne države, zato imam resne pomisleke, ali Ustava RS, zlasti njen 3. a člen, kakor je strukturiran in nasploh formuliran, pri nas resnično dopušča polno uporabo te doktrine. Nemška ustava ali Temeljni zakon je bil že v času, ko je nemško ustavno sodišče kreiralo to doktrino, drugačen od 3. a člena Ustave RS in nasploh od Ustave RS, in drugačen je še danes, zato menim, da je nekritično sklicevanje na nemško doktrino »*solange*« vprašljivo, sploh če je uporabljeno dogmatično, kot dejstvo brez vsakršne utemeljitve. Njena uporaba je pri nas možna, če prvi in tretji odstavek 3. a člena Ustave RS razlagamo kot nedeljivo celoto, ki se mora nujno uporabiti skupaj. Vendar je proti temu mogoče najti precej argumentov, začenši s strukturo in formulacijo obeh odstavkov. Prvi odstavek določa pogoje za prenos izvrševanja dela suverenih pravic na mednarodne organizacije. V tej zvezi je določen način prenosa izvrševanja dela suverenih pravic, tj. z zavezujočo mednarodno pogodbo, ki jo ratificira državni zbor z dvotretjinsko večino glasov vseh poslancev, in značilnosti mednarodnih organizacij, tj., da temeljijo na spoštovanju človekovih pravic in temeljnih svoboščin, demokracije in načel pravne države. Navedeno je mogoče razlagati kot eksplicitno določene pogoje za vstop Slovenije v mednarodne organizacije in implicitno določene pogoje za izstop iz njih, pri čemer pa ni nobenega govora o uporabi aktov te organizacije. Slednje je urejeno v tretjem odstavku, ki je jasen, kar je

To med drugim pomeni, da pravo EU, ne Ustava RS, določa način vstopa posameznih vrst pravnih aktov EU v slovenski pravni sistem. Tipičen primer navedenega sta drugi in tretji odstavek 288. člena Pogodbe o delovanju Evropske unije (PDEU);¹⁸ uredbe so neposredno uporabne, kar pomeni, da same prodrejo v naš pravni sistem, medtem ko direktive nimajo te sposobnosti in jih je treba v naš pravni sistem vsebinsko prenesti z nacionalnim pravnim aktom.¹⁹ V okviru našega pravnega sistema pravni akti EU načeloma uživajo primat in v primeru, če med njimi in ostalimi pravnimi akti, ki tvorijo slovenski pravni sistem, pride do vsebinske kolizije, načeloma prevladajo in se uporabijo pravni akti EU, kar morajo upoštevati vsi slovenski organi javne oblasti in nosilci javnih pooblastil.²⁰ Izvajalci javne oblasti morajo v okviru svojih pristojnosti posameznikom omogočiti, da lahko normalno uveljavijo pravice, ki jih v njihovo korist določajo pravni akti EU.²¹ Če ni tako oz. če nasploh pride do kršitve pravnih aktov EU s strani javnih oblasti in posledično posamezniku nastane škoda, mu jo je država načeloma dolžna povrniti,²² pride pa lahko tudi kazni za državo.²³ To je razumljivo, saj bi se v nasprotnem primeru države članice lahko relativno enostavno izmikale obveznostim, ki jim jih nalaga pravo EU.

V tej zvezi je torej bistveno, da države članice vestno izpolnjujejo obveznosti in nasploh ravnajo lojalno z ozirom na EU in njene cilje. Če ne ravnajo na ta način, morajo biti vzpostavljeni mehanizmi za zagotavljanje nujne učinkovitosti prava EU.

pomembno, ker jasne določbe ne terjajo razlage, prav tako pa ne napotuje na prvi odstavek 3. a člena Ustave RS. Za povrh predstavlja konec vsebinskega sklopa, ki ureja uporabo prava EU v Sloveniji, torej na tem področju določa končno ločilo, tj. »piko«. Tukaj je vredno omeniti tudi, da je med prvi in tretji odstavek 3. a člena Ustave RS vrinjen drugi odstavek, ki se z ničemer ne nanaša na uporabo prava EU. Samo zase to dejstvo sicer nima posebne teže, v kombinaciji s prej navedenim pa je vredno omembe. Možna je torej (tudi) razlaga, da prvi odstavek 3. a člena Ustave RS poleg načina prenosa izvrševanja dela suverenih pravic na mednarodne organizacije določa pogoje, ki morajo biti kumulativno izpolnjeni, da sme Slovenija vstopiti v določeno (zeleno) mednarodno organizacijo, in implicitno tudi pogoje za izstop iz nje, namreč v primeru, če ta mednarodna organizacija po vstopu Slovenije vanjo izgubi ustavno zahtevano kakovost oz. značilnosti, tako da se znajdemo v »slabi družbi«. Na drugi strani pa (samo) tretji odstavek 3. a člena Ustave RS določa uporabo prava EU v Sloveniji, in sicer tako, da se pravo EU v Sloveniji uporablja v skladu s pravno ureditvijo EU, kar v bistvu pomeni, da si pravo EU samo določa način in meje uporabe v Sloveniji (torej drugače kot 8. člen in 153. člen Ustave RS določata glede klasičnega mednarodnega prava). Skratka, pravo EU, ne Ustava RS, si samo določa, kako nadnacionalni akti prodrejo v slovenski pravni sistem, kakšen položaj imajo v njem oz. kakšno je njihovo razmerje do ostalih aktov, ki tvorijo naš pravni sistem, kdaj se lahko posameznik neposredno sklicuje na nadnacionalni akt s ciljem doseči pravico, določeno v tem aktu, kako se morajo razlagati nacionalni akti, da se doseže nujen efekt ali učinkovitost prava EU itd.

¹⁸ UL C 202, 7. 6. 2013, str. 47.

¹⁹ Več o načelu neposredne uporabnosti gl. K. Lenaerts, P. van Nuffel, EU Constitutional Law, 2022, str. 653, 721–722.

²⁰ Več o načelu primarnosti gl. K. Lenaerts, P. van Nuffel, EU Constitutional Law, 2022, str. 631–651.

²¹ Več o načelih neposrednega, posrednega in izključevalnega učinka gl. K. Lenaerts, P. van Nuffel, EU Constitutional Law, 2022, str. 651–654 in 727–736.

²² Več o odškodninski obveznosti države gl. K. Lenaerts, P. van Nuffel, EU Constitutional Law, 2022, str. 736–739.

²³ Več o postopkih proti državi pred Sodiščem EU gl. K. Lenaerts, P. van Nuffel, EU Constitutional Law, 2022, str. 784–790.

Ker gre za univerzalen pristop, izhajam iz predpostavke, da pride v poštev tudi na obravnavanem področju, zato so poleg načel, ki se neposredno nanašajo na vertikalno delitev pristojnosti, v nadaljevanju preizkušena še nekatera druga načela, zlasti pa načeli lojalnega sodelovanja in učinkovitosti.

3 Izbrana temeljna načela, relevantna za vertikalno delitev pristojnosti

3.1 Uvod

Izbrana temeljna načela, ki so relevantna tudi za vertikalno delitev pristojnosti,²⁴ najdemo predvsem v 4. in 5. členu PEU.²⁵

V nadaljevanju je preizkušena relevantnost več načel z vidika obravnavane problematike, in sicer načelo prenosa pristojnosti,²⁶ načelo spoštovanja nacionalne identitete,²⁷ načelo spoštovanja temeljnih državnih funkcij,²⁸ načelo enake obravnave držav,²⁹ načelo subsidiarnosti³⁰ in načelo sorazmernosti.³¹ Ob tem je glede na prej povedano z vidika zagotavljanja spoštovanja prava EU obravnavano še načelo lojalnega sodelovanja in nekatere njegove izpeljanke.

3.2 Načelo prenosa pristojnosti

Načelo prenosa pristojnosti se uporablja za razmejevanje pristojnosti EU in držav članic. Gre torej za izhodiščno vertikalno razporeditev pristojnosti,³² in sicer na način, da EU deluje le v mejah pristojnosti, ki so jih nanjo s Pogodbama prenesle države članice za uresničevanje ciljev, določenih v Pogodbah, medtem ko članice

²⁴ Mišljena je delitev pristojnosti med EU in državami članicami, pa tudi delitev pristojnosti v njih, natančneje med državno ravno in nižjimi ravni v državi, ki predstavljajo teritorialne enote javne oblasti, skratka, med centralno javno oblastjo ter regionalnimi in/ali lokalnimi javnimi oblastmi v državi članici. Slednje po naravi stvari sodi v okvir organizacije regionalne in lokalne samouprave (lokalne samouprave), kar je ravno glavna tema tega prispevka.

²⁵ Ti določbi nista edini relevantni z vidika pristojnosti EU, vendar predstavljata izhodišče.

²⁶ Gl. prvi odstavek 4. člena in drugi odstavek 5. člena PEU.

²⁷ Gl. drugi odstavek 4. člena PEU.

²⁸ Prav tam.

²⁹ Gl. drugi odstavek 4. člena PEU.

³⁰ Gl. tretji odstavek 5. člena PEU.

³¹ Gl. četrti odstavek 5. člena PEU.

³² Pogodbi podrobno določata tudi horizontalno razporeditev pristojnosti znotraj EU, torej delitev oblasti ter sistem zavor in ravnovesij med institucijami EU, vendar to ni predmet tega prispevka.

(načeloma) ohranijo nedotaknjene³³ vse pristojnosti, ki s Pogodbama niso prenesene na EU.³⁴ Slednja nima izvirnih pristojnosti, ne pristojnosti, da bi sama določala svoje pristojnosti, saj je ta določitev stvar Pogodb in torej stvar držav članic, ki – kot že rečeno – ohranijo tiste suverene pristojnosti, ki jih niso prenesle v izvajanje³⁵ (institucijam) EU.³⁶ EU je v tem pogledu podobna prazni škatli, ki jo je treba šele ustrezno napolniti, s čemer je določena razmejitev pristojnosti oz. področje zakonitega delovanja EU. Skratka, obravnavano načelo naslavlja EU oz. vse njene institucije, telesa in agencije, da pri svojem delovanju ne presežejo okvira pristojnosti.³⁷ V tej zvezi je zlasti bistveno, da ima vsako njihovo delovanje ustrezno podlago v Pogodbah ali v pravnih aktih, sprejetih na podlagi Pogodb, ki določajo pristojnost *ratione materiae* in način izvajanja pristojnosti.³⁸ Kot je razvidno iz dosedanje prakse Sodišča EU, izbira ustrezne pravne podlage ni trivialno opravilo, ko je možnih več pravnih podlag.³⁹

Dodatno kompleksnost vnaša impliciten prenos pristojnosti, ki predstavlja izjemo.⁴⁰ V poštev pride, ko je treba zagotoviti praktičen učinek določene pristojnosti EU. Poleg tega so lahko pravne podlage posebne ali splošne, pri čemer so za ta prispevek aktualne predvsem slednje, ker omogočajo, da spričo izostanka posebne pristojnosti, ki bi se nanašala na zahteve po organizaciji javne uprave oz. oblastnih struktur, EU vendarle lahko poseže tudi na to področje, pri čemer je tipičen primer pristojnost za določitev ukrepov za približevanje določb predpisov v državah članicah, katerih predmet je vzpostavitev in delovanje notranjega trga.⁴¹ Vendar hkrati velja, da se takšna splošna pravna podlaga ne sme uporabiti za obvod določb Pogodb, ki prepovedujejo harmonizacijo oz. nasploh pravno urejanje s strani EU.⁴² Ker pa je

³³ Nedotaknjenost je tukaj mišljena v razmerju do EU in njenega prava, ob tem pa je še enkrat treba opozoriti na izjemne primere, ko se učinki izvajanja neke pristojnosti lahko razširijo na področja, kjer države članice niso prenesle pristojnosti.

³⁴ Gl. prvi odstavek 1. člena, prvi odstavek 4. člena in drugi odstavek 5. člena PEU.

³⁵ Ko je v tem prispevku omenjen prenos pristojnosti, je mišljen prenos v izvajanje oz. izvrševanje. Tudi prvi odstavek 3. a člena Ustave RS nedvoumno govori o prenosu izvrševanja dela suverenih pravic. S tem je tudi na simbolični ravni povedano, da ne gre za nepovratno odrekanje suverenim pravicam.

³⁶ Pričakovano je tudi vsaka sprememba Pogodb v domeni držav članic; gl. 48. člen PEU.

³⁷ V tem je mogoče prepoznati zahtevo po pozitivni in negativni legaliteti (element vladavine prava). Vsako delovanje institucij EU in drugih teles je pogojeno z obstojem njihovih pristojnosti, kot jih določata Pogodbi, prav tako pa nobeno njihovo delovanje ne sme nasprotovati Pogodbam.

³⁸ Gl. zadevo C-687/15, Evropska komisija proti Svetu Evropske unije, ECLI:EU:C:2017:803.

³⁹ Gl. zadevo C-300/89, Evropska komisija proti Svetu Evropskih skupnosti, ECLI:EU:C:1991:244.

⁴⁰ Gl. zadevo T-496/11, Združeno kraljestvo Velike Britanije in Severne Irske proti Evropski centralni banki, ECLI:EU:T:2015:133.

⁴¹ Gl. 114. in 115. člen PDEU.

⁴² Gl. zadevo C-376/98, Zvezna republika Nemčija proti Evropskemu parlamentu in Svetu Evropskih skupnosti, ECLI:EU:C:2000:544.

takšnih izrecno izvzetih področij pravnega urejanja relativno malo,⁴³ posledično niso redki primeri, ko EU preko notranjega trga pride na druga področja. Eden bolj očitnih primerov poseganja EU v organizacijo nacionalne javne oblasti na podlagi splošne pravne podlage je zahteva po ustanovitvi in učinkovitem delovanju nacionalnih regulativnih teles s točno določenimi posebnimi lastnostmi in pooblastili, kar se v kontekstu urejanja notranjega trga zahteva v nekaterih infrastrukturnih sektorjih, ki so (bili) podvrženi procesu liberalizacije, kot so na primer sektor energije, komunikacij, poštnih storitev in (določenih vrst) prevoza.⁴⁴

Z vidika pristojnosti, ki se prenesejo na EU, je možna njihova klasifikacija glede na več različnih kriterijev, v obravnavanem primeru pa se zdi posebej relevantno razlikovanje med izključnimi, deljenimi in podpornimi pristojnostmi EU.⁴⁵

Pregled kataloga (glavnih) področij, kjer ima EU nesporne pristojnosti, pokaže, da ta ne vsebuje ničesar eksplicitnega o področju regionalne in lokalne samouprave oz. njene organizacije v državah članicah,⁴⁶ kar govori v prid avtonomiji držav oz. je vsaj ne negira.⁴⁷ Nadalje je primerno izpostaviti klavzulo o fleksibilnosti,⁴⁸ ki pa jo je v prvi vrsti treba razumeti kot izredno, rezervno in politično orodje. Ker ta klavzula zahteva soglasje v Svetu EU, torej v bistvu soglasje vseh držav članic, je uporaba klavzule o fleksibilnosti v primeru občutljivih vprašanj precej negotova. Vendar tudi če odmislimo pravkar navedeno, je njen domet omejen zaradi ozke opredelitve relevantnih ciljev, saj naj bi se ta klavzula uporabljala le za (nekatero) cilje, določene

⁴³ Načelo spoštovanja nacionalne identitete se v tem primeru ne izkaže kot absolutna obramba pred vplivom prava EU, kot je predstavljeno v nadaljevanju.

⁴⁴ Gl. npr. 57. člen Direktive (EU) 2019/944 Evropskega parlamenta in Sveta z dne 5. junija 2019 o skupnih pravilih notranjega trga električne energije in spremembi Direktive 2012/27/EU, UL L 158, 14. 6. 2019.

⁴⁵ Gl. 2. do 6. člen PDEU.

⁴⁶ V okviru deljenih pristojnosti še največ obeta področje (gospodarske, socialne in) teritorialne kohezije (gl. alinejo c) drugega odstavka 4. člena PDEU), vendar analiza 174. do 178. člena PDEU dokaj hitro razblini prevelika pričakovanja. Podobno velja glede podporne pristojnosti EU na področju upravnega sodelovanja, saj niti ta pristojnost, kot je konkretizirana v 197. členu PDEU, ne pomeni posega, vsaj po mojem mnenju, v pristojnost držav članic, da po lastnem preudarku prenašajo svoje pristojnosti na regionalne in/ali lokalne javne oblasti.

⁴⁷ Vendar je primerno opozoriti, da je seznam teh pristojnosti, kakor izhaja iz 3. do 6. člena PDEU, zgolj indikativen in torej ne omogoča dokončnega sklepanja ali vsaj ne popolnoma zanesljivega sklepa. Obseg in načini izvajanja pristojnosti EU so določeni z ustreznimi določbami za vsako področje iz Pogodb; gl. šesti odstavek 2. člena PDEU. Na tej točki pa ni primerno izključiti možnosti, da katera izmed pristojnosti EU ali s tem povezana obveznost držav članic posredno učinkuje na področje regionalne in lokalne samouprave.

⁴⁸ Gl. 352. člen PDEU. Čeprav gre tukaj za pooblastilo Svetu EU, torej instituciji EU, da v primeru, če se v okviru politik, določenih v Pogodbah, izkaže, da je zaradi doseganja enega od ciljev Pogodb potrebno ukrepanje EU, Pogodbi pa ne predvidevata za to potrebnih pooblastil, Svet EU na predlog Komisije EU in po odobritvi Evropskega parlamenta soglasno sprejme ustrezne ukrepe [...], to kaže, da v tudi v tem izjemnem primeru ne more priti do delovanja EU mimo volje držav članic. Svet EU je sestavljen iz ministrov držav članic, ki morajo tukaj doseči soglasje, kar v resnici pomeni, da ima v tej zvezi vsaka država članica na razpolago veto.

v 3. členu PEU,⁴⁹ med katerimi pa ni ničesar eksplicitno izraženega o organizaciji regionalne in lokalne samouprave.

3.3 Načelo spoštovanja nacionalne identitete držav članic

Načelo spoštovanja nacionalne identitete držav članic je vsekakor vredno pozornosti, ko govorimo o organizaciji regionalne in lokalne samouprave v državah članicah. Zagotavlja namreč spoštovanje temeljnih političnih in ustavnih struktur držav članic, vključno z regionalno in lokalno samoupravo,⁵⁰ kar precej obeta, vsaj na prvi pogled. Menim, da to načelo EU otežuje neposreden vstop EU na obravnavano področje, vendar bi bilo na tej točki še preuranjeno sklepati, da je to področje hermetično zaprto. V tej zvezi je treba upoštevati, da se pojem nacionalna identiteta nahaja v Pogodbi in ga je zato nujno treba obravnavati kot avtonomen pojem (ustavnega) prava EU, da bi se tako zagotovila enotna razlaga (in preprečila pretirano široka razlaga).⁵¹ Nacionalna identiteta mora biti razvidna iz ustave opazovane države članice,⁵² ne sme nasprotovati vrednotam EU in mora imeti ustrezno »ustavno tradicijo«. ⁵³ V poštev pa ne pridejo katere koli politične in ustavne značilnosti oz. strukture, temveč samo temeljne, med katerimi sta primeroma navedeni ravno regionalna in lokalna samouprava. To napeljuje k sklepu, da sta navedeni obliki samouprave primarno v domeni držav članic, vendar na tej točki še ni mogoče izključiti izjemnih vplivov prava EU tudi na to področje. Že v okviru načela prenosa pristojnosti je bila nakazana možnost tovrstnih posrednih vplivov,

⁴⁹ Gl. 41. izjavo o 352. členu PDEU: »Konferenca izjavlja, da se sklicevanje na cilje Unije v členu 352(1) Pogodbe o delovanju Evropske unije nanaša na cilje iz člena 3(2) in (3) Pogodbe o Evropski uniji in na cilje iz člena 3(5) navedene pogodbe v zvezi z zunanjim delovanjem po petem delu Pogodbe o delovanju Evropske unije. Zato je izključeno, da bi bil ukrep na podlagi člena 352 Pogodbe o delovanju Evropske unije namenjen zgolj uresničevanju ciljev iz člena 3(1) Pogodbe o Evropski uniji. Konferenca v zvezi s tem ugotavlja, da se v skladu s členom 31(1) Pogodbe o Evropski uniji na področju skupne zunanje in varnostne politike ne morejo sprejemati zakonodajni akti.« Gl. tudi 42. izjavo o 352. členu PDEU: »Konferenca poudarja, da v skladu z ustaljeno sodno prakso Sodišča Evropske unije člen 352 Pogodbe o delovanju Evropske unije, ki je sestavni del institucionalnega sistema, temelječega na načelu dodeljenih pristojnosti, ne more biti podlaga za širitev obsega pristojnosti Unije prek splošnega okvira, ki izhaja iz vseh določb Pogodb, zlasti tistih, v katerih so opredeljene naloge in dejavnosti Unije. V nobenem primeru se ta člen ne more uporabiti kot podlaga za sprejetje določb, ki bi posledično bistveno spremenile Pogodbi, ne da bi se pri tem uporabil postopek, ki je v Pogodbah določen za ta namen.«

⁵⁰ Gl. drugi odstavek 4. člena PEU in tretji odstavek preambule k Listini.

⁵¹ Več o konstitucionalizaciji koncepta nacionalne identitete gl. v P. Faraguna, *Constitutional Identity in the EU – A Shield or a Sword?*, 2017, str. 1620–1621.

⁵² Lizbonska pogodba je zožila koncept nacionalne identitete, saj čisto kulturno, zgodovinsko ali jezikovno pojmovanje nacionalne identitete vodi v – za današnji čas – pretirano omejevanje EU in njenega prava.

⁵³ Menim, da bi države članice težko izpolnile zahtevani pogoj, če bi v posameznem primeru spremenile ustavo samo zaradi sklicevanja na nacionalno identiteto.

tukaj pa je vredno omeniti še stališče,⁵⁴ da je načelo spoštovanja nacionalne identitete element načela lojalnega sodelovanja,⁵⁵ zato je na primernem mestu preizkušena tudi relevantnost tega načela.

Načelo spoštovanja nacionalne identitete držav članic je glede na široko formulacijo in odsotnost (jasnega) stališča v sodni praksi mogoče razumeti kot instrument za omejitve izvajanja pristojnosti EU, torej poleg načel subsidiarnosti in sorazmernosti.⁵⁶

Alternativna razlaga načela spoštovanja nacionalne identitete pa lahko gre celo v smer njegove vloge pri razmejitvi pristojnosti EU in držav članic, in sicer kot izraz želje, da se glede nekaterih državnih podsistemov odpravijo dvomi o prenosu pristojnosti. Skupna točka obeh razlag je omejevanje EU in nasploh procesa evropske integracije,⁵⁷ načelo lojalnega sodelovanja, v okvir katerega nekateri umeščajo obravnavano načelo, pa je v prvi vrsti mišljeno kot instrument za pospeševanje procesa evropske integracije, torej v korist (prava) EU. To razumem kot mehčanje proti-integracijskega potenciala, ki ga v sebi skriva načelo spoštovanja nacionalne identitete, kar je treba upoštevati pri njegovi razlagi.

Po navedenem je možen vmesni sklep, da EU ni pristojna zahtevati specifične ureditve, ki bi neposredno posegla v organizacijo regionalne in lokalne samouprave članic. Vendar z navedenim ni še nič rečeno o tem, ali lahko do tega posega pride posredno, saj obravnavano načelo ne more izključiti učinkov vseh ostalih relevantnih načel,⁵⁸ sploh če upoštevamo, da EU načeloma ne vstopa v pravna razmerja z regionalnimi in lokalnimi javnimi oblastmi, temveč s centralno javno oblastjo.

⁵⁴ Načelo spoštovanja nacionalne identitete v določenem obsegu omejuje izvajanje pristojnosti EU, kar je relevantno z vidika sodelovanja EU in držav članic, vendar je po mojem mnenju vprašljivo, če lahko zaradi tega govorimo kar o elementu načela lojalnega sodelovanja. Poleg tega vsebinskega pomisleka dvom vzbujata tudi zgradba 4. člena PEU.

⁵⁵ Gl. M. Klamert, *The Principle of Loyalty in EU Law*, 2014, str. 19; A. Epiney, *Gemeinschaftsrecht und Föderalismus: "Landes-Blindheit" und Pflicht zur Berücksichtigung innerstaatlicher Verfassungsstrukturen*, 1994, str. 323.

⁵⁶ Gl. M. Klamert, *The Principle of Loyalty in EU Law*, 2014, str. 20.

⁵⁷ Neustrezna razlaga načela spoštovanja nacionalne identitete bi lahko prizadela učinkovitost prava EU in bi lahko v končni fazi postavila pod vprašaj nadaljnji razvoj oz. celo obstoj evropske integracije; prim. J. Scholtes, *Abusing Constitutional Identity*, 2021, str. 534–556; P. Faraguna, *Constitutional Identity in the EU – A Shield or a Sword?*, 2017, str. 1617–1640; T. Konstadinides, *Constitutional Identity as a Shield and as a Sword: The European Legal Order Within the Framework of National Constitutional Settlement*, 2013, str. 195–218.

⁵⁸ Gre za integralen element širšega sistema, znotraj katerega je v interakciji z ostalimi elementi.

3.4 Načelo spoštovanja temeljnih državnih funkcij

Načelo spoštovanja temeljnih državnih funkcij, kot je zagotavljanje ozemeljske celovitosti, vzdrževanje javnega reda in varovanje nacionalne varnosti, služi kot varovalka pred tem, da bi države izgubile tradicionalno bit in v tem pogledu pred njihovim razdržavljenjem.⁵⁹ V tej zvezi naj izpostavim, da funkcije vojske, policije, obveščevalne-varnostne službe in druge temeljne državne funkcije prevladujoče sodijo v domeno centralne oblasti, ne pa regionalnih ali lokalnih javnih oblasti držav članic. Tudi sicer se načelo po mojem mnenju ne izkaže kot pretirano pomembno z vidika obravnavanega raziskovalnega vprašanja.

3.5 Načelo enakosti oz. enake obravnave držav članic

Načelo enakosti oz. enake obravnave držav članic pred Pogodbama je pravno načelo, ki ga v prilagojeni različici najdemo tako v klasičnem mednarodnem javnem pravu kot tudi v državah (članicah) s federalno strukturo oz. državno organizacijo zveze. Izrecna vključitev obravnavanega načela v PEU⁶⁰ je primerna in niti ne preseneča, najbrž pa je ob prej navedenem razlog za njegovo vključitev tudi poskus preprečevanja instrumentalizacije EU oz. njene *de facto* »ugrabitve« s strani najbolj vplivnih držav članic. Podobno kot sicer velja za načelo enake obravnave, je tudi v tem primeru treba upoštevati ustavno skladne razlikovalne kriterije in na podlagi njih v posamičnih primerih razlikovati med bistveno enakimi in neenakimi položaji ter na tej podlagi bistveno enake položaje obravnavati enako, neenake položaje pa primerno neenako. Vendar je treba opozoriti, da to načelo ne more izključiti uporabe ostalih določb Pogodb in pripadajočih protokolov.

Pod črto je težko najti tesno in specifično povezavo med obravnavanim načelom in pristojnostjo držav članic na področju organizacije regionalne in lokalne samouprave. Na podlagi tega načela utemeljeno pričakujemo, da se bodo tudi na tem področju države članice obravnavale enako, vendar načelo samo po sebi z ničemer ne določi, kakšna naj bi bila ta enaka obravnava po svoji vsebini. Torej,

⁵⁹ To načelo je po svoje logična posledica nesporne okoliščine, da EU ni država. Poudarjeno zaščito držav članic pred razdržavljenjem je primerno razumeti tudi v kontekstu nasprotovanja projektu Združenih držav Evrope, kar je preprečilo uveljavitev Pogodbe o ustavi za Evropo in nekaj časa postavljalo pod vprašaj tudi uveljavitev Lizbonske pogodbe.

⁶⁰ Gl. drugi odstavek 4. člena PEU.

poenostavljeno rečeno, ne pove, ali naj se na tem področju vsem državam dopušča absolutna avtonomija ali zgolj relativna, in v katere omejitve so dopustne v tej zvezi.

3.6 Načelo subsidiarnosti

Načelo subsidiarnosti je spremljevalec federalnih in njim podobnih političnih struktur, ki teži k temu, da se oblastna aktivnost ohranja na čim nižji ravni, čim bližje državljanom. Prav to je eden glavnih razlogov za organizacijo lokalne samouprave, zato je vprašanje, kakšen je domet načela subsidiarnosti v smislu tretjega odstavka 5. člena PEU. Namreč, se nanaša izključno razmerje med EU in državami članicami oz. njihovim sistemom javnih oblasti kot celoto ali se neposredno ali posredno nanaša tudi na nižje ravni javnih oblasti držav članic?

EU sme delovati na področjih, kjer ima pristojnost, vendar ne izključne pristojnosti, samo če in kolikor države članice ciljev predlaganih ukrepov ne morejo zadovoljivo doseči same, torej na nacionalnih (centralnih), regionalnih ali lokalnih ravneh držav članic,⁶¹ temveč se zaradi obsega ali učinkov predlaganih ukrepov ne morejo doseči na ravni držav ali se lažje oz. učinkoviteje dosežejo na nadnacionalni ravni, tj. s strani EU.⁶² Za razliko od načela prenesenih pristojnosti, ki se nanaša na razmejitev pristojnosti, se načelo subsidiarnosti nanaša na izvajanje neizključnih pristojnosti s strani EU.⁶³ Gre torej za omejevanje delovanja EU na področjih, kjer ima neizključne pristojnosti, kar državam članicam omogoča, da ohranijo določen vpliv tudi na teh področjih, kar pa je po mojem mnenju – glede na tradicionalno zadržanost pri prenosih – pomembno prispevalo k odločitvam o prenosu dodatnih neizključnih pristojnosti na EU.

Načelo subsidiarnosti veže vse institucije EU. Prej omenjeni protokol konkretizira obveznosti institucij EU zlasti z ozirom na sprejemanje zakonodajnih aktov EU. Mestoma je pri tem omenjena raven regionalne in lokalne javne oblasti držav članic. V tem smislu mora Evropska komisija v okviru predloga direktive med drugim

⁶¹ Ta pogoj ni avtomatično izpolnjen, če se ti cilji ne morejo zadovoljivo doseči le v nekaterih članicah, po drugi strani pa se tudi ne zahteva, da bi morale težave obstajati v vseh članicah.

⁶² Gl. tretji odstavek 5. člena PEU in Protokol št. 2 o uporabi načela subsidiarnosti in sorazmernosti, UL C 115, 9. 5. 2008 (Protokol).

⁶³ Tukaj lahko prihaja do delnega prekrivanja z načelom sorazmernosti oz. načelo subsidiarnosti pravzaprav napotuje nanj.

obrazložiti pričakovani vpliv te direktive na regionalno zakonodajo in paziti na stroške regionalnih in lokalnih javnih oblasti.

Iz prej navedenega je možno izpeljati sklep, da načelo subsidiarnosti ne posega, vsaj ne neposredno, v notranja razmerja med organi in entitetami v okviru držav članic, torej ne v notranjo razmejitev pristojnosti med vejami in ravnmi javnih oblasti.⁶⁴ Njegova funkcija ni primerljiva meču, temveč precej bolj ščitu pred »mečem EU«. Načelo subsidiarnosti lahko rahlja prenesene neizključne pristojnosti oz. njihovo izvajanje, seveda pa ne more v celoti preprečiti njihovega izvajanja v praksi, kar je povsem logično, saj bi bila sicer pod vprašanje postavljena smiselnost prenosa neizključnih pristojnosti. Glede na to menim, da je na sedanji razvojni stopnji integracije načelo subsidiarnosti relevantno z vidika obravnavane problematike, vendar ne vpliva odločilno oz. samostojno na organizacijo regionalne in lokalne samouprave v državah članicah.

3.7 Načelo sorazmernosti

Načelo sorazmernosti je univerzalno in splošno sprejeto ustavno pravno načelo, zato ne preseneča, da ga najdemo tudi v pravu EU. Vendar pa je treba opozoriti, da ga ne bi bilo primerno razlagati identično kot v nacionalnih pravnih ureditvah. Vsebuje sicer temeljne elemente, tj. legitimnost ciljev javne politike, primernost in nujnost oblastnih ukrepov ter tehtanje njihovih pozitivnih in negativnih učinkov, vendar je mogoče opaziti prilagojeno razlago in uporabo teh elementov glede na izvajalca opazovanega ukrepa, tip oz. vrsto pristojnosti in področje delovanja. Načelo sorazmernosti v smislu četrtega odstavka 5. člena TEU omejuje institucije EU pri izvajanju katerihkoli pristojnosti.⁶⁵ Načelo terja, da ukrepi EU vsebinsko in formalno ne presegajo tistega, kar je potrebno za doseganje ciljev Pogodb.^{66, 67} Navedeno kaže, da v prvi vrsti varuje države članice, njihove regionalne in lokalne enote, podjetja in potrošnike oz. državljanke pred nesorazmernimi nadnacionalnimi ukrepi. V tej zvezi med drugim podpira načela subsidiarnosti ter spoštovanja nacionalne identitete in temeljnih državnih funkcij, vendar ne do mere, ki bi državam članicam omogočala

⁶⁴ Prvi odstavek 6. člena Protokola v delu, kjer določa, da se vsak nacionalni parlament ali dom nacionalnega parlamenta, kadar je primerno, posvetuje z regionalnimi parlamenti, ki imajo zakonodajna pooblastila, po mojem mnenju ne podira teze o nevmešavanju v notranje zadeve.

⁶⁵ Poleg tega zavezuje države članice, ko izvajajo pravo EU.

⁶⁶ Gl. četrti odstavek 5. člena PEU in Protokol št. 2 o uporabi načela subsidiarnosti in sorazmernosti.

⁶⁷ Podrobno o načelu sorazmernost v (upravnem) pravu EU gl. P. Craig, *EU Administrative Law*, 2006, str. 655-715.

izmikanje obveznostim, ki jih pravo EU legitimno oz. veljavno določa glede na vrednote in cilje EU.

Načelo sorazmernosti velja za vse ukrepe, zato ga štejem vsaj kot omejeno relevantnega, ne glede na to, ali zagovarjamo tezo, da EU glede organizacije regionalne in lokalne samouprave nima pristojnosti, saj je treba upoštevati tudi možnost posrednega posega ali vpliva na obravnavano področje, namreč, preko izvajanja tistih pristojnosti, ki jih EU nesporno ima. Celokupno gledano torej menim, da je tudi načelo sorazmernosti vsaj omejeno relevantno, ni pa glavno za obravnavano tematiko.⁶⁸

3.8 Načelo lojalnega sodelovanja

Načelo lojalnega sodelovanja v smislu tretjega odstavka 4. člena PEU zahteva,⁶⁹ da se EU in države članice medsebojno spoštujejo in si pomagajo pri izpolnjevanju nalog, ki izhajajo iz Pogodb.⁷⁰ Za države članice dodatno terja,⁷¹ da sprejemajo vse splošne ali posebne ukrepe, potrebne za izpolnjevanje obveznosti iz Pogodb ali aktov institucij EU, da podpirajo EU pri izpolnjevanju njenih nalog in se nadalje vzdržijo vseh ukrepov, ki bi lahko ogrozili uresničevanje njenih ciljev.^{72, 73} Gre za več kot od držav terja klasično mednarodno javno pravo glede dobre vere pri izpolnjevanju obveznosti, ki izvirajo iz mednarodnih pogodb, katerih stranke so.

Vzpostavlja splošno podlago za medsebojno sodelovanje institucij in drugih teles EU ter organov⁷⁴ držav članic v kontekstu posebnega tipa (unijskega) federalizma.⁷⁵ Z vidika obravnavane tematike so pomembne predvsem zapovedi in prepovedi, ki jih načelo naslavlja na države članice in s tem v državah članicah pravzaprav zavezuje

⁶⁸ Prim. M. Klamert, *The Principle of Loyalty in EU Law*, 2014, str. 19.

⁶⁹ Poleg tega je medinstitucionalna lojalnost zahtevana v drugem odstavku 13. člena PEU.

⁷⁰ Ta vzajemnost naj bi bila po mojem mnenju predpogoj za uveljavljanje pravic. Prvi, ki ne ravna lojalno, ne more uspešno uveljaviti lojalnosti drugega.

⁷¹ Mišljeni so organi vseh vej javne oblasti.

⁷² GL tretji odstavek 4. člena PEU.

⁷³ Za (institucije) EU je lojalnost izrecno zahtevana še v drugem odstavku 13. člena PEU.

⁷⁴ Ta pojem se razlaga široko in vključuje zakonodajalca oz. predstavniške organe, sodišča, upravne organe in nosilce javnih pooblastil ter celo javna podjetja. Prej navedeno smiselno velja tudi za regionalne in lokalne javne oblasti.

⁷⁵ Pripisati mu je mogoče več funkcij, namreč, izhodišče za oblikovanje nekaterih pomembnih pravnih načel in institutov, podlaga za sprejem sekundarne zakonodaje in preprečevanje ali urejanje konfliktov. Tukaj je ponovno smiselno opozoriti, da institucije in druga telesa EU z organi držav članic in nosilci javnih pooblastil tvorijo funkcionalno enoto. V tej zvezi lahko govorimo o zakonodajni, sodni in upravni uniji ali nasploh o pravni uniji ter kompozitnem pravnem sistemu (gl. sprotno opombo 9).

organe vseh vej in ravni javnih oblasti ter vse nosilce javnih pooblastil.⁷⁶ Ker je v prej opisani funkcionalni enoti učinkovitost EU oz. učinkovito izvajanje prava EU, upošteva načelo vladavine prava, odvisno (zlasti) od delovanja nacionalnih javnih oblasti, je logično in legitimno, da pravo EU od slednjih zahteva ustrezno ravnanje. Jasno je, da to velja za ravnanja na področjih, kjer ima pristojnost EU oz. ta želi doseči cilje. Pravzaprav obravnavano načelo seže še dlje; namreč, načeloma je uporabno tudi za izvajanje tistih pristojnosti držav članic, ki so (upošteva načelo prenosa pristojnosti) v celoti ali deloma ostale v njihovi sferi, če lahko pride do posrednega učinka na EU. Tudi te pristojnosti se morajo torej izvajati na način, ki je skladen s pravom EU.⁷⁷ Povedano drugače, načelo lojalnega sodelovanja velja za vsa ravnanja držav članic, razen kadar gre za ravnanja, ki ne vplivajo na cilje EU in njene pristojnosti oz. nasploh na učinkovito izvajanje prava EU.

V tem smislu od držav članic ne terja le, da se vzdržijo vseh proti-integracijskih ravnanj, temveč tudi, da sprejemajo vse ukrepe, potrebne za izpolnitev obveznosti po pravu EU in nasploh učinkovito podpirajo EU pri izpolnjevanju njenih nalog in sodelujejo z njo. V tej splošni opredelitvi se skriva cela množica dolžnih ravnanj, ki se izrišejo sproti. Primeroma naj tukaj izpostavim dolžnost, da se zagotovi primarnost prava EU, neposreden, posreden ali izključevalni učinek določb Pogodb ali pravnih aktov EU, dolžnost povrniti škodo posamezniku, ki mu je nastala zaradi kršitve prava EU, vse s ciljem doseganja polne učinkovitosti prava EU. Z vidika prispevka je pomembno, da se država v razmerju do EU ne razbremeni odgovornosti za »nelojalna« ravnanja oseb, na katera je prenesla svoje pristojnosti oz. jim je zaupala določene naloge in pooblastila. Kaže, da se tukaj upošteva, da je država kot nosilka suverenosti na svojem ozemlju tista, ki določa dopustnost in pogoje ustanovitve organizacij, ki delujejo na njenem ozemlju. Z upoštevanjem navedenega je jasno, da je odgovorna tudi za vse svoje organe oblasti, ki so njen del in jih torej ni mogoče obravnavati ločeno od nje, kar je zlasti pomembno, ko gre za presojo ravnanj nacionalnih sodišč, vključno z vrhovnim in ustavnim sodiščem.

Načelo služi kot varnostna mreža, ko ne pridejo v poštev posebne določbe Pogodb, v razmerju do katerih je tretji odstavek 4. člena PEU splošnejši. Pravzaprav še več, obravnavano načelo lahko prištevamo med bistvene vzvode, če ne kar glavni vzvod, v procesu postopnega pridobivanja ustavnega značaja takratnega prava Skupnosti,

⁷⁶ Z vidika tega prispevka je vredno izpostaviti tudi nacionalne regulativne oblasti, pokrajine in občine.

⁷⁷ Gl. npr. zadevo C-61/11, Hassenu El Dridiju, alias Soufiju Karimu (PPU), ECLI:EU:C:2011:268.

kar ilustrirajo številna pravna načela, ki so izpeljana iz načela lojalnega sodelovanja. Glede na navedeno menim, da je načelo lojalnega sodelovanja vsekakor relevantno za obravnavano tematiko, pravzaprav prvenstveno, in terja podrobnejšo analizo.

4 Nacionalna institucionalna avtonomija in organizacija regionalne in lokalne samouprave držav članic

Nacionalna institucionalna avtonomija običajno označuje pristojnost držav članic, da te same določijo svojo strukturo javne oblasti, tj., da določijo organe ali osebe, pristojne in odgovorne za izvajanje določenih oblastnih in drugih nalog in pooblastil, vključno učinkovito implementacijo prava EU oz. njegovih posameznih delov,⁷⁸ razen če je v posameznem primeru s pravom EU, bodisi neposredno bodisi posredno, določeno drugače,⁷⁹ pri čemer je treba vseskozi zagotavljati enotno razlago prava EU.⁸⁰ Menim, da je slednje mogoče umestiti v kontekst načela lojalnega sodelovanja, kar potrjuje prej navedeno tezo o pomenu lojalnosti za obravnavano tematiko. Izhodišče je torej načelo nacionalne institucionalne avtonomije, ki pa ni absolutno, kar je povsem očitno v prej opisanem primeru nacionalnih regulativnih oblasti,⁸¹ v tem poglavju pa je poudarek na organizaciji regionalne in lokalne samouprave.

Sodišče EU je že relativno zgodaj izpostavilo, da čeprav so države članice na podlagi Pogodbe zavezane, da sprejmejo vse primerne javne ukrepe, splošne ali posebne, potrebne za učinkovito izpolnitev obveznosti, ki izvirajo iz Pogodbe, smejo same določiti, katera telesa znotraj nacionalnega sistema so pristojna za sprejem prej navedenih ukrepov. V tem smislu je po mnenju Sodišča EU šlo za zadevo ustavnega sistema države članice.⁸² To naj bi bil izraz ohranjenosti suverenosti držav članic in dejstva, da EU ni država, čeprav menim, da slednje ni ovira, kar nenazadnje

⁷⁸ Tesno s tem je povezano načelo nacionalne procesne oz. postopkovne avtonomije, saj je jasno, da se oblastno ravnanje opravi v določenem postopku oz. po postopkovnih pravilih.

⁷⁹ Takšnih primerov sicer ni veliko, vendar obstajajo, na primer v sektorjih, podvrženih liberalizaciji, kot so energetski, telekomunikacijski, poštni in železniški sektor, pravo EU izrecno terja, da se regulacija teh sektorjev opravlja s strani pravno ločenih in funkcionalno neodvisnih regulatornih teles in v tej zvezi določa stroge organizacijske zahteve. Države članice v tem primeru ne morejo odločati, kateri in kakšen organ ali entiteta bo izvajala sektorsko regulacijo in s kakšnimi pristojnostmi in nalogami. To določa pravo EU.

⁸⁰ Gl. zadevo C-205/82, Deutsche Milchkontor GmbH in drugi proti Zvezni republiki Nemčiji, ECLI:EU:C:1983:233.

⁸¹ Gl. poglavje 3.2 in sprotno opombo 88.

⁸² Gl. združene zadeve 51-54/71, International Fruit Company NV in ostali proti Produktschap voor groenten en fruit, ECLI:EU:C:1971:128.

dokazujejo – sicer redki – primeri, ko pravo EU zelo izrazito in neposredno poseže v organizacijo oblasti držav članic (kar pa v času, ko je reševalo prej omenjeno zadevo, v pravu EU še ni bilo zahtevano).⁸³ Načeloma je pravo EU v tem pogledu podobno klasičnemu mednarodnemu pravu, kjer so v skladu z načelom, da mora biti pogodba izpolnjena (*pacta sunt servanda*),⁸⁴ in načelom, da neizpolnitve obveznosti ni mogoče opravičiti s sklicevanjem na svoje pravo,⁸⁵ države zavezane za izpolnitev obveznosti in v primeru, če obveznost ni izpolnjena, trpi odgovornost do sopogodbenic oz. do mednarodne organizacije država, kot stranka pogodbe, ne njeni organi, nosilci javnih pooblastil ali teritorialne enote, ki jim je zaupala izpolnjevanje te obveznosti. Sodišče EU glede tega ravna podobno,⁸⁶ tudi v primeru federalno organiziranih držav članic.⁸⁷

Skratka, obveznosti, ki izvirajo iz prava EU, se nanašajo (predvsem) na države članice, ki so odgovorne za neizpolnitev obveznosti, ne glede na to, kateri njihov organ je zatajil, kar velja tudi v primeru, če določenih obveznosti ni izpolnila ustavno neodvisna entiteta, ki ji je država članica podelila pristojnost in jo pooblastila za izpolnitev obveznosti, ki jih določa pravo EU.⁸⁸ Kot že rečeno, notranja organizacijska vprašanja niso razlog, ki bi ga država članica lahko uspešno uveljavljala, če ne izpolni svojih obveznosti, niti niso razlog za razveljavitev ali odpravo teh obveznosti.⁸⁹

Na prvi pogled je morda nekoliko paradoksalno, da je bila EU oz. njene institucije do sedaj relativno indiferentne do organizacije javne oblasti v državah članicah in so večinoma prepuščale naključju, kdo v nacionalni oblastni strukturi bo »izvajalec«, čeprav je popolnoma jasno, da nimajo pristojnosti za delovanje na t. i. zadnji milji in je učinkovita implementacija⁹⁰ prava EU odvisna od nacionalnih organov,

⁸³ Gl. tudi J. Bois, P. van Cleynenbreugel, *National Institutional Autonomy and EU law: time to reframe the stakes of interdisciplinary scholarship?*, 2021, str. 6.

⁸⁴ Gl. 26. člen Dunajske konvencije o pravu mednarodnih pogodb (Uradni list RS – MP, št. 9/92, 9/93, 5/99, 9/08, 13/11, 9/13 in 5/17).

⁸⁵ Gl. 27. in 46. člen Dunajske konvencije o pravu mednarodnih pogodb.

⁸⁶ Gl. npr. zadevo C-383/00, Komisija proti Zvezni republiki Nemčiji, ECLI:EU:C:2002:289, kjer je Sodišče EU izpostavilo, da skladno z uveljavljeno prakso država ne more uspešno uveljaviti določb (aktov), praks ali situacij v nacionalnem pravnem redu, vključno s tistimi, ki izvirajo iz federalne organiziranosti, da bi opravičila neizpolnitev obveznosti [...]. Sodišče EU je v tej zvezi izpostavilo načelo lojalnega sodelovanja, ki terja delovanje v dobri veri in s polnim upoštevanjem Pogodb in drugih virov prava EU.

⁸⁷ Prav tam.

⁸⁸ Gl. zadevo 77/69, Komisija proti Kraljevini Belgiji, ECLI:EU:C:1970:34.

⁸⁹ Gl. zadevo 97/81, Komisija proti Kraljevini Nizozemski, ECLI:EU:C:1982:193.

⁹⁰ Implementacija (implementation) je mišljena kot nadpomenka ali krovni pojem za aktivnosti držav članic, potrebne za realizacijo nadnacionalnih aktov, tj. za prenos (transposition), operacionalizacijo (operationalization), razlago (interpretation),

teritorialnih oblastnih enot in njihovih organov ter nosilcev javnih pooblastil.⁹¹ Vendar je po razmisleku to povsem razumljivo, in sicer zaradi različnih pravnih, političnih in v končni fazi tudi praktičnih razlogov. Pogodbi izražata voljo držav članic, te pa so delovale v skladu z logiko realne politike. Izostanek pristojnosti EU oz. njenih institucij za implementacijo prava EU v okviru t. i. zadnje milje je povzročil, da so se za ta namen pooblastile že vzpostavljene izvajalske oz. oblastne strukture, kar je še toliko bolj sprejemljivo razmišljanje, če sprejememo tezo o funkcionalni enoti.⁹²

V tem kontekstu je primerno presojati tudi nacionalno institucionalno avtonomijo glede organizacije regionalne in lokalne samouprave.⁹³ Sodišče EU je obravnavalo zadeve, v katerih je državam priznalo, da si smejo organizirati regionalno in lokalno samoupravo,⁹⁴ je pa sočasno odločilo, da so odgovorne, če niso bile izpolnjene obveznosti, ki izvirajo iz prava EU, čeprav je bilo v obravnavanih zadevah pred Sodiščem EU nesporno, da je država za potrebe izvajanja nadnacionalnih obveznosti prenesla pristojnost na samoupravne teritorialne enote ali pa so bile te pristojne že na podlagi siceršnje vertikalne razporeditve pristojnosti.^{95, 96} Ob tem je vredno izpostaviti, da je šla sodna praksa v smeri obveznosti držav članic, da morajo Komisijo EU obveščati o vseh nacionalnih ukrepih, torej tudi o tistih, ki so jih sprejele regionalne ali lokalne samoupravne enote.⁹⁷

uporabo (application) in izvrševanje (enforcement) nadnacionalnih aktov. Praksa kaže, da implementacija nadnacionalnega akta pogosto ne terja vseh prej navedenih aktivnosti. Prim. S. Prechal, R. J. G. M. Widdershoven, J. H. Jans, *Europeanization of Public Law*, 2015, str. 13–18.

⁹¹ Gl. S. Prechal, R. J. G. M. Widdershoven, J. H. Jans, *Europeanization of Public Law*, 2015, str. 18–23.

⁹² Gl. sprotno opombo 9.

⁹³ V tej zvezi je primerno opozoriti na t. i. Costanzo obveznost, tj. obveznost vseh organov in entitet, ki na ozemlju posamezne države članice izvajajo javno oblast, da morajo v tem kontekstu, *inter alia*, upoštevati tudi pravo EU in mu v primeru kolizije med njim in (ostalimi) formalnimi pravnimi akti, ki so del nacionalnega pravnega sistema, načeloma zagotoviti primat.

⁹⁴ V nekaterih novejših zadevah pa je Sodišče EU jasno izpostavilo, da notranja (poraz)delitev pristojnosti ni pod vprašajem, saj jo zagotavlja drugi odstavek 4. člena PEU, v skladu s katerim je EU zavezana spoštovati t. i. nacionalno identiteto držav članic, ki je neločljivo povezana z njihovimi temeljnimi političnimi in ustavnimi ureditvami, vključno z regionalno in lokalno samoupravo; gl. zadevo C-156/13, Digibet Ltd and Gert Albers proti Westdeutsche Lotterrie GmbH & Co. OHG, ECLI:EU:C:2014:1756.

⁹⁵ Gl. npr. zadevo C-8/88, Zvezna republika Nemčija proti Komisiji, ECLI:EU:C:1990:241; zadevo C-417/99, Komisija proti Kraljevini Španiji, ECLI:EU:C:2001:445; združene zadeve C-20-28/01, Komisija proti Zvezni republiki Nemčiji, ECLI:EU:C:2003:220. Tukaj je vredno omeniti tudi, da gre za izdelan pristop Sodišča EU, saj je podobno logiko uporabilo pri pasivnosti držav, ki je vodila v kršitev prava EU, namreč, v zadevi C-265/95, Evropska komisija proti Francoski republiki, ECLI:EU:C:1997:595, je Sodišče EU štel, da je država odgovorna tudi za kršitve prava EU, ki jih dejansko povzročijo njeni državljani, če njihovih dejanj ni ustrezno preprečila.

⁹⁶ Res pa je, da pravo EU ne preprečuje »regresnega zahtevka«; gl. zadevo C-424/97, Salomone Haim proti Kassenzahnärztliche Vereinigung Nordrhein, ECLI:EU:C:2000:357.

⁹⁷ Gl. zadevo 380/87, Balsamo, ECLI:EU:C:1989:318.

Vse navedeno tako kaže, da morebiten prenos pristojnosti s strani države članice na teritorialne samoupravne enote ne spremeni temeljnega razmerja med državo in EU, kar velja tudi v primeru, če je ta prenos takšen, da imajo regionalne ali lokalne javne oblasti opazovane države članice izključno pristojnost na določenem področju in so znotraj tega ravno te »nedržavne« javne oblasti (edini) izvajalec določenih pravil EU. V razmerju do EU obveznosti iz prava EU za države članice ostajajo nespremenjene, enako pa velja tudi glede njihove odgovornosti, če te obveznosti niso izpolnjene,⁹⁸ ne glede na takšno ali drugačeno vertikalno delitev pristojnosti v okviru držav članic. Menim, da ta okoliščina v praksi zrelativizira nacionalno institucionalno avtonomijo. Ta posreden vpliv prava EU vsekakor ne pospešuje pristne decentralizacije, prej nasprotno, saj države članice zadržano prenašajo pristojnosti na svoje regionalne in lokalne javne oblasti, če pa jih prenesejo, je logično pričakovati, da bodo določile nadzorne mehanizme, ki jim omogočajo pravočasno korekcijo kršitev prava EU s strani regionalnih ali lokalnih javnih oblasti.

5 Zaključek

Načelo nacionalne upravne in nasploh institucionalne avtonomije je realno dejstvo, česar ta prispevek ni nameraval izpodbijati, temveč identificirati meje tega načela, skladno s predpostavko o njegovi relativnosti. Izmed analiziranih pravnih načel nacionalno institucionalno avtonomijo najbolj utrjujejo načelo prenosa pristojnosti in načelo spoštovanja nacionalne identitete, skupaj z nekaterimi drugimi načeli.⁹⁹ Na drugi strani pa je mogoče v načelu lojalnega sodelovanja in njegovih »izpeljankah« prepoznati vir nezanemarljive relativizacije nacionalne institucionalne avtonomije v smislu načela, ki ima izjeme.

Tako npr. kljub temu, da v Pogodbah v korist EU ni nikjer določena pristojnost določanja specifične organizacije javne oblasti v državah članicah, EU na več področjih od držav članic terja ustanovitev neodvisnih regulativnih oblasti s točno določenimi značilnostmi in pooblastili. Tukaj gre za izrazit neposreden vpliv prava EU na organizacijo javne oblasti v državah članicah na ravni centralne oblasti. Da mestoma države članice niso proste pri horizontalni delitvi pristojnosti in to na ravni

⁹⁸ V nekaterih primerih pa je lahko poleg države odgovorna še regionalna ali lokalna samoupravna enota; gl. C-424/97, Salomone Haim proti Kassenzahnärztliche Vereinigung Nordrhein, ECLI:EU:C:2000:357.

⁹⁹ To velja že samo zase, še bolj pa v kombinaciji z načeloma subsidiarnosti in sorazmernosti.

državne oz. centralne javne oblasti, po mojem mnenju jasno kaže meje oz. relativnost načela nacionalne institucionalne avtonomije.

Vendar to še ni vse, vsaj posreden vpliv prava EU na organizacijo javne oblasti je opazen tudi pri vertikalni delitvi pristojnosti, tj. pri organizaciji teritorialnih enot. Kljub načelu spoštovanja nacionalne identitete, ki je neločljivo povezana s temeljnimi političnimi in ustavnimi strukturami držav članic, vključno z regionalno in lokalno samoupravo, je zlasti pod vplivom načela lojalnega sodelovanja mogoče opaziti posreden vpliv prava EU tudi na organizacijo lokalne in regionalne samouprave. Države članice so sicer formalno gledano proste pri vertikalni delitvi pristojnosti, vendar so v tej zvezi pod realnim pritiskom odgovornosti za ravnanja drugih oseb. Namreč, če pride do takšnega prenosa pristojnosti na regionalne ali lokalne javne oblasti, ki jim omogoča izključnost delovanja na določenem področju ali glede določene naloge in te nedržavne javne oblasti z lastno subjektiviteto pri svojem delovanju kršijo pravo EU, je za to kršitev v razmerju do EU polno odgovorna država članica.¹⁰⁰ To vodi k sklepu, da pravo EU lahko vpliva na odločitev držav članic, ali bodo prenesle določene pristojnosti oz., če se odločijo za ta prenos, kakšne nadzorne mehanizme si bodo ob tem pridržale. Skratka, pravo EU lahko vpliva na organizacijo regionalne in lokalne samouprave.

Glede na opisan neposreden in posreden vpliv prava EU na organizacijo javne oblasti, ki je opazen na vseh ravneh, tj. na nacionalni oz. centralni, regionalni in lokalni ravni, menim, da beseda »avtonomija«, če je mišljena v pristnem smislu, lahko zavajajoča. Bolj dosledno bi bilo govoriti o relativno obsežni (nikakor pa ne neomejeni) »pristojnosti« držav članic na področju notranje organizacije javne oblasti.

Literatura

- Adinolfi Adelina, The "Procedural Autonomy" of Member States and the Constraints Stemming From the ECJ's Case Law: Is Judicial Activism Still Necessary?, v: The European Court of Justice and autonomy of the Member States, de Witte Bruno, Micklitz Hans (ur.), Intersentia, Cambridge 2012
- Baghrizabehi Denis, Ferčič Aleš, Private Enforcement of EU State Aid Rules: Is There Any Room for National Procedural Autonomy Left?, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, (neizdano).

¹⁰⁰ Če to velja v primeru, ko gre za prenos pristojnosti, ki omogoča izključnost delovanja, je jasno, da velja tudi v primerih, ko ne gre za izključnost delovanja.

- Baghrizabehi Denis, *The Current State of National Procedural Autonomy: A Principle in Motion*, *InterEULawEast*, Let. 3 (2016), št. 1, str. 13–30.
- Bobek Michal, *Why There is No Principle of 'Procedural Autonomy' of the Member States*, v: *The European Court of Justice and autonomy of the Member States*, de Witte Bruno, Micklitz Hand (ur.), Intersentia, Cambridge 2012.
- Bois Julien, Van Cleynenbreugel Pieter, *National Institutional Autonomy and EU Law: Time to Reframe the Stakes of Interdisciplinary Scholarship?*, *EUDAMONIA Working Paper 2021/1*, Liège Université, Liège 2021.
- Craig Paul, de Búrca Gráinne, *EU Law: Text, Cases, and Materials (7. Izdaja)*, Oxford University Press, Oxford 2020.
- Craig Paul, *EU Administrative Law*, Oxford University Press, Oxford 2006.
- Ehlers Dirk, Pünder Hermann (ur.), *Allgemeines Verwaltungsrecht (15. izdaja)*, Walter De Gruyter, Berlin 2015.
- Epiney Astrid, *Gemeinschaftsrecht und Föderalismus: "Landes-Blindheit" und Pflicht zur Berücksichtigung innerstaatlicher Verfassungsstrukturen*, *Europarecht*, Let. 29 (1994), str. 301–324.
- Faraguna Pietro, *Constitutional Identity in the EU – A Shield or a Sword?*, *German Law Journal*, Let. 18(2017), št. 7, str. 1617–1640.
- Gordon Richard, Moffatt Rowena, *EU Law in Judicial Review*, Oxford University Press, Oxford 2014.
- Klamert Marcus, *The Principle of Loyalty in EU Law*, Oxford University Press, Oxford 2014.
- Konstadinidis Theodore, *Constitutional Identity as a Shield and as a Sword: The European Legal Order Within the Framework of National Constitutional Settlement*, *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, 2010–2011, Let. 13, št. 1, str. 195–218.
- Lenaerts Koen, van Nuffel Piet, *EU Constitutional Law*, Oxford University Press, Oxford 2022.
- Mendez-Pinedo Elvira M., *The Principle of Effectiveness of EU Law: A Difficult Concept in Legal Scholarship*, *Juridical Tribune*, Let. 11 (2021), št. 1, str. 5–29.
- Jans Jan H., Prechal Sacha, Widdershoven Rob J. G. M. (ur.), *Europeanisation of Public Law (2. izdaja)*, Europa Law Publishing, Groningen 2015.
- Scholtes Julian, *Abusing Constitutional Identity*, *German Law Journal*, Let. 22 (2021), št. 4, str. 534–556.

SUMMARY

In this article, the author discusses limits of national institutional autonomy, which must be considered when Member States organize their public authority systems (i.e., organs and bodies or holders of public authorizations for specific functions). Main emphasis is on the organization of regional and local public authorities, such as provinces and municipalities which are an expression of local self-governance. However, this is not to say that the organization of central public authorities is ignored. As explained in the article, the most obvious supranational limitation of Member States, when dealing with the organization of their national or central public administration, is the obligatory establishment of national regulatory authorities in certain sectors, such as energy, communications and banking sector, with specific characteristics, tasks and powers defined relatively thoroughly by supranational legislative acts. In such cases, EU law directly affects national institutional autonomy, in fact, it limits Member States' competence to autonomously organize their system of public authority so intensively that we can hardly talk about the autonomy in a strict sense. But this article aims to go beyond such direct and obvious organizational limitations and explores cases where, at first sight, there is nothing to indicate the impact of EU law. As already pointed out, the organization of local self-governance is a good example. Since the topic in question cannot be discussed in isolation or legal vacuum, special characteristics of the EU and its legal system (and the law) are first discussed. In this regard, the functional approach is highlighted in addition to the formal one. This is so because certain complex

legal questions become easier to resolve if the EU and Member States, as well as EU law and national laws, are considered as a functional unit. This is supplemented by the discussion of the most important EU legal principles that are important for the vertical division of competences between EU and Member States, for the relationship between supranational law and national laws and, last but not least, for the process of Europeanization of Member States' administrative or public laws. Already a brief analysis shows the relevant tensions particularly between, on the one hand, the principle of conferral and the principle of respect of national identity and, on the other, the principle of loyal cooperation and its various "derivatives". Indeed, similar clash of principles can be observed regarding the national procedural autonomy. Namely, the latter is also relativized or limited by certain fundamental principles, i.e., by the principle of equivalence (non-discrimination) and the principle of effectiveness (and – according to recent case-law – by the principle of effective judicial protection). The preceding is explicitly pointed out in the case-law, whereas so far the limits of national institutional autonomy gained significantly less attention by the EU courts. This serves as additional motivation for this article which aims to prove that in spite of the TEU's provision according to which the EU must respect Member States' national identities, inherent in their fundamental structures, both political and constitutional, including regional and local self-government, their autonomy in the discussed field is not absolute but rather relative. In fact, the use of term autonomy in the discussed context is somewhat misleading, therefore, the author points out that instead of autonomy it is better to use the term competence of Member States to organize their public authority systems.

NEVELJAVNOST UKREPOV FORMALNO NEZAKONITE DRŽAVNE POMOČI

DENIS BAGHRIZABEHI

Univerza v Mariboru, Pravna fakulteta, Maribor, Slovenija
denis.baghrizabehi@um.si

Prispevek obravnava problem nedoločenosti civilnopravnih oblik neveljavnosti, ki lahko nastopijo kot posledica kršitve obveznosti mirovanja pri dodeljevanju državnih pomoči. Problem je naslovljen na ravni prava EU in na nacionalni ravni, kar odraža zasnovno decentraliziranega izvrševanja prava državnih pomoči pred nacionalnimi sodišči. Posebni ozir raziskovalnega problema predstavlja slovenska ureditev vprašanja civilnopravne neveljavnosti ukrepov nezakonite pomoči. Slovenska sodna praksa problema namreč še ni (izrecno) naslovila, v teoriji pa se zasledijo stališča, ki prvenstveno povzemajo dognanja v razvoju sodne prakse v Nemčiji. Čeprav so ta nastajala postopoma in premorejo pomembne uporabne zaključke, je treba izpostaviti, da so tudi predmet znanstvene in strokovne kritike. Prispevek zato izpostavlja pomanjkljivosti in prednosti nemškega modela ter na tej podlagi predlaga rešitev v slovenskem pravu.

DOI
[https://doi.org/
10.18690/um.pf.1.2024.19](https://doi.org/10.18690/um.pf.1.2024.19)

ISBN
978-961-286-817-8

Ključne besede:

državna pomoč,
ničnost,
neveljavnost,
neučinkovitost,
obveznost mirovanja

Opomba:

Prispevek je izveček že
objavljenega dela:
Baghrizabehi, D.
(2023). *Zasebno uveljavljanje
prava državnih pomoči v
pravdnem postopku : doktorska
d disertacija* [Doktorska
disertacija, Univerza v
Mariboru]. Digitalna
knjižnica Univerze v
Mariboru.



Univerzitetna založba
Univerze v Mariboru

DOI
[https://doi.org/
10.18690/um.pf.1.2024.19](https://doi.org/10.18690/um.pf.1.2024.19)

ISBN
978-961-286-817-8

Keywords:

state aid,
nullity,
invalidity,
ineffectiveness,
standstill obligation

Note:

This is an abstract of an already published work: Baghrizabehi, D. (2023). *Zasebno uveljavljanje prava državnih pomoči v pravnem postopku : doktorska disertacija* [Doktorska disertacija, Univerza v Mariboru]. Digitalna knjižnica Univerze v Mariboru.

INVALIDITY OF FORMALLY UNLAWFUL STATE AID MEASURES

DENIS BAGHRIZABEHI

University of Maribor, Faculty of Law, Maribor, Slovenia
denis.baghrizabehi@um.si

The present contribution deals with the problem of determining civil law forms of invalidity for contracts negotiated in contravention of the stand-still obligation in the process of implementing state aid measures. The problem is addressed at both the supranational level (EU law) and the national level, reflecting the overall mechanism of decentralized enforcement of state aid law before national courts. A special aspect of the research problem is presented in the issue of civil law invalidity of unlawful aid measures in Slovenia. Slovenian courts have not yet (explicitly) addressed the problem; however, scholarly writing has adopted a position which generally summarizes the findings of established case law in Germany. Although the developments in German case law were built gradually and contain important and useful conclusions, it should be noted that they are also subject to scientific and professional criticism. The present contribution therefore points out the shortcomings and advantages of the German model and, on this basis, proposes a solution in Slovenian law.



1 Uvod

Država članica EU ne sme izvajati ukrepov državne pomoči, dokler Komisija EU ne sprejme dokončnega (pozitivnega) sklepa o združljivosti predlaganih ukrepov. Tako opisana »obveznost mirovanja«, naslovljena na države članice, je s klavzulo o mirovanju (angl. standstill clause) kodificirana v tretjem stavku tretjega odstavka 108. člena Pogodbe o delovanju Evropske unije¹ (PDEU). Če je obveznost mirovanja prekršena, se konkretni ukrep pomoči (ali shema pomoči) po pravu EU obravnava kot nezakonit,² kar lahko ima posledice za njegovo civilnopravno veljavnost (če gre za ukrep civilnopravne narave, npr. prodajno pogodbo).

Pravo EU apriorno ne določa oblike oz. stopnje neveljavnosti civilnopravnih aktov, ki predstavljajo ukrep nezakonite državne pomoči. To je drugače kot na področju prava omejevalnih ravnanj, kjer drugi odstavek 101. člen PDEU določa za prepovedane sporazume sankcijo ničnosti.³ Omenjeno med drugim daje podlago *a contrario* sklepu, da za področje državnih pomoči ničnost ni določena.⁴ Takšen sklep utrjuje tudi sodna praksa Sodišča EU, ki glede vprašanja (oblike) neveljavnosti odkazuje na nacionalno pravo držav članic (z določenimi pridržki). Pravna doktrina posameznih držav članic pogosto nima izoblikovanih stališč glede neveljavnosti takšnih ukrepov ali pa se ta stališča oblikujejo šele skozi dolge sodne sage.

Problem, ki ga obravnavamo v nadaljevanju, je nedodelanost slovenske pravne doktrine glede obravnavanega vprašanja. Za reševanja problema smo, prvič, analizirali pravni okvir EU in iztočnice, ki nam jih ponuja Sodišče EU, drugič, opravili podrobno analizo pristopa absolutne neveljavnosti, ki ga je ubrala nemška sodna praksa in izpostavili kritike nemške teorije k temu pristopu,⁵ ter končno, na podlagi prednosti in slabosti nemškega pristopa, poskusili oblikovati stališče, ki je imanentno slovenskemu pravu.

¹ UL C 326, 26. 10. 2012.

² Zadeva C-354/90, Fédération nationale du commerce extérieur des produits alimentaires in Syndicat national des négociants et transformateurs de saumon, ECLI:EU:C:1991:440 (FNCE), tč. 17; zadeva C-368/04, Transalpine Ölleitung in Österreich GmbH a iní proti Finanzlandesdirektion für Tirol a iní, ECLI:EU:C:2006:644 (Transalpine Ölleitung), tč. 40.

³ Gre za edino določbo v primarnem pravu, kjer pravo EU izrecno določa civilnopravno sankcijo in na sploh posega v veljavnost poslov civilnega prava. Tako H. Ulrich, Private Enforcement of the EU Rules on Competition – Nullity Neglected, 2021, str. 611.

⁴ S. Bühner, 2018, Die Rückabwicklung unionsrechtswidriger Beihilfen im Privatrecht, str. 147–148.

⁵ Nemško pravo je bilo izbrano zaradi podobnosti slovenskemu pravu, ki so izraz skupne (germanske) pravne družine in relativno naprednega doktrinarnega diskurza glede problema.

Prispevek najprej v drugem poglavju obravnava vprašanje neveljavnosti ukrepov nezakonite državne pomoči skozi prizmo nadnacionalnega prava. Temu v tretjem poglavju sledi analiza ureditve neveljavnosti takšnih ukrepov v nemškem civilnem pravu. Analiza nemške ureditve služi kot iztočnica za izvajanje (primerjalnopravnih) zaključkov, ki jih podajamo v razmerju do slovenske pravne ureditve v četrtem poglavju. Končno se v petem poglavju opredelimo do ničnosti kot preferenčne oblike neveljavnosti ukrepov nezakonite pomoči.

2 Nezakonitost pomoči po pravu EU in neveljavnost ukrepov po nacionalnem pravu

Pomembno je naglasiti, da pojma »neveljavnosti« nikakor ne gre zamenjevati s pojmom »nezakonitosti« pomoči. Z nezakonitostjo označujemo kršitev tretjega odstavka 108. člena PDEU, ki vsebuje prepovedno normo. S to označbo se torej sporoča, da je pomoč izvedena v nasprotju z »zakonom«, tj. tretjim odstavkom 108. člena PDEU. Pri tem ne smemo pojma »zakon« tolmačiti jurisprudenčno, saj primarno pravo EU ni »zakon« v doslednem hierarhičnem pojmovanju pravnih aktov, temveč moramo pojem razumeti kot »protipravnost« (v tem smislu prim. npr. angl. illegal ali unlawful ter nem. rechtswidrig kot semantično bolj ustrezne označbe). Takšna nezakonitost je opredeljena tudi kot »formalna«⁶ ali »procesna«⁷ nezakonitost, kajti označuje kršitev norme postopkovnega značaja, ne glede na (materialnopravno) združljivost pomoči. Nezakonitost v opisanem smislu izvira iz prava EU oz. nastane kot posledica kršitve prava EU.

Od vprašanja nezakonitosti pomoči po pravu EU je treba ločevati neveljavnost tega ukrepa po nacionalnem pravu. Nacionalna sodišča namreč varujejo pravice posameznikov v postopkih zasebnega uveljavljanja prava državnih pomoči, tako da »v skladu z nacionalnim pravom sprejmejo vse ustrezne ukrepe, [...] glede veljavnosti aktov in povračila.«⁸ Posledice (ne)veljavnosti nezakonite pomoči se

⁶ T. Jestaedt, Das Rückzahlungsrisiko bei formell rechtswidrigen Beihilfen, str. 49–52; C. Armbrüster, BGB § 134 Gesetzliches Verbot, v: Münchener Kommentar zum BGB, 2018, rn. 37–38; Mnenje generalne pravobranilke Kokkot v zadevi C-275/10, Residex Capital IV, ECLI:EU:C:2011:354, tč. 28.

⁷ Primeroma izpostavimo, da je nadzorni organ EFTA (Evropsko združenje za prosto trgovino) predhodno nezakonito pomoč v svojih smernicah kar opisno opredeljeval kot »pomoč, nezakonito na procesni podlagi« (angl.: aid unlawful on procedural grounds). Gl. UL L 124, 23. 5. 1996, str. 41–52, kjer nadzorni organ EFTA pojasni deskriptivno označbo. Nadzorni organ EFTA skrbi za uveljavljanje pravil o notranjem trgu (in tamkaj državnih pomočeh) v državah članicah EFTA.

⁸ Zadeva *Transalpine Ölleitung*, tč. 47. Gl. tudi zadeva *FNCE*, tč. 12; zadeva C-143/99, *Adria-Wien Pipeline GmbH* in *Wietersdorfer & Peggauer Zementwerke GmbH* proti *Finanzlandesdirektion für Kärnten*, ECLI:EU:C:2001:598, tč. 26–27, združeni zadevi C-261 in 262/01, *Belgische Staat* proti *Eugène van Calster* in *Felix Cleeren* (C-261/01)

bodo torej določale glede na sankcije, ki jih za takšno nezakonitost (kršitev norme) predvideva nacionalno pravo. Ni torej nujno, da bo nezakonita državna pomoč v vsaki državi članici nosila predznak absolutne neveljavnosti ali relativne neveljavnosti oz. kakšne druge oblike pogojne veljave.

Kljub temu pa ne gre zanikati posredni vpliv prava EU na obliko neveljavnosti po nacionalnem pravu. Neveljavnost namreč ni končna posledica nezakonitosti državne pomoči. Cilj prava državnih pomoči v svoji kurativni obliki je odpraviti posledice izvedene nezakonite pomoči, tj. vzpostaviti stanje, kakršno bi bilo, če pomoč ne bi bila implementirana v nasprotju z obveznostjo mirovanja (restitucija).⁹ Pogosto vzpostavitev takšnega stanja ne bo mogoča, če pravni posel, s katerim je bila nezakonita pomoč podeljena, ostaja veljaven. Praviloma bo namreč veljavna pravna podlaga (pravni naslov) onemogočala vračilo prednosti, če prejemnik nezakonite pomoči ne bo voljan prostovoljno vrniti. Zato končni cilj prava državnih pomoči (restitucija) posredno narekuje, da država članica opredeli takšno sankcijo (npr. ničnost), da bo mogoča učinkovita restitucija.¹⁰ Če je zgolj del civilnega posla obremenjen z nezakonito pomočjo, je treba preučiti možnost ohranitve neobremenjenega dela v veljavi.¹¹

Da pravo EU ne določa sankcije ničnosti za posle civilnega prava, s katerimi se krši klavzula o mirovanju, implicitno izhaja iz sodbe *CELF I*, kjer je sodišče EU zaključilo, da nacionalno sodišče ni dolžno naložiti vračila pomoči, ki je bila izvajana v nasprotju s to določbo, če je Komisija EU sprejela dokončno odločitev, da je navedena pomoč združljiva s skupnim trgovom.¹² To pa nadalje sledi tudi iz drugih alternativnih ukrepov, ki jih lahko nacionalno sodišče sprejme pred dokončno odločitvijo Komisije EU kot npr. s prenosom sredstev na zamrznjeni račun, tj. z

in *Openbaar Slachthuis NV* (C-262/01), ECLI:EU:C:2003:571, tč. 64, in zadeva C-71/04, *Administración del Estado proti Xunta de Galicia*, ECLI:EU:C:2001:598, tč. 50.

⁹ Logična posledica ugotovitve nezakonitosti pomoči je njena odprava z izterjavo, tako da se vzpostavi prejšnje stanje. Glavni cilj izterjave nezakonito izplačane državne pomoči je namreč odprava izkrivljenja konkurence. Tako zadeva C-349/17, *Eesti Pagar AS proti Ettevõtuse Arendamise Sihtasutus in Majandus- ja Kommunikatsiooniministeerium*, ECLI:EU:C:2019:172, tč. 13.

¹⁰ Smiselno enako U. von Reußow, 2005, *Die Kompetenzen nationaler Gerichte im Anwendungsbereich des EG-Beihilferechts*, str. 130.

¹¹ Prav tam.

¹² Zadeva C-199/06, *Centre d'exportation du livre français (CELF) and Ministre de la Culture et de la Communication v Société internationale de diffusion et d'édition (SIDE)*, ECLI:EU:C:2008:79 (*CELF*), tč. 54–55. Hkrati je vendarle treba poudariti, da je Sodišče EU v sodbi v tej zadevi izpostavilo, da ni ovir, da nacionalno sodišče v okviru svojega nacionalnega prava, če je to predvideno, naloži polno vračilo nezakonite pomoči kljub pravici države članice, da pomoč kasneje ponovno izvaja: prav tam, tč. 53–55.

začasnimi ukrepi.¹³ Ničnost je namreč sankcija, ki nastopi *ab initio* ter *ex lege* in v takem primeru odpade smoter za navedena pravna sredstva, kajti kljub pozitivni *ex-nunc* odločbi Komisije EU bi bila pomoč prenesena brez veljavnega pravnega temelja. Ničnost kot najstrožja oblika neveljavnosti tako razvrznoti naknadno odločbo o materialni združljivosti posla.¹⁴

Sicer pa v literaturi prihaja do izraza stališče, da je posledica nezakonnosti ukrepov predvsem ta, da so nasprotujoči posli civilnega prava »brez pravnega učinka«.¹⁵ Če namreč ponovimo maksimo, nacionalna sodišča morajo zagotoviti, da bodo v skladu z njihovim nacionalnim pravom odpravljene vse posledice kršitve tretjega odstavka 108. člena PDEU. To bo mogoče tedaj, kadar so ti posli brez pravnega učinka.¹⁶ Smejo pa (po pravu EU) učinkovati, če jih Komisija EU naknadno odobri s pozitivno odločbo. Neveljavnost gre potem razumeti kot metodo za odpravo učinkov spornega posla, ki predstavlja ukrep nezakonnite in nezdružljive pomoči.¹⁷

3 Primerjalnopravne iztočnice v nemškem pravu

Po ustaljeni nemški sodni praksi so (zavezovalni)¹⁸ posli civilnega prava, sklenjeni in nasprotju s klavzulo o mirovanju, skratka takšni, ki predstavljajo ukrep nezakonnite državne pomoči, v celoti nični. Kljub temu se v literaturi pojavljajo resni pomisleki o ustreznosti takšne sankcije.

¹³ S. Bühner, 2018, Die Rückabwicklung unionsrechtswidriger Beihilfen im Privatrecht, str. 149.

¹⁴ Gl. M. Ludwigs, III. Staatliche Beihilfen, v: Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts Werkstand, 2021, rn. 392; A. Bartosch, Die private Durchsetzung des gemeinschaftlichen Beihilfenverbots Das CELF-Urteil vom 12. 2. 2008 und seine Auswirkungen auf Deutschland, 2008, str. 239.

¹⁵ S. Bühner, 2018, Die Rückabwicklung unionsrechtswidriger Beihilfen im Privatrecht, str. 148–151; gl. še zadeva FNCE, tč. 12 in 17.

¹⁶ U. Von Reußow, 2005, Die Kompetenzen nationaler Gerichte im Anwendungsbereich des EG-Beihilferechts, str. 129.

¹⁷ *Quardt* in *Nielandt* jedrnatopovzmeta, da je za nacionalnega sodnika vseeno, ali se ukrepi opredelijo kot neveljavni ali veljavni; pogloblitno je, da rešitev nacionalnega prava prepreči (kontinuirane) učinke nezakonnite pomoči. Gl. G. Quardt, D. Nielandt Nichtigkeit von Rechtsgeschäften bei Verstoß gegen das Durchführungsverbot des Art. 88 III 3 EG, 2004, str. 203.

¹⁸ Na razpolagalne pravne posle stvarnega prava (razmerja *in rem*) naj pravo EU ne bi neposredno vplivalo (gl. D. A. Verse, W. Vurmnest, Zur Nichtigkeit von Verträgen bei Verstößen gegen das EG-Beihilferecht, 2004, str. 874–875). Drugače starejša sodna praksa: M. Pechstein, Nichtigkeit beihilfengewährender Verträge nach Art. 93 III 3 EGV, 1998, str. 496. Izpostavimo, da v Nemčiji ni uveljavljen kavzalni odnos med zavezovalnim in razpolagalnim poslom.

3.1 Ničnost kot uveljavljena posledica v sodni praksi

Prvič je o ničnosti nezakonite pomoči v obliki posla civilnega prava odločilo nemško zvezno sodišče (BGH) leta 2003.^{19, 20} Med razlogi sodbe je BGH navedlo, da določba tretjega odstavka 108. člena PDEU predstavlja t. i. prepovedni zakon (nem. Verbotsgesetz) po določbi par. 134 BGB.²¹ Ob tem je BGH sicer poudarilo, da gre pri kršitvi klavzule o mirovanju sicer za »formalno« kršitev, ki sama po sebi še ne zadošča za sankcioniranje z ničnostjo, vendar pa je namen klavzule o mirovanju ta, da se zagotavljajo enakovredni konkurenčni pogoji na notranjem trgu (oz. se preprečuje izkrivljanje konkurence), kar daje kršitvi »materialno« komponento. BGH obravnava tudi vprašanje enostranskosti prepovedi. Tozadevno izpostavi dvom, ali je obveznost mirovanja usmerjena samo k državi članici ali pa velja tudi za upravičenca, saj se zagotavljanje proste konkurence na notranjem trgu lahko vrši samo ob sodelovanju upravičencev do pomoči. BGH sklene, da ti pomisleki v končni fazi niso pomembni, saj se par. 134 BGB lahko uporabi tudi, ko gre za prepoved, ki je usmerjena samo zoper eno stranko posla. Cilj prava državnih pomoči, tj. preprečiti, da bi bila pomoč implementirana in bi prejemnik prejel konkurenčno prednost, se zagotovi, če je posel ničen, tako da sta država članica ali konkurent v položaju, ko lahko dosežeta takojšnje vračilo nezakonite pomoči in odpraviti izkrivljanje konkurence. Takšna posledica, tj. neučinkovitost posla, po mnenju BGH sledi tudi iz sodne prakse Sodišča EU, ki zanika *ex post facto* konvalidacijo ukrepa.²² Nemška sodna praksa v nadaljevanju ni odstopila od naziranja ukrepov nezakonite pomoči kot civilnopravno ničnih.²³

3.2 Klavzula o mirovanju kot *Verbotsgesetz*

Določba par. 134 BGB opredeljuje, da je pravni posel, s katerim se krši prepovedni zakon, ničen, če zakon ne določa drugače.²⁴ Gre za poseg v avtonomijo volje strank, ki ne morejo uživati polne svobode pri urejanju svojih razmerij oz. jim sodni sistem

¹⁹ BGH, Urteil vom 4. 4. 2003, V ZR 314/02.

²⁰ Poudariti je treba, da so nekatera nižjeinstančna sodišča že predhodno obravnavala takšne posle kot nične. Gl. LG-Rostock, Urteil vom 23. 7. 2002, Az.: 4 O 468/01.

²¹ Bürgerliches Gesetzbuch in der Fassung der Bekanntmachung vom 2. Januar 2002 (BGBl. I S. 42, 2909; 2003 I S. 738).

²² BGH, Urteil vom 4. 4. 2003, V ZR 314/02, tč. 22 in 23.

²³ BGH, Urteil vom 20. 1. 2004, XI ZR 53/03; BGH, Urteil vom 5. Juli 2007, IX ZR 256/06, BGHZ 173, 129 tč. 33; BGH, Beschluss vom 13. 9. 2012, III ZB 3/12.

²⁴ Nemško: Ein Rechtsgeschäft, das gegen ein gesetzliches Verbot verstößt, ist nichtig, wenn sich nicht aus dem Gesetz ein anderes ergibt.

ne more nuditi zaščite glede poslov, ki nasprotujejo prepovedanim ravnanjem, kakor jih je opredelil zakonodajalec in so določeni v javno korist. Poudariti gre, da ne bo že sleherna kršitev prepovedne zakonske norme vodila v ničnost posla, temveč je stvar interpretacije, ali konkretna norma nemara ne odkazuje na drugo posledico.²⁵

Določba par. 134 BGB ne daje odgovora na vprašanje, kdaj gre za prepovedni zakon. Že tukaj velja omeniti, da pojma ne gre mešati s kogentnim pravom (*ius cogens*). Posli v nasprotju s kogentnimi pravili so nični *per se*, saj jih pravo sploh ne dopušča oz. v tem delu odreka avtonomijo strank.²⁶ Prav tako uporaba par. 134 BGB ne pride v poštev, ko prepovedni zakon sam določa sankcijo za kršitev in je kot tak *lex perfecta*.²⁷ Določba služi kot transmissijska gred, preko katere se posle civilnega prava poveže v pravno celoto z drugimi pravnimi področji in se zagotavlja koherenca tega, kar velja kot pravno dopustno ravnanje.²⁸ Kvaliteta prepovednega zakona se nanaša tako na domače zakone v ožjem smislu, kakor tudi nekatere podzakonske predpise in ne nazadnje norme ustavnih zakonov. Pomembneje je, da takšno lastnost uživajo tudi neposredno učinkovite norme evropskega (primarnega in sekundarnega) prava.²⁹

Za odgovor na vprašanje, kdaj gre za prepovedno zakonsko normo, bodo prišle v poštev metode interpretacije v pravu, začeni z gramatikalno. Vendar teorija opozarja, da kadar zakon določa, da neki subjekt »ne more« (nemš. kann nicht) ali »ne bi smel« (nem. darf nicht) ravnati na neki način, to samo po sebi ne govori v prid temu, da gre za prepovedno normo. Prepovedna narava pride bolj do izraza, kadar zakon opredeljuje, da določen subjekt »ne sme« (nem. muss nicht) ravnati na določen način.³⁰ Zanj po novejšem tolmačenju tudi ni pomembno ali naslovi prepoved zgolj eni stranki razmerja ali vsem (večim), je pa to lahko relevantna okoliščina.³¹ Nadalje pa je predvsem od teleološke razlage odvisno, ali prepovedna norma odkazuje na ničnost ali ne; pomembno je prepoznati »namen in cilj« (nem. Sinn und Zweck) norme.³²

²⁵ H. Wendtland, BGB § 134 Gesetzliches Verbot, v: BeckOK BGB, 2021, rn. 1–2.

²⁶ C. Armbrüster, BGB § 134 Gesetzliches Verbot, v: Münchener Kommentar zum BGB, 2018, rn. 5.

²⁷ C. Armbrüster, BGB § 134 Gesetzliches Verbot, v: Münchener Kommentar zum BGB, 2018, rn. 3.

²⁸ Gl. B. S. Markezines, H. Unberath, A. C. Johnston, 2006, The German Law of Contract, str. 242.

²⁹ C. Armbrüster, BGB § 134 Gesetzliches Verbot, v: Münchener Kommentar zum BGB, 2018, rn. 30, 37. Niso pa to npr. norme tujega prava; statuti pravnih oseb, kodeksi raznih združenj ali moralna pravilna. Tako H. Wendtland, BGB § 134 Gesetzliches Verbot, v: BeckOK BGB, 2021, rn. 5–8.

³⁰ C. Armbrüster, BGB § 134 Gesetzliches Verbot, v: Münchener Kommentar zum BGB, 2018, rn. 43–45.

³¹ Prav tam, rn. 48.

³² S. Bühner, 2018, Die Rückabwicklung unionsrechtswidriger Beihilfen im Privatrecht, str. 151.

3.3 Kritika k ničnosti

Nemška sodna praksa je iz že navedenih razlogov prepoznala tretji odstavek 108. člena PDEU kot prepovedni zakon, ki vodi v ničnost in ne v kakšno drugo posledico. Svoj zaključek je BGH utemeljevalo tudi s sklici na literaturo, ki se je v preteklem obdobju postavljala v prid stališču ničnosti ukrepov nezakonite pomoči.³³ Zdi se, da so zaključki takratne teorije v smeri ničnosti posledica pretogega in nepravilnega tolmačenja sodne prakse Sodišča EU. Tako npr. *Pechstein* na podlagi sodbe v zadevi *FNCE*, kjer je Sodišče EU navedlo, da bo kršitev klavzule o mirovanju vplivala na veljavnost ukrepov, sprejetih v nasprotju s klavzulo, sklene, da je Sodišče EU očitno ciljalo, da ukrepi morajo biti neveljavni oz. nični. Razumeti gre sicer izvor in smisel takšnega razlogovanja. Sodišče EU je tedaj namreč odstopilo od nevtralnega besednjaka o »nezakonitih« državnih pomočeh in se izreklo glede »veljavnosti« ukrepov.³⁴ Kasneje je sicer v teoriji postalo jasno, da Sodišče EU z vplivom na veljavnost ukrepov cilja predvsem na njihovo neučinkovitost in je s tega vidika tolmačenje BGH postalo obsoletno in nepravilno.³⁵

Nedolgo za tem, ko je BGH zavzelo stališče, so se pojavile še druge kritike sodbe. Avtorji so očitali, da sodba, kljub poskusom obrazložitve materialne razsežnosti prepovedi,³⁶ ne naslovi težav, ki nastanejo, če Komisija EU naknadno izda pozitivno odločbo o združljivosti pomoči. Nadalje sodba odpira pot vprašanjem, ali je treba v takem primeru skleniti nov posel, namesto tega, ki je predhodno bil spoznan kot ničen, in kdo nosi stroške v tej povezavi. Prav tako je bila kot nepravilna napadena ocena BGH o tem, da je klavzula o mirovanju usmerjena tudi zoper prejemnika. V splošnem gre zaslediti komentarje, da je sodba BGH v cilju zasledovanja *effet utile* prava EU šla predaleč.^{37, 38}

³³ C. Armbrüster, BGB § 134 Gesetzliches Verbot, v: Münchener Kommentar zum BGB, 2018; M. Pechstein, Nichtigkeit beihilfengewährnder Verträge nach Art. 93 III 3 EGV, 1998, str. 495 in 497; W. Schroeder, Vernünftige Investition oder Beihilfe?, 1997, str. 805–845.

³⁴ M. Pechstein, Nichtigkeit beihilfengewährnder Verträge nach Art. 93 III 3 EGV, 1998, str. 496. Prim. W. Tilmann, M. Schreiberbauer, Rechtsfolgen rechtswidriger nationaler Beihilfen, 2002, str. 213.

³⁵ S. Bühner, 2018, Die Rückabwicklung unionsrechtswidriger Beihilfen im Privatrecht, str. 148; V. Fiebelkorn, H. A. Petzold, Durchführungsverbot gemäß Art. 88 III 3 EG, Rückförderungsverpflichtung und Nichtigkeitsfolge: Ist die BGH-Rechtsprechung praxisgerecht?, 2009, str. 323–324.

³⁶ Materialno razsežnost h klavzuli o mirovanju je BGH v bistvu dodala po popolnoma lastnem tolmačenju; iz prava EU izhaja namreč zgolj postopkovni značaj te norme. Materialno vprašanje združljivosti ureja 107. člen PDEU. Tako tudi S. Bühner, 2018, Die Rückabwicklung unionsrechtswidriger Beihilfen im Privatrecht, str. 142.

³⁷ Gl. G. Quardt, D. Nieland Nichtigkeit von Rechtsgeschäften bei Verstoß gegen das Durchführungsverbot des Art. 88 III 3 EG, 2004, str. 202–204.

³⁸ Sodba BGH je prestroga tudi z vidika časovne komponente. Obveznost mirovanja je po svoji zasnovi določena kot začasna. Sankcija ničnost spregleda to lastnost. Tako S. Strievi, P. Werner, Nichtigkeit eines beihilfengewährenden Vertrages nach § 134 BGB i.V. mit Art. 88 III 3 EG, 2006, str. 108.

Današnje védenje o posledicah, ki so imanentne pravu EU, nas lahko pripelje do zaključka, da je BGH v svoji argumentaciji morda šlo predaleč. Po eni strani je z ničnostjo sicer resda olajšalo možnost zasebnega uveljavljanja prava državnih pomoči in državo članico posredno prisililo k bolj pazljivemu in doslednemu spoštovanju pravil o državnih pomočeh, po drugi strani pa je onemogočilo naknadno konvalidacijo formalno nezakonitih ukrepov oz. strogo³⁹ tolmačilo nezmožnost *ex post facto* formalne zakonitosti, kot bi ta narekovala sankcijo ničnosti. Prav to je morebiti največji očitek, ki ga lahko naslovimo na BGH, in sicer, da ni opravilo dovolj skrbne prospektivne analize položaja, v katerem Komisija EU naknadno odobri pomoč.

3.4 Delna ničnost in salvatorične klavzule

BGH se v obrazložitvah dolgo ni ukvarjalo z možnostjo delne ničnosti, tj. ničnosti posla v tistem delu, ki predstavlja nezakonito državno pomoč.⁴⁰ Nezmožnost delne ničnosti je sicer uveljavljena v praksi BGH pri drugem odstavku par. 138 BGB, kjer je posel neveljaven zaradi oderuštva; tamkaj se zdi tehtanje nemoralne količine oz. oderuškega dela posla neprimerno za sodišče.⁴¹ Vendar je položaj pri nezakonitih pomočeh drugačen. Tukaj je možno oceniti premoženjsko vrednost, ki predstavlja nezakonito pomoč. Kljub temu pa je ugotavljanje tega dela, skratka neke dopolnilne ali presežne premoženjske vrednosti posla, zelo zahtevna naloga za nacionalno sodišče.⁴² Ničnost celotnega posla oz. pravnega razmerja je torej pripravna metoda, da se zagotavlja *effét utile* prava EU in kot figurativni Damoklejev meč bdi nad razmerji države članice s podjetji.⁴³

³⁹ Omeniti velja, da del teorije smatra, da je v dvomu (na kakšno posledico odkazuje prepovedna norma) potrebno za kršitev zakonske prepovedne norme določiti posledico ničnosti. Gl. J. Neuner, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, par. 45, m 2.

⁴⁰ BGH, Urteil vom 5. 7. 2007, IX ZR 256/06; BGH, Beschluss vom 13. 9. 2012, III ZB 3/12.

⁴¹ H.-P. Mansel, BGB § 139 Teilnichtigkeit, v: Bürgerliches Gesetzbuch, 2021, m. 8.

⁴² Uporabo določb o delni ničnosti nadalje otežuje pojavna oblika prednosti. Kadar je gospodarska korist prenesena podjetju v obliki pozitivne dajatve države članice je treba ugotoviti presežni del, ki predstavlja državno pomoč (ki ga je treba vrniti). Če je, po drugi strani, gospodarska korist v tem, da je podjetje oproščeno dela neke dajatve ali stroškov, bi morali praznino, ki jo povzroči ničnost, nekako zapolniti, tako da bi bila dajatev ali strošek primerno višja. M. Heidenhaim, Rechtsfolgen eines Verstoßes gegen das Durchführungsverbot des Art. 88 III 3 EG Bemerkungen zu BGH, EuZW 2003, 444 und EuZW 2004, 2005, str. 137–138.

⁴³ J. Kühling, Das Damoklesschwert der Nichtigkeit bei Missachtung des Durchführungsverbot aus Art. 88 Abs. 3 Satz 3 EG, 2003, str. 503–506.

V sodbi I ZR 92/11⁴⁴ je BGH prvič vendarle omenilo možnost delne ničnosti civilnopravnega posla (konkretno prodajne pogodbe), ki predstavlja ukrep nezakonite pomoči. Najprej je izpostavilo, da dejstvo, da je prepoved naslovljena eni stranki, v kombinaciji z načelom sorazmernosti, narekuje dolžnost sodišča, da preuči možnost delne ničnosti kot milejšega ukrepa. To bi moralo biti še posebej pomembno pri kršitvi klavzule o mirovanju, saj se lahko dvomi o nezakoniti naravi posla pojavijo šele čez nekaj let, ko je posel že implementiran⁴⁵ in ko zgolj nesorazmerno majhen del posla predstavlja element pomoči.⁴⁶ BGH je sklenilo, da mandatnost ničnosti celotnega posla tudi ne izhaja iz prava EU in si pri tem pomagalo z analogno uporabo sodne prakse Sodišča EU na področju protimonopolnega prava.⁴⁷ Izkrivljanje konkurence je mogoče doseči z vračilom koristi, ki predstavlja nezakonito pomoč ali s spremembo (zvišanjem) cene (in/ali obresti) posla, tako da je prejemnik dolžan doplačati razliko.⁴⁸

Kljub temu je po mnenju BGH treba delno ničnost posla na načelni ravni odrekati in šteti celoten posel kot ničn. Cena je namreč bistveni element prodajne pogodbe (oz. drugih poslov).⁴⁹ Če je razlog ničnosti vezan na *essentialia negotii* posla in ne na posamezno določbo posla, brez katere lahko posel obstane, potem pride v poštev samo celotna ničnost posla.⁵⁰

Toda v konkretnem primeru presoje BGH sta se stranki dogovorili, da v primeru ničnosti posamezne določbe posla, le-ta ostane v veljavi in se neveljavna določba nadomesti z dogovorom, ki bo zagotavljal, da se ohrani gospodarski pomen in cilj neveljavne določbe. Gre za salvatorično klavzulo s pridruženo substitucijsko klavzulo (Erhaltens- und Ersetzungsklausel), s katero se skuša v primeru neveljavnosti posla, slednjega rešiti tako, da se neveljavno določbo zgolj substituirira z novim, tj. veljavnim dogovorom. Takšno metodo za reševanje spornih poslov sta v teoriji predhodno predlagala *Verse* in *Wurmnest*. Klavzula bi po njenem mnenju

⁴⁴ BGH, Urteil vom 5. 12. 2012, I ZR 92/11.

⁴⁵ Prav tam, tč. 56–58.

⁴⁶ M. Heidenhain, Rechtsfolgen eines Verstoßes gegen das Durchführungsverbot des Art. 88 III 3 EG Bemerkungen zu BGH, 2003, 444 und EuZW 2004, 2005, str. 137.

⁴⁷ Zadeva 34-67, Firma Gebrüder Lück proti Hauptzollamt Köln-Rheinau, ECLI:EU:C:1968:24. V večini držav članic je delna ničnost takšnih poslov nekaj običajnega in se načeloma poskuša posel ohraniti v veljavi. Tako F. J. Säcker, Article 81(2) EC & Civil Law Effects, 2008, str. 703–705.

⁴⁸ BGH, Urteil vom 5. 12. 2012, I ZR 92/11 tč. 46 in 50.

⁴⁹ Prav tam, tč. 59.

⁵⁰ J. Riewe, BGH, Urteil vom 05. Dezember 2012, Az. I ZR 92/11: Zu niedriger Kaufpreis als Beihilfeelement bei einer Pipeline-Veräußerung durch die öffentliche Hand (CEPS Teilstück), 2018, str. 288; H.-P. Mansel, BGB § 139 Teilnichtigkeit, 2021, rn. 8.

morala vsebovati upravičenje prejemnika pomoči, da od sopogodbenika v razumnem času zahteva prilagoditev oz. spremembo posla z dogovorom, tako da se odpravi element pomoči (zvišanje pogodbene cene na tržno vrednost, skupaj z obrestmi). S tem se zagotavlja varstvo interesov obeh strank, saj bi stranki, če bi vedeli, da se bo posel štel za nezakonito državno pomoč, sklenili pod drugačnimi pogoji. Ob varstvu zasebnega se zagotavlja tudi varstvo javnega interesa, saj se odpravi izkrivljanje konkurence. Avtorja sicer priznavata, da predlagana rešitev ni idealna, saj cena predstavlja bistveno sestavino pogodbe in v primeru znatnega zvišanja ne bi več ustrezala gospodarskemu pomenu in ciljem strank ter v skrajnem primeru predstavlja nekaj, na kar stranki ne bi pristali, če bi vedeli za razlog ničnosti.⁵¹

BGH je v konkretnem primeru zavrnilo možnost, da bi posel obveljal. Vendar poudarimo, da sta stranki v obravnavnem primeru sklenili abstraktno salvatorično in substitucijsko klavzulo. Splošna substitucijska klavzula glede cene po stališču BGH ne more ohraniti posla v veljavi. Pošteni pogodbeni stranki ob tehtanju interesov namreč ne bi sklenili takšne klavzule z ozirom na ceno. Res je sicer, da bi imela prilagoditev oz. sprememba cene pozitiven učinek za državo in da njeni interesi niso v ničemer prizadeti. Ni pa mogoče dejati, da bi sopogodbenik v vsakem primeru pristal na zvišanje cene. Posel bi potencialno lahko obstal v veljavi samo v primeru, ko bi obstajali konkretni indici hipotetične volje strank v primeru (delne) ničnosti posla. V nasprotnem primeru je na sodniku namreč nesorazmerno breme ugotavljanja takšne hipotetične volje.⁵² BGH je tako močno zožilo polje učinkovitosti in posledično uporabne vrednosti takšnih klavzul.⁵³ Stranki bosta lahko ohranili posel v veljavi samo, če bosta oblikovali dovolj natančno salvatorično in substitucijsko klavzulo, iz katere bo jasno razviden njun namen, da se posel v primeru delne ničnosti uskladi s tržnimi parametri. V končni fazi je tudi takšen sklep BGB mogoče kritizirati. Prvič je treba omeniti, da možnost delne ničnosti posla v primerih nezakonite pomoči nima praktičnega pomena, saj bo ravno cena kot bistvena sestavina posla tista, ki bo v teh zadevah sporna, kar pa bo praviloma vodilo v ničnost celotnega posla. Drugič pa možnost uporabe omenjenih klavzul odpira pot frivolnemu sklepanju poslov pod tržno ceno, ki imajo varnostni mehanizem, ki omogoča njihovo številčno sklepanje.

⁵¹ D. A. Verse, W. Wurmnest, Zur Nichtigkeit von Verträgen bei Verstößen gegen das EG-Beihilferecht, 2004, str. 867–868.

⁵² BGH, Urteil vom 5. 12. 2012, I ZR 92/11, tč. 60–68.

⁵³ Tako tudi J. Kühling, Rechtskraftdurchbrechung durch EU-(Beihilfen-)Recht: Die Tragweite der EuGH Vorlage des LG Münster, 2015, str. 3.

3.5 Viseča neučinkovitost posla (*schwebende Unwirksamkeit*) kot alternativa ničnosti

Po par. 134 BGB je posel, ki krši prepovedni zakon, ničen, če iz zakona ne izhaja druga posledica. Ena izmed takšnih posledic je viseča neučinkovitost (nem. *schwebende Unwirksamkeit*).⁵⁴ Posel, ki je predmet viseče neučinkovitosti, sicer velja in zavezuje stranke,⁵⁵ vendar ne učinkuje, kar pomeni, da stranki ne moreta izvajati pravic in obveznosti iz posla. Posel postane polno učinkovit, če poda tretji odobritev k poslu,⁵⁶ pri čemer rok za odobritev praviloma ni določen.⁵⁷ Po drugi strani ničnost pomeni, da je posel neveljaven in neučinkovit od samega začetka. BGB sicer izrecno določa pogojno neučinkovitost pri odobritvi posla, ki ga sklene mladoletnik (par. 107 BGB), s strani starša oz. skrbnika, ter pri odobritvi posla, ki ga sklene pooblaščenec brez pooblastila, s strani neupravičeno zastopanega (par. 177 BGB),⁵⁸ v upravnem pravu pa npr. par. 58 VwVfG za pogodbe javnega prava, ki zahtevajo odobritev oblastvenega organa.⁵⁹ Če posel končno ni deležen potrebne odobritve, nastopijo enake posledice kot pri ničnosti in je mogoče na podlagi par. 812 BGB kondicirati tisto, kar je bilo na njegovi podlagi izpolnjeno.⁶⁰

⁵⁴ G. Quardt, D. Nielandt, Nichtigkeit von Rechtsgeschäften bei Verstoß gegen das Durchführungsverbot des Art. 88 III 3 EG, 2004, str. 204; Armbrüster, BGB § 134 Gesetzliches Verbot, v: Münchener Kommentar zum BGB, 2018, m. 121.

⁵⁵ To pomeni predvsem, da stranki ne moreta brez razloga odstopiti od posla. Tako F. Bayreuther, BGB §184 Rückwirkung der Genehmigung, v: Münchener Kommentar zum BGB, 2018, m. 4. V času visečnosti se morata stranki seveda vzdrževati ravnani s katerimi ogrožata bodočo spolnitev.

⁵⁶ Tudi zastaranje začne teči šele po odobritvi. Gl. F. Bayreuther, BGB §184 Rückwirkung der Genehmigung, v: Münchener Kommentar zum BGB, 2018, m. 3; H. Dörner, BGB § 184 Rückwirkung der Genehmigung, Schulze, Bürgerliches Gesetzbuch, 10. Auflage 2019, m. 2, 13.

⁵⁷ To lahko vodi v dolgoročno negotovost. Tako B. Lorenz, Die Rückwirkung der Genehmigung von schwebend unwirksamen Verträgen (§ 184 BGB), 2009, str. 215.

⁵⁸ S. Bühner, 2018, Die Rückabwicklung unionsrechtswidriger Beihilfen im Privatrecht, str. 152–153.

⁵⁹ Neodvisno od zakonsko izrecno predvidenih podlag v BGB, je BGH že odločilo (BGH, Urteil vom 10. 6. 1999, Az.: IX ZR 409/97), da posli, kjer se zahteva odobritev oblastvenega organa, v času do (ne)odobritve načelno štejejo kot viseče neučinkoviti. Tako G. Quardt, D. Nielandt Nichtigkeit von Rechtsgeschäften bei Verstoß gegen das Durchführungsverbot des Art. 88 III 3 EG, 2004, str. 204. Pütz kritično izpostavlja, da je stališče BGH v prid ničnosti v bistvu odstop od načelnega stališča, ki ga je sodišče samo oblikovalo. Gl. M. Pütz, EG-Beihilfenrecht und § 134 BGB, 2004, str. 2199–2200.

⁶⁰ G. Quardt, D. Nielandt Nichtigkeit von Rechtsgeschäften bei Verstoß gegen das Durchführungsverbot des Art. 88 III 3 EG, 2004, str. 204.

Del teorije v Nemčiji zagovarja visečo neučinkovitost posla kot preferenčno posledico kršitve klavzule o mirovanju.⁶¹ Preden je BGH zavzelo stav o ničnosti poslov, ki kršijo klavzulo o mirovanju, je bilo tudi v sodni praksi mogoče zaslediti primere, v katerem se je sodišče opredelilo v prid viseči neučinkovitosti.⁶²

Bühner ponuja najbolj dodelano analizo viseče neučinkovitosti v primerih nezakonite državne pomoči. Po njegovem mnenju je za uporabo tega instituta kot preferenčnega napram ničnosti treba ugotoviti dvoje. Prvič, ali viseča neučinkovitost izključuje zahtevek upravičenca po izplačilu pomoči oz. prenosu prednosti pred pozitivno odločbo Komisije EU, in drugič, ali omogoča takojšnjo izterjavo pomoči. Na prvo vprašanje je odgovor pritrdilen, saj stranki do potrditve posla ne moreta zahtevati spolnitve (izvajati pravic in obveznosti). Bolj vprašljiva je možnost takojšnje izterjave. Vračilo oz. izterjava nezakonite pomoči se vrši na podlagi par. 812 BGB – vrniti je treba tisto, kar je bilo dano brez pravne podlage ali pa je pravna podlaga kasneje odpadla. Kondikcijski zahtevek iz par. 812 BGB je po tolmačenju BGH utemeljen zmerom tedaj, kadar se tisti, ki je nekaj izpolnil brez pravne podlage, ni zavedal visečnosti posla.⁶³ Tukaj nastopi težava, saj bi se država članica morala zavedati obveznosti mirovanja, ki izhaja iz tretjega odstavka 108. člena PDEU. *Bühner* tozadevno sicer pojasni, da tolmačenje BGH ni obvezujoče in da ni pomensko zaključeno. Nadalje pa še, da bi se prejemnik lahko uprl vračilu samo, če bi se mogel na podlagi svoje dobrovernosti sklicevati na *venire contra factum proprium*, kar pa se zaradi dolžnosti skrbnosti po pravu EU oz. izjemnih primerov, ko obveznost vračila pomoči po pravu EU preneha, ne bi mogel. Vendar *Bühner* argumentira svoje stališče tudi s sklicevanjem *a contrario* na določbo par. 814 BGB, po kateri ni mogoče zahtevati nazaj tistega, kar je bilo dano, če se je dajalec zavedal, da dolg ne obstaja.⁶⁴ Težave povzroča tudi par. 184 BGB, po katerem ima naknadna odobritev viseče učinkovitega posla učinek *ex tunc*.⁶⁵ To je v nasprotju s sprejetim stališčem, da pozitivna odločitev Komisije EU ne konvalidira nezakonitosti pomoči *ex post facto*. Če bi dosledno sledili par. 184 BGB, bi nas to privedlo do sklepa, da

⁶¹ Prav tam; V. Fiebelkorn, H. A. Petzold, Durchführungsverbot gemäß Art. 88 III 3 EG, Rückforderungsverpflichtung und Nichtigkeitsfolge: Ist die BGH-Rechtsprechung praxisgerecht?, 2009, str. 327; S. Strievi, P. Werner, Nichtigkeit eines beihilfegewährenden Vertrages nach § 134 BGB i.V. mit Art. 88 III 3 EG, 2006, str. 107; M. Pütz, EG-Beihilfenrecht und § 134 BGB, 2004, str. 2200–2201.

⁶² Npr. OLG Hamm, Urteil vom 8. 3. 2003, Az. 31 U 140/98. Tako M. Ebers, 2016, Rechte, Rechtsbehelfe und Sanktionen im Unionsprivatrecht, str. 685.

⁶³ BGH, Urteil vom 8. 10. 1975, NJW 1976, 104.

⁶⁴ S. Bühner, 2018, Die Rückabwicklung unionsrechtswidriger Beihilfen im Privatrecht, str. 184.

⁶⁵ Takšen učinek ima, kadar je visečnost posla določena z zakonom. Nasprotno velja, ko se zanjo dogovorita stranki. Takrat posledice nastopijo *ex nunc*. Tako B. Lorenz, Die Rückwirkung der Genehmigung von schwebend unwirksamen Verträgen (§ 184 BGB), 2009, str. 215.

tožniki v postopkih zasebnega uveljavljanja ne bi mogli zahtevati niti plačila obresti na nezakonito pomoč, če bi ta bila izplačana predčasno. *Bühner* zadevno težavo naslovi tako, da najprej odreče dosledno uporabo par. 184 BGB s pojasnilom, da gre za normo zasebnega prava in da se dejanje odobritve po tej določbi ne uporablja za uradne odobritve oz. avtorizacijo s strani oblastnih organov. Določba je zato je uporabna kvečjemu *mutatis mutandis*.⁶⁶ Takšna raba odpira maneverski prostor, da se ob upoštevanje učinkovitosti prava EU v skladu z načelom lojalnosti šteje, da ima naknadna odobritev učinek *ex nunc*.⁶⁷ Položaj tožnika v postopkih zasebnega uveljavljanja ter države članice v postopkih izterjave pomoči je torej do izdaje odločbe Komisije EU ekvivalentno varovan (se v bistvenem ne razlikuje)⁶⁸ v primeru ničnosti in viseče neučinkovitosti.

3.6 Primerjava ničnosti in viseče neučinkovitosti v nemškem pravu

Prednosti viseče neučinkovitosti napram ničnosti postanejo hitro razvidne. Viseča neučinkovitost:⁶⁹

- upošteva začasno naravo obveznosti mirovanja,
- upošteva, da pravo EU po naknadni odobritvi Komisije EU (pozitivni odločbi o združljivosti) ne terja več vračila celotne pomoči, temveč zadošča plačilo obresti za obdobje nezakonitosti do odobritve,
- upošteva možnost izdaje začasnih ukrepov za varstvo pravic tožnikov v postopkih zasebnega uveljavljanja prava državnih pomoči,
- v primeru pozitivne odločbe Komisije EU, za razliko od ničnosti, ohranja posel v veljavi in ni potrebe po sklepanju novega posla, stranki pa sta razbremenjeni koneksnih stroškov,
- omogoča polno izterjavo nezakonite pomoči, če Komisija EU ne odobri ukrepa ali sheme pomoči,
- upošteva načelo sorazmernosti oz. stopnjevitosti sankcij v civilnem pravu, in

⁶⁶ S. Bühner, 2018, Die Rückabwicklung unionsrechtswidriger Beihilfen im Privatrecht, str. 184–185.

⁶⁷ Če negotovosti ne bi mogli odpraviti z lojalno interpretacijo, bi v končni fazi bi prišli do sklepa, da se par. 814 BGB ne uporabi. Gl. R. Rosenau, Unionsrechtswidrige Beihilfen und zivilrechtliche Konsequenzen, 2019, str. 1135.

⁶⁸ M. Heidenhain, Rechtsfolgen eines Verstoßes gegen das Durchführungsverbot des Art. 88 III 3 EG Bemerkungen zu BGH, EuZW 2003, 444 und EuZW 2004, 2005, str. 137.

⁶⁹ Gl. S. Bühner, 2018, Die Rückabwicklung unionsrechtswidriger Beihilfen im Privatrecht, str. 156–159; in G. Quardt, D. Nielandt Nichtigkeit von Rechtsgeschäften bei Verstoß gegen das Durchführungsverbot des Art. 88 III 3 EG, 2004, str. 204.

- ohranja skladnost nemške sodne prakse glede posledic civilnopravnih poslov, ki so odvisni od odobritve oblastvenega organa, kakor tudi uskladi to prakso z upravnopravno prakso na področju pogodb javnega prava.

Vsi zgornji razlogi govore v prid viseči neučinkovitosti kot preferenčni posledici kršitve zakonske prepovedne norme. Kot pomislek, ki ga *Bühner* ne naslovi, gre poudariti dvomljiv položaj, ki nastane, če Komisija EU izda pogojni sklep. Komisija EU lahko namreč pozitivnemu sklepu priloži pogoje, na podlagi katerih se pomoč lahko šteje kot združljiva z notranjim trgom, in lahko določi obveznosti, da zagotovi nadzor nad izpolnjevanjem sklepa.⁷⁰ Kadar je odobritev podana z omejitvami, razširitvami ali pridržki, se po nemškem civilnem pravu šteje, da tretji ni odobril posla. Lahko pa se šteje kot odobritev k novemu poslu.⁷¹ Menimo, da bi v tem primeru bilo treba posel s soglasjem obeh strank spremeniti. Omenimo v tej zvezi še, da tudi pri viseči neučinkovitosti pride v poštev nauk o omejeni uporabi »delne ničnosti«⁷² poslov. Če bi šteli, da Komisija EU odobri del ukrepa, v preostanku pa združljivost pogojuje, bi lahko odobreni del posla veljal naprej zgolj, če ni tako povezan s pogojevanim delom, da stranki ne bi sklenili posla brez slednjega.⁷² Sklep snujemo torej na bistveno enakem razlogovanju, kot ga vidimo pri BGH ob odločanju o delni ničnosti in ceni kot bistveni sestavini pogodbe. Seveda pride v poštev samo, če stranki nista pripravljene modificirati posla na podlagi pogojnega sklepa Komisije EU.

4 Slovenija

4.1 Uvodno

V praksi slovenskih sodišč še ni bilo primera, v katerem bi se moralo sodišče konkretno opredeliti do civilnopravne (ne)veljavnosti ukrepov nezakonite pomoči,⁷³ medtem ko se v pravni teoriji zasledi stališče, da bi sledeč primerjalnim trendom

⁷⁰ Določba 13. člena in četrtega odstavka 9. člena Uredbe 2015/1589 z dne 13. julija 2015 o določitvi podrobnih pravil za uporabo člena 108 Pogodbe o delovanju Evropske unije (UL L 248, 24. 9. 2015).

⁷¹ F. Bayreuther, BGB §184 Rückwirkung der Genehmigung, v: Münchener Kommentar zum BGB, 2018, rn. 10.

⁷² Takšen sklep lahko izvedemo na podlagi vedenja o delni veljavnosti pogodb javnega prava v primeru delne odobritve. Gl. J. Rozek, VwVfG § 58 Zustimmung von Dritten und Behörden, 2020, rn. 48.

⁷³ Nedavno je Vrhovno sodišče v obrazložitvi (*obiter dicta*) določenih zadev nakazalo, da bi se takšni ukrepi lahko šteli za nične. Gl. VSRS sodba II Ips 57/2022, z dne 23. 11. 2021, ECLI:SI:VSRS:2023:II.IPS.57.2022 in zadeva VSRS sodba II Ips 11/2023, 26. 4. 2022, ECLI:SI:VSRS:2023:II.IPS.11.2023. Kljub temu velja poudariti, da se v teh zadevah Vrhovno sodišče ni podrobneje ukvarjalo z razlogi za ničnost, temveč je v večjem delu povzelo mnenja strokovnjakov, ki jih obravnavamo v pričujočem prispevku, vključno s predhodnim mnenjem avtorja pričujočega prispevka.

kazalo tudi v Sloveniji takšne posle opredeliti kot nične. To stališče je v nezanemarljivem obsegu izvedeno (tudi) iz spoznanj nemške prakse.⁷⁴

V nadaljevanju obravnavam različne možnosti sankcioniranja ukrepov nezakonite pomoči po slovenski civilnopравни ureditvi. Zdi se, da ničnost ni nujna posledica, temveč je tudi v našem pravnem redu mogoče zagovarjati visečo neučinkovitost posla kot ustrezno alternativo.

4.2 Načelo afirmacije in stopnjevanja sankcij

Obligacijski zakonik⁷⁵ (OZ) zagotavlja avtonomijo strank pri pogodbenem urejanju razmerij in temelji na načelu dispozitivnosti norm, za primer kršitev veljavnostnih predpostavk pa določa sankcijo neveljavnosti. Pri tem izhaja iz teorije o stopnjevanju neveljavnosti in kot obliki neveljavnosti opredeljuje nične ter izpodbojne pogodbe. Zakonodajalec lahko eksplicitno določi sankcijo, tako da navede, da ima kršitev neke norme za posledico ničnost ali izpodbojnost posla, pogosto pa oblika ni določena in je obliko neveljavnosti treba opredeliti v vsakem konkretnem primeru posebej z razlago zakona, njegovega namena in cilja. Naloga sodišč je torej, da ob upoštevanju konkretnih okoliščin življenjskega primera in ob upoštevanju teleološke interpretacije prepozna namene in cilje (*ratio legis*), ki jih zasleduje posamezna norma.⁷⁶ Stopnja neveljavnosti bo odvisna od teže in pomena napake pri sklepanju poslov, tako glede udeležencev razmerja, kakor tudi glede na (splošne in javne) interese.⁷⁷

Poudarimo naj, da morajo sodišča ravnati po načelu afirmacije, tako da naj posli, če je le mogoče, ostanejo v veljavi, neveljavnost pa naj bo pridržana kot sankcija *ultima ratio*, v tistih primerih, ko ni drugače mogoče doseči namena kršene norme.⁷⁸

⁷⁴ Gl. J. Sladič, Tožba konkurenta prejemnika slovenske državne pomoči, 2014, str. 88–89. Stališču se pridružuje tudi Varanelli, gl. L. Varanelli, 2017, Pogodbeno pravo III: Patologija pogodbe – Prvi del, str. 126–127.

⁷⁵ Uradni list RS, št. 97/07 – uradno prečiščeno besedilo, 64/16 – odl. US in 20/18 – OROZ631.

⁷⁶ Npr. pri razpolaganju enega zakonca s celotno stvarjo iz skupnega premoženja, pri čemer je druga stranka nedobroverna, je sodna praksa oblikovala stališče, da gre za izpodbojni in ne ničen posel, saj je namen norme v zaščiti drugega zakonca (VSRS II Ips 272/2015 z dne 14. 1. 2016, ECLI:SI:VSRS:2016:II.IPS.272.2015; II Ips 319/2013 z dne 10. 7. 2014, ECLI:SI:VSRS:2014:II.IPS.319.2013; II Ips 30/2013 z dne 23. 10. 2014, ECLI:SI:VSRS:2014:II.IPS.30.2013; II Ips 25/2011 z dne 3. 4. 2014, ECLI:SI:VSRS:2014:II.IPS.25.2011; II Ips 382/2011 z dne 12. 12. 2012, ECLI:SI:VSRS:2012:II.IPS.382.2011; II Ips 871/2009 z dne 16. 6. 2011, ECLI:SI:VSRS:2011:II.IPS.871.2009).

⁷⁷ A. Polajnar Pavčnik, 4. odsek: Neveljavnost pogodb, v: Obligacijski zakonik (OZ) (splošni del) s komentarjem,, 2003, str. 505.

⁷⁸ Prav tam, str. 506.

4.3 Ničnost

4.3.1 Predpostavke in lastnosti ničnosti

OZ v 86. členu z generalno klavzulo določa, da je nična pogodba, ki nasprotuje ustavi, prisilnim predpisom ali moralnim načelom, če namen kršenega pravila ne odkazuje na kakšno drugo sankcijo ali če zakon v posameznem primeru ne predpisuje kaj drugega. Zapoved ničnosti je torej načelne narave, saj izbira sankcije (kadar ni določena z zakonom) ostaja v končni domeni sodišča, ki mora ugotoviti, ali namen kršenega pravila ne odkazuje na kakšno drugo sankcijo.⁷⁹

Nična pogodba je neveljavna *ab initio*, kar pomeni, da je pravni posel veljal le dejansko, ne pa pravno. Posel ni ustvaril nobenih učinkov (*quod nullum est nullum producit effectum*). Zaradi absolutnosti more ničnost uveljavljati vsak, ki ima za to interes. Nanjo pazi sodišče po uradni dolžnosti, zahtevek na njeno ugotovitev pa ne zastara. Ničnost učinkuje sama po sebi (je zgolj deklaratoren), njene posledice pa zajemajo vzpostavitev prejšnjega stanja s kondiciranjem tistega, kar je bilo dano. Obstajajo sicer izjeme od absolutnosti, in sicer glede delne ničnosti, glede možnosti konverzije, naknadne konvalidacije potom teorije realizacije in priznavanjem odškodninske odgovornosti za ničnost.⁸⁰

4.3.2 Tretji odstavek 108. člena PDEU kot prisilni predpis

Nobenega dvoma ne bi smelo biti, da je tretji odstavek 108. člena PDEU prisilni predpis. Ta določba je že gramatikalno razpoznavna kot prisilna (»država članica ne sme izvajati svojih predlaganih ukrepov«). Namen predpisa je v tem, da se zagotavlja predhodno preverjanje združljivosti priglašениh načrtov državne pomoči.⁸¹ Iz zadevnega predpisa izhaja jasno določena obveznost mirovanja, ki državi članici nalaga tipsko opredeljeno ravnanje (opustitev). Izjeme od te obveznosti so določene s posebnimi akti. Kršitev te obveznosti (predčasna implementacija pomoči) ima za posledico nezakonnost pomoči, nacionalna sodišča pa so dolžna zagotoviti, da bodo v skladu z nacionalnim pravom odpravljene vse posledice kršitve, tudi glede veljavnosti izvršilnih aktov ukrepov pomoči.⁸²

⁷⁹ A. Polajnar Pavčnik, 86. člen, v: *Obligacijski zakonik (OZ) (splošni del) s komentarjem*, 2003, str. 507–508.

⁸⁰ Prav tam.

⁸¹ K. Bacon, *European Union Law of State Aid*. Oxford, 2015, str. 553.

⁸² Zadeva *CELF*, tč. 41.

Generalna klavzula iz 86. člena OZ navaja zgolj dikcijo o »prisilnem predpisu«. Nobenega razloga ni, da bi omejevali to razumevanje zgolj na predpise nacionalnega prava in ne upoštevali neposredno učinkovitih določb prava EU. Določba tretjega stavka tretjega odstavka 108. člena PDEU je neposredno učinkovita, kar pomeni, da se lahko stranke pred nacionalnim sodiščem nanjo neposredno sklicujejo in da izhajajo iz takšne določbe za posameznike subjektivne pravice. Če bi kategorično odrekli takšnim določbam lastnost prisilnih predpisov, bi torej zapadli v navzkrižje. Takšne določbe so tudi brez nasprotovanja sprejete v nemški doktrini kot *Verbotsgesetz*.

4.3.3 Sankcija ničnosti kot namen kršenega pravila

Kadar zakon sam ne določa sankcije, je interpretativna naloga sodišča, da v vsakem primeru posebej presodi, ali namen kršenega pravila ne odkazuje na kakšno drugo sankcijo. V tej zvezi ne prihaja v poštev breme stranke po zatrjevanju druge sankcije. Gre za pravno vprašanje (*quaestio iuris*), zato mora sodišče po uradni dolžnosti s teleološko razlago dognati namen kršenega pravila.

Zahvaljujoč sodni praksi Sodišča EU imamo v primeru klavzule o mirovanju to vprašanje v velikem delu odgovorjeno. Gotovo je, da pravo EU ne določa imanentne sankcije civilnopravne neveljavnosti in da nezakonitosti pomoči ne gre zamenjevati s kakšno konkretno obliko neveljavnosti po nacionalnem pravu. Iz prava EU tudi ne sledi, da mora sporni civilnopravni posel nujno biti neveljaven. Pravo EU narekuje zgolj, da nacionalna sodišča sprejmejo vse potrebne ukrepe, da bodo v skladu z nacionalnim pravom odpravljene vse posledice kršitve, »tudi glede veljavnosti« izvršilnih aktov ukrepov pomoči (ti akti so na civilnopravnem področju posli civilnega prava).

Če je posel po OZ ničn, sledi restitucija. OZ v 87. členu določa, da mora vsaka pogodbená stranka vrniti drugi vse, kar je prejela na podlagi nične pogodbe. Če to ni mogoče ali če narava tistega, kar je bilo izpolnjeno, nasprotuje vrnitvi, pa mora dati ustrezno denarno nadomestilo po cenah v času, ko je izdana sodna odločba. Iz tega vidika je ničnost vsekakor primerna posledica, da se doseže cilj, ki ga določa pravo EU (vzpostavitev prejšnjega stanja). Država članica lahko naperi dajatveni zahtevek, s katerim od prejemnika zahteva vračilo nezakonite pomoči, in kumulira vmesni ugotovitveni zahtevek na ugotovitev ničnosti posla oz. razmerja. Na ničnost

pa pazi sodišče tudi po uradni dolžnosti, kar dodatno utrjuje nadzor nad državnimi pomočmi; tako da je počez še kvazi-uradni nadzor nad pomočmi.

4.3.4 Tožba na ugotovitev ničnosti kot pravno sredstvo

Onkraj cilja restitucije je treba omeniti še subjektivno pravico, ki izhaja iz neposrednega učinka tretjega odstavka 108. člena PDEU. Posameznik ima (subjektivno) pravico, da od države članice zahteva, da ne izvaja ukrepov, ki se morajo v skladu s 108. členom v povezavi s 107. členom PDEU prigrasiti Komisiji EU. Vendar pa zadevne pravice ne gre mešati z načelno prepovedjo državnih pomoči, kot je to storilo BGH, ki je bistveno razširilo pojmovanje klavzule o mirovanju, tako da je vpeljalo še materialno razsežnost prepovedi. Presoja združljivosti pomoči ne spada v domeno nacionalnih sodišč, marveč Komisije EU, in leži izven vsebinskega okvirja klavzule o mirovanju in zatorej izven namena kršenega prisilnega predpisa.⁸³

Ničnost zato lahko nastopa v dvojni vlogi. Prvič, je možna sankcija (oblika) neveljavnosti po nacionalnem pravu. In drugič, je možno pravno sredstvo, s katerim lahko posamezniki uveljavljajo svojo subjektivno pravico. Med obema je treba dosledno ločevati. Ničnost kot sankcija je neodvisna od ničnosti kot pravnega sredstva. Ničnost kot pravno sredstvo pa je odvisna od ničnosti kot sankcije.

Praviloma, če ničnost ne bo sledila iz določb nacionalnega prava, tudi ne bo na voljo posamezniku kot oblika pravnega sredstva. Posameznik se bo namesto npr. tožbe na ugotovitev ničnosti posla moral zanesti na kondemnatorno tožbo, s katero bo od države članice zahteval izterjavo pomoči od prejemnika. Vprašanje (ne)učinkovitosti takšnega pravnega sredstva je ločeno od vprašanja (ne)veljavnosti posla. Šele, če bi ugotovili, da kondemnatorna tožba ali druge oblike pravnih sredstev po nacionalnem pravu ne zagotavljajo *effet utile* nacionalnega prava, bi vzniknilo vprašanje ničnosti kot učinkovitega pravnega sredstva, s katerim bi sanirali to pomanjkljivost. Na tem mestu pa omenimo, da pravo EU ne nalaga obstoja tožbe na ugotovitev ničnosti. Komisija EU kvečjemu prepoznava le-to kot možno pravno sredstvo za zaščito

⁸³ Zadeva C-39/94, *Syndicat français de l'Express international (SFEDI) in drugi proti La Poste in drugim*, ECLI:EU:C:1996:285, tč. 41; zadeva C-295/97, *Industrie Aeronautiche e Meccaniche Rinaldo Piaggio SpA proti International Factors Italia SpA (Ifitalia), Dornier Luftfahrt GmbH in Ministero della Difesa*, ECLI:EU:C:1999:313, tč. 30–31; zadeva C-284/12, *Deutsche Lufthansa AG proti Flughafen Frankfurt-Hahn GmbH*, ECLI:EU:C:2013:755, tč. 28.

subjektivnih pravic posameznikov.⁸⁴ Spet tretjič je treba biti pazljiv pri ničnosti kot pravnem sredstvu, ki ga ima na voljo država članica. Tukaj ne gre za zasebno izvrševanje prava državnih pomoči, kljub temu pa morajo biti tudi sredstva države članice za izterjavo taka, da zagotavljajo takojšnjo izterjavo pomoči.

4.3.5 Prepoved, ki je naslovljena le eni stranki

Drugi odstavek 86. člena OZ določa, da če je sklenitev določene pogodbe prepovedana samo eni stranki, ostane pogodba v veljavi, razen če ni v zakonu za posamezen primer določeno kaj drugega, stranko, ki je prekršila zakonsko prepoved, pa zadenejo ustrezne posledice. Ker je obveznost mirovanja naslovljena samo na državo članico, je zakonski znak enostranske prepovedi izpolnjen. To poraja težave, saj se ničnost potem na načelni ravni odreka in je treba iskati druge sankcije. Kljub temu je skozi nauk teorije mogoče priti do drugačnega zaključka.

Prvič, s tem pravilom se zagotavlja predvsem varstvo pravnega prometa, zlasti če druga stranka za prepoved ni vedela.⁸⁵ V primeru nezakonite državne pomoči se v skladu s sodno prakso Sodišča EU prejemnik pomoči ne more sklicevati na dobro vero, češ da ni vedel, da obveznost mirovanja ni bila spoštovana.⁸⁶ Iz tega razloga odpade *ratio legis* konkretne določbe v primeru izvajanja nezakonite državne pomoči. Potrebe po zaščiti dobroverne stranke ni, saj sta obe stranki v slabi veri.

Drugič, zakon sloni na domnevi, da enostranske prepovedi praviloma niso usmerjene na vsebino in posledice pravnega posla, temveč gre za manj pomembne prepovedi, katerih kršitev ne pomenijo ravnanj, ki bi nasprotovala splošnim interesom. Norma naj ne bi bila najbolj posrečena in je zato rešitev treba iskati s pomočjo splošnih načel teorije o neveljavnosti; enostranska formulacija ne sme biti odločilnega pomena, vrednotenje mora temeljiti na smislu prepovedi, na dejstvu, da se prepoved nanaša na posel kot tak in ga želi preprečiti.⁸⁷ Navedeno skoraj povsem sovпада v okvir razprave glede tretjega odstavka 108. člena PDEU. Tako bo z ozirom na cilj obveznosti mirovanja, ki je v posledici usmerjen v vzpostavitev

⁸⁴ Obvestilo Komisije EU o izvrševanju pravil o državni pomoči na nacionalnih sodiščih (UL C 305/1, 30. 7. 2021), tč. 74.

⁸⁵ M. Juhart, Ničnost pravnega posla zaradi nasprotovanja prisilnim predpisom, 2011, str. 12.

⁸⁶ Zadeva C-169/95, Kraljevina Španija proti Komisiji Evropskih skupnosti, ECLI:EU:C:1997:10, tč. 51; zadeva C-24/95, Land Rheinland-Pfalz proti Alcan Deutschland GmbH., ECLI:EU:C:1997:163, tč. 25; in zadeva C-672/13, OTP Bank Nyrt. proti Magyar Állam in Magyar Államkinestár, ECLI:EU:C:2015:18, tč. 77.

⁸⁷ A. Polajnar Pavčnik, 86. člen, v: Obligacijski zakonik (OZ) (splošni del) s komentarjem, 2003, str. 507–508.

prejšnjega stanja, potrebno dati prednost namenu in teži namena, ki ga ne gre opredeliti kot manj pomembnega ali določenega (zgolj) v zasebni interes.

Tudi če izhajamo iz stroge gramatikalne razlage drugega odstavka 86. člena, lahko zaključimo, da »zakon« določa drugače. Če je namreč Sodišče EU skozi interpretacijo klavzule o mirovanju opredelilo, da mora nacionalno sodišče zaradi kršitve klavzule sprejeti vse potrebne ukrepe »tudi glede veljavnosti«, torej klavzula daje podlago, da odločamo o veljavnosti posla in da torej ne obvelja pravilo OZ, po katerem »pogodba ostane v veljavi«. To seveda še ne pomeni nujno, da pravo EU narekuje neveljavnost posla. Zgolj omogoča nam takšen zaključek, kar pa po mojem mnenju zadošča, da subsumiramo klavzulo pod pojem »zakona, ki za posamezen primer določa kaj drugega« in s tem odstopimo od pravila predpostavljene veljavnosti.

Tudi BGH je v svojem razlogovanju pojasnilo, da enostranskost prepovedi ni bistvena. Bistven je namen določbe, ki odkazuje na ničnost. Res pa je, da se je BGH pri definiranju tega namena nekoliko prestopilo.

4.3.6 Delna ničnost

OZ v 88. členu določa, da zaradi ničnosti kakšnega pogodbenega določila ni nična tudi sama pogodba, če lahko obstane brez ničnega določila in če to določilo ni bilo ne pogodbeni pogoj ne odločilen nagib, zaradi katerega je bila pogodba sklenjena.

Menim, da je glede delne ničnosti mogoče smiselno uporabiti zaključke BGH. Nični element civilnopravnega posla, tj. tisti, ki predstavlja nezakonito pomoč, bo praviloma cena oz. bistvena sestavina posla. Predstavlja odločilni nagib, zaradi katerega sta stranki sklepali posel. Zato tudi ob uporabi salvatorične klavzule posla praviloma ne bo mogoče obdržati v veljavi.

Sicer si ni težko predstavljati, da je npr. nabavna cena, ki jo za neko storitev ali dajatev plača država, višja od tržne, in se z delno ničnostjo zgolj korigira, tako da se presežni del šteje za ničnega, vendar s tem sodišče poseže neposredno v odločilne ekonomske nagibe (in navsezadnje kavzo) strank za sklenitev posla. Težje si je predstavljati prodajo premoženja pod tržno ceno. Tedaj je ničnost neznatnega praktičnega pomena, saj je treba ceno zvišati. Sodišče pa nima pooblastil samodejno zviševati cene v nasprotju z avtonomijo volj strank. Iz istih razlogov odpade tudi možnost uporabe drugega odstavka 88. člena (vendar pa ostane pogodba v veljavi celo takrat,

ko je bilo nično določilo zanjo pogoj ali odločilen nagib, če je namen ugotovitve ničnosti prav v tem, da bi se pogodba znebila tega določila in bi veljala brez njega).

Zadržan odnos je treba gojiti tudi do salvatorične klavzule v kombinaciji s substitucijsko klavzulo. Če bi se stranki dogovorili za primer delne ničnosti s substitucijsko klavzulo, ki bi nadomestila ceno oz. drug element nezakonite državne pomoči, tako da bi ta ustrezala tržnim parametrom, ne velja strankama nuditi pravnega varstva, saj je dogovor nastal ob zavedanju, da obstaja možnost, da gre za nezakonito državno pomoč in sta bili stranki pri sklepanju glede tega nedobroverni.

Po drugi strani je res, da bi stranki lahko prvotni dogovor priglasili Komisiji EU ter spoštovali obveznost mirovanja in bi v primeru pogojnega ali negativnega sklepa Komisije EU lahko preprosto uveljavili substitucijsko klavzulo, ki bi zadostila pogojem iz sklepa ali odpravila nezdržljive elemente ter bi se pomoč šele nato implementirala. S tem bi se izognili sklepanju novega (združljivega) posla, hkrati pa bi obe stranki ostali zavezanki iz prvotnega posla in ne bi mogli preprosto odstopiti od posla. Vendar ta situacija ni povezana s položajem nezakonite pomoči.

4.3.7 Izpodbojnost

Izpodbojnost je kot milejša oblika neveljavnosti določena kot alternativa ničnosti. Pride v poštev predvsem takrat, ko namen kršene določbe ne leži v varovanju splošnih interesov, marveč zasebnih. Vendar je že na prvi pogled jasno, da izpodbojnost za raziskovalni problem ne bo prišla v poštev. Za razliko od ničnosti učinki izpodbojnosti namreč praviloma nastopijo za naprej (*ex nunc*).⁸⁸ Dokler izpodbojni posel ni izpodbit, velja (zavezuje) in učinkuje. Posel je zgolj relativno neveljaven. To z vidika prava državnih pomoči ne more biti dopustno. Veljaven in učinkovit posel bi strankam omogočal, da uveljavljajo pravice in obveznosti iz posla v času obveznosti mirovanja, skratka, da implementirata ukrep pomoči in s tem povzročita nastop njene nezakonitosti. V tej konstelaciji bi nepriglašen ukrep zaradi nezakonitosti veljalo izpodbijati nemudoma po implementaciji v nasprotju s klavzulo o mirovanju in ne šele po sklepu Komisije EU. Pri tem velja ponovno poudariti, da za izvajanje državne pomoči v nasprotju s klavzulo o mirovanju zadošča, da je pomoč na razpolago upravičencu in ne, da je že prišlo do dejanskega prenosa. S

⁸⁸ VSL sklep I Cp 1826/98, z dne 29. 11. 2021, ECLI:SI:VSIJ:1998:ICP.1826.98.

sklenitvijo izpodbojnega posla stranka pridobi zahtevke po materialnem pravu na izpolnitev posla, zato je sleherni poskus »legalizacije« zaman.

4.3.8 Viseče neveljaven posel

Kadar je za sklenitev pogodbe potrebno soglasje koga tretjega, ga ta lahko da pred sklenitvijo pogodbe kot dovoljenje ali po sklenitvi kot odobritev, če ni z zakonom določeno kaj drugega (19. člen OZ). Vnaprej dano (preden stranki med seboj skleneta pogodba) soglasje (dovoljenje) ali naknadno dano soglasje (odobritev) je po mnenju teorije določeno kot posebna predpostavka za sklenitev posla. Pri tem imamo v mislih celotni posel in ne zgolj posamezne dele. Dokler to soglasje tretjega ni dano, se šteje, da posel ni sklenjen. Kadar imamo opravka z odobritvijo, ko je med samima strankama že doseženo soglasje, to medsebojno soglasje stranki zavezuje v tem smislu, da svojih izjav volje ne moreta enostransko preklicati. Vendar to še ne pomeni, da je pogodbeno sklenjena. Če tretji poda odobritev, potem se šteje, kot bi se uresničil odložni pogoj in *ex tunc* nastopijo učinki sklenjene pogodbe.⁸⁹ Koncept se v pravni teoriji torej razlikuje od nemškega pristopa k *schwebende Umwirksamkeit* v tem smislu, da se pri slednjem obravnavajo pravila glede soglasja v smislu konvalidacije poslov.

Kljub konceptualnim razlikam sem mnenja, da navedena določba v slovensko obligacijsko prava vnaša nemškemu pravu primerljiv koncept »viseče neveljavnega« posla.⁹⁰ Pravni posel do odobritve sploh ne nastane (in je zatorej neučinkovit; stranki nimata iztožljivih zahtevkov), kljub temu pa v internem razmerju zavezuje stranki. Takšen položaj je iz vidika prava EU zadovoljiv, saj ne pride do implementacije ukrepa, dokler traja obveznost mirovanja, če pa pride do prenosa koristi, potem je mogoče na podlagi splošnih pravil o neupravičeni obogatitvi zahtevati nazaj tisto, kar je bilo dano brez pravne podlage. Obstojita pa dve težavi. Prvič, vprašljivo je, ali je mogoče presojo združljivosti ukrepa podrediti konceptu soglasja k poslu. Komisija EU obravnava ukrep z vidika njegove združljivosti z notranjim trgov in država članica se mora vzdržati implementacije ukrepa do končne odločitve. Menim, da je določba OZ dovolj pomensko odprta, da pušča odprto pot interpretaciji soglasja v smislu pozitivnega sklepa Komisije EU. Drugič, če pri odobritvi res nastopijo učinki *ex tunc*, tedaj bi se posel legaliziral za nazaj, kar bi bilo sporno z vidika izterjave obresti

⁸⁹ V. Kranjc, 19. člen, v: Obligacijski zakonik (OZ) (splošni del) s komentarjem, 2003, str. 222.

⁹⁰ V sodni praksi je sicer zaslediti en sam primer, kjer sodišče tako poimenuje institut: VSL sodba I Cpg 694/2019 z dne 7. 5. 2020, ECLI:SI:VSLJ:2020:ICPG.694.2019.

za obdobje nezakonitosti. Verjamem, da se lahko, kot je predlagano v Nemčiji, glede na gramatikalno odprtost besedila in ob zanašanju na lojalno razlago tudi odobritev interpretira kot bi imela učinke za naprej (*ex nunc*) ali pa se šteje (zaradi obveznosti priglasitve), da gre za naknadno dano dovoljenje in ima soglasje v tem primeru tudi učinek *ex nunc*.

5 Zaključek

Na podlagi zaokrožene in nadrobne analize iztočnic prava EU ter primerjalnopravnega uvida je mogoče zaključiti, da ničnost ni nujna manifestacija neveljavnosti civilnopravnih ukrepov formalno nezakonite državne pomoči. Ob lojalni razlagi ubeseditvev 19. člena OZ pušča dovolj razlagalnega prostora, da se civilnopravni akt, ki predstavlja ukrep (nezakonite) državne pomoči, obravnava tudi kot viseče neveljaven posel, kar ima lahko številne prednosti pred ničnostjo. Sicer drži, da obstoji v procesnem smislu večja težava pri uveljavljanju varstva tretjih, npr. konkurentov prejemnika državne pomoči. Tretjim je lažje uveljavljati ničnost posla oz. razmerja med državo in prejemnikom pomoči, saj ničnost lahko uveljavlja kdor izkaže, da ima (pravni) interes; pri tem pa se tretji ne rabi pretirano ukvarjati s specifikacijo zahtevka, saj zadošča, da pozna obstoj razmerja (tako, da ga individualizira) glede katerega uveljavlja ničnost. Nasprotno pa varstvo pri viseči neveljavnosti ni deklaratorno, temveč mora tretji podati dajatveni zahtevek, s katerim od prejemnika pomoči terja prenos koristi nazaj na državo, za kar pa mora tretji poznati tudi premoženjsko vrednost koristi ter zahtevek primerno substancirati. V končni fazi bi vendarle kazalo dati prednost ničnosti kot preferenčni obliki neveljavnosti in to predvsem zaradi pravnopolitičnih razlogov. Samo takšna oblika neveljavnosti namreč zagotavlja dosledno spoštovanje (*ex ante*) administrativnega nadzora nad državnimi pomočmi, ki ga vrši Komisija EU.

Literatura

- Armbrüster Christian, BGB § 134 Gesetzliches Verbot, v: Münchener Kommentar zum BGB, 8. izdaja, F. J. Säcker, R. Rixecker, K. Rebman (ur.), C. H. Beck, München 2018.
- Bacon, Kelyn, European Union Law of State Aid, Oxford University Press, Oxford 2015.
- Bartosch Andreas, Die private Durchsetzung des gemeinschaftlichen Beihilfenverbots - Das CELF-Urteil vom 12. 2. 2008 und seine Auswirkungen auf Deutschland. Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht, 2008, str. 235–240.

- Bayreuther Frank, BGB §184 Rückwirkung der Genehmigung, v: Münchener Kommentar zum BGB, 8. izdaja, F. J. Säcker, R. Rixecker, K. Rebman (ur.), 8. izdaja, C. H. Beck, München 2018.
- Bühner, Stefan, Die Rückabwicklung unionsrechtswidriger Beihilfen im Privatrecht, Tectum Wissenschaftsverlag, Baden-Baden 2018.
- Dörner Heinrich, BGB § 184 Rückwirkung der Genehmigung, v: Bürgerliches Gesetzbuch: Handkommentar, 10. izdaja, R. Schulze, Nomos, Baden-Baden 2019.
- Ebers, Martin, Rechte, Rechtsbehelfe und Sanktionen im Unionsprivatrecht, Mohr Siebeck, Tübingen 2016.
- Fiebelkorn Vera, Petzold Hans Arno, Durchführungsverbot gemäß Art. 88 III 3 EG, Rückforderungsverpflichtung und Nichtigkeitsfolge: Ist die BGH-Rechtsprechung praxisgerecht?, Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht, 2009, str. 323–328.
- Heidenhain Martin, Rechtsfolgen eines Verstoßes gegen das Durchführungsverbot des Art. 88 III 3 EG Bemerkungen zu BGH, EuZW 2003, 444 und EuZW 2004, Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht, 2005, str. 135–139.
- Jestaedt Thomas, Das Rückzahlungsrisiko bei formell rechtswidrigen Beihilfen, Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht, 1993, str. 49–52.
- Juhart Miha, Ničnost pravnega posla zaradi nasprotovanja prisilnim predpisom, Pravni letopis, 2011, št. 1, str. 9–17.
- Kranjc Vesna, 19. člen, v: Obligacijski zakonik (OZ) (splošni del) s komentarjem, 1. knjiga, M. Juhart, N. Plavšak (ur.), GV Založba, Ljubljana 2003.
- Kühling Jürgen, Das Damoklesschwert der Nichtigkeit bei Missachtung des Durchführungsverbots aus Art. 88 Abs. 3 Satz 3 EG, Zeitschrift für Wettbewerbsrecht, 2003, str. 498–514.
- Kühling Jürgen, Rechtskraftdurchbrechung durch EU-(Beihilfen-)Recht: Die Tragweite der EuGH Vorlage des LG Münster, Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht, 2015, št. 1, str. 1–8.
- Lorenz Bernd, Die Rückwirkung der Genehmigung von schwebend unwirksamen Verträgen (§ 184 BGB), Let. 42 (2009), št. 7, str. 214–217.
- Ludwigs Markus, Staatliche Beihilfen, v: Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts, 52. izdaja, M. Ludwigs, M. Dauses (ur.), C. H. Beck, München 2021.
- Mansel Heinz-Peter, BGB § 139, v: O. Jauernig (ur.), Bürgerliches Gesetzbuch: BGB, C. H. Beck, München 2021.
- Markezines Basil S., Unberath Hannes, Johnston Angus C., The German Law of Contract: A Comparative Treatise, 2. izdaja, Hart Publishig, Oxford 2006.
- Pechstein Matthias, Nichtigkeit beihilfengewährender Verträge nach Art. 93 III 3 EGV, Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht, 1998, str. 495–497.
- Polajnar Pavčnik Ada, 4. odsek: Neveljavnost pogodb, v: Obligacijski zakonik (OZ) (splošni del) s komentarjem, 1. knjiga, M. Juhart, N. Plavšak (ur.), GV Založba, Ljubljana 2003.
- Polajnar Pavčnik Ada, 86. člen, v: Obligacijski zakonik (OZ) (splošni del) s komentarjem, 1. knjiga, M. Juhart, N. Plavšak (ur.), GV Založba, Ljubljana, 2003.
- Pütz Markus, EG-Beihilfenrecht und § 134 BGB, Neue Juristische Wochenschrift, 2004, str. 2199–2200.
- Quardt Gabriele, Nielandt Dörte, Nichtigkeit von Rechtsgeschäften bei Verstoß gegen das Durchführungsverbot des Art. 88 III 3 EG, Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht, 2004, str. 201–205.
- Riewe Johannes, BGH, Urteil vom 05. Dezember 2012, Az. I ZR 92/11: Zu niedriger Kaufpreis als Beihilfeelement bei einer Pipeline-Veräußerung durch die öffentliche Hand (CEPS Teilstück),

- EWeRK: Zeitschrift Energie- und Wettbewerbsrecht in der kommunalen Wirtschaft, 2018, št. 5, str. 166–171.
- Rosenau René, Unionsrechtswidrige Beihilfen und zivilrechtliche Konsequenzen, Juristische Ausbildung, 2019, št. 11, str. 1127–1136.
- Rozek Jochen, VwVfG § 58 Zustimmung von Dritten und Behörden, v: F. Schoch, J.-P. Schneider, Verwaltungsverfahrensgesetz: VwVfG, C. H. Beck, München 2020.
- Säcker Franz Jürgen, Article 81(2) EC & Civil Law Effects, v: Competition Law: European Community Practice and Procedure, G. Hirsch, F. Montag, F. J. Säcker, Sweet & Maxwell, Edinburgh 2008.
- Schroeder Werner, Vernünftige Investition oder Beihilfe?, Zeitschrift für das Gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht, 1997, str. 805–845.
- Sladič Jorg, Tožba konkurenta prejemnika slovenske državne pomoči, Lexonomica, Let. 6 (2014), št. 1, str. 73–91.
- Strievi Stephanie, Werner Philipp, Nichtigkeit eines beihilfegewährenden Vertrages nach § 134 BGB i.V. mit Art. 88 III 3 EGV, Jus: Juristische Schulung, 2006, str. 106–110.
- Tilmann Winfried, Schreibauer Marcus, Rechtsfolgen rechtswidriger nationaler Beihilfen, GRUR, 2002, str. 212–242.
- Ulrich Hanns, Private Enforcement of the EU Rules on Competition – Nullity Neglected, International Review of Intellectual Property and Competition Law, Let. 52 (2021), str. 606–635.
- Varanelli, Luigi, Pogodbeno pravo III: Patologija pogodbe – Prvi del, GV Založba, Ljubljana 2017.
- Verse Dirk A., Wurmnest Wolfgang, Zur Nichtigkeit von Verträgen bei Verstößen gegen das EG-Beihilferecht, Archiv für die civilistische Praxis, Let. 204 (2004), št. 6, str. 855–882.
- Von Reuβow, Ulrich, Die Kompetenzen nationaler Gerichte im Anwendungsbereich des EG-Beihilferechts, Duncker & Humblot, Berlin 2005.
- Wendtland Holger, 2020. BGB § 141 Bestätigung des nichtigen Rechtsgeschäfts, v: BeckOK BGB, 58. izdaja, W. Hau, R. Poseck, C. H. Beck, München 2020.
- Wendtland Holger, BGB § 134 Gesetzliches Verbot, v: BeckOK BGB, 58. izdaja, W. Hau, R. Poseck, C. H. Beck, München 2020.

SUMMARY

The contribution deals with the problem of civil law consequences of State aid, which has been implemented in breach of the standstill obligation. Namely, what form of invalidity (if any) should be ascribed to formally unlawful aid measures, which were granted by way of civil law transactions (e.g., contracts of purchase). The problem lies within the decentralized system of State aid enforcement. EU law provides only for the so-called unlawfulness or illegality of measures, leaving the specific civil law consequences of said measures to the national laws of the Member states, in line with the principle of national procedural autonomy. This can lead to a multiplicity of different solutions, wherein Member states apply different consequences to the unlawful measures, some more strict than others. Due to the overall problem of the underutilized use of state aid rules in national courts, many Member states have an underdeveloped doctrinal framework from which to source the civil law consequences regarding the issue of validity. One such example is Slovenian law, which has yet to produce case law on the issue, while legal theory has been keen on adopting solutions developed within German case law, in respect of shared legal traditions. The article will scrutinize whether this is in fact an optimal solution. Especially since the decisions found in German case law have been the subject of criticism in both professional and scientific literature, aiming at nullity being too stringent of an approach, when the law allows for

an arguably milder and more accommodating solution, i.e., pending ineffectiveness. It thus appears to be a valuable contribution to identify and dissect the pros and cons of the approach taken by the German judiciary as a precautionary recourse for future development of the legal doctrine in Slovenia. Granted, the Slovenian civil law, more specifically, the law of obligations, does not provide for the institute of pending ineffectiveness in the same manner as German, but parallels may be drawn, especially when both compared institutes require the application of the principle of consistent interpretation to achieve the *effet utile* of EU law. The contribution first provides an analysis of the EU legal framework regarding the issue. Even though the issue is to be finally determined by national law, EU law nonetheless does provide for indirect influence over the subject matter, by detailing the goals of the prohibition of premature implementation of state aid measures. The contribution then provides an in-depth overview of the German approach, attempting to succinctly present the quandaries unearthed by the respective doctrine. The final portion of the contribution is devoted to the potential legal consequences regarding invalidity under Slovenian law. In this respect, nullity, partial nullity, relative invalidity, salvation clauses and pending invalidity are considered and weighed against the backdrop of findings in German doctrine. The contribution finally proposes that nullity may not be the sole consequence in respect of invalidity. The law allows sufficient interpretative room to accommodate for *mutatis mutandis* pending ineffectiveness when coupled with the principle of loyalty and its corollary of consistent interpretation.

VARSTVO OSEBNIH PODATKOV KOT NECENOVNI KONKURENČNI PARAMETER

ROK DACAR

Univerza v Mariboru, Pravna fakulteta, Maribor, Slovenija
rok.dacar@um.si

Pravica do varstva osebnih podatkov je v pravu EU pripoznana kot temeljna pravica. Po sodni praksi Sodišča EU vprašanja varstva osebnih podatkov kot taka niso relevantna za konkurenčno pravo. Vendar pa je lahko raven varstva osebnih podatkov za konkurenčno pravo relevantna takrat, ko vpliva na kakovost storitve, ki je necenovni konkurenčni parameter. Takšno relevantnost varstva osebnih podatkov v konkurenčnopравниh presoajah je potrdila Komisija EU in nekatere pomembne nacionalne agencije za varstvo konkurence. Varstvo osebnih podatkov se v konkurenčnopравниh presoajah zaenkrat pojavlja v povezavi z večstranskimi spletnimi platformami in aplikacijami za pošiljanje sporočil. Pomembna težava, povezana z operacionalizacijo varstva osebnih podatkov v konkurenčnem pravu, je težavno merjenje pomena ravni varstva osebnih podatkov na kakovost storitve.

DOI
[https://doi.org/
10.18690/um.pf.1.2024.20](https://doi.org/10.18690/um.pf.1.2024.20)

ISBN
978-961-286-817-8

Ključne besede:
pravica do varstva osebnih
podatkov,
konkurenčno pravo,
konkurenčni parametri,
večstranske spletne
platforme,
kakovost



Univerzitetna založba
Univerze v Mariboru

DOI

[https://doi.org/
10.18690/um.pf.1.2024.20](https://doi.org/10.18690/um.pf.1.2024.20)

ISBN

978-961-286-817-8

Keywords:

right to protection of
personal information,
competition law,
competition parameters,
multisided platforms,
quality

PROTECTION OF PERSONAL INFORMATION AS A NON-PRICE PARAMETER OF COMPETITION

ROK DACAR

University of Maribor, Faculty of Law, Maribor, Slovenia
rok.dacar@um.si

The right to the protection of personal data is recognized as a fundamental right in EU law. According to the case law of the Court of Justice of the EU, issues of personal data protection as such are not relevant to competition law. However, when it affects the quality of the service, which is a non-price competition parameter, the level of personal data protection can be relevant to competition law. This relevance of personal data protection in competition law assessments has been confirmed by the EU Commission and some important national competition authorities. Personal data protection in competition law assessments currently appears in connection with multi-sided online platforms and messaging applications. A significant problem related to the operationalization of personal data protection in competition law is the difficulty in measuring the importance of the level of personal data protection on the quality of the service.



1 Uvod

Ena izmed značilnosti digitalne ekonomije je obsežno zbiranje osebnih podatkov uporabnikov raznih večstranskih spletnih platform,¹ kot so npr. Facebook, Google Search, WhatsApp, Netflix, Amazon, Tinder, itd. Z vsakim klikom jim namreč posredujemo podatke o tem, kaj so naše preference – kakšne proizvode ali storitve najraje kupujemo, kakšno glasbo poslušamo, kakšna so naša politična prepričanja, kakšne filme radi gledamo itd. Podjetja, ki podatke na ta način pridobijo, jih izkoriščajo na različne načine. Na njihovi podlagi lahko izboljšajo uporabniško izkušnjo tako, da je bližje preferencam konkretnega uporabnika (avtomobilskemu navdušencu bo tako spletni brskalnik Google Search, ko bo vnesel geslo »jaguar«, najprej pokazal zadetke, povezane z avtomobilsko znamko in ne z živaljo), ciljano oglašujejo določene proizvode ali storitve, osebne podatke prodajo drugim podjetjem (najpogosteje t. i. *data broker* podjetjem, ki jih nato prodajo naprej ali na njihovi podlagi nudijo različne storitve, npr. analitične) ipd. Sodišče EU je v zadevi *Asnef-Equifax*² močno omejilo pomen varstva osebnih podatkov v konkurenčnih presojah. Zato se v luči vsega navedenega utemeljeno postavlja vprašanje, ali je varstvo osebnih podatkov v njih lahko upoštevano vsaj v okviru necenovnih konkurenčnih parametrov in če da, kakšne so njegove posebnosti v tem oziru. Sledeči prispevek bo na to vprašanje odgovoril z vidika prava Evropske unije (EU), njegove ugotovitve pa se v prvi vrsti nanašajo na večstranske spletne platforme, ki eni kategoriji uporabnikov storitev ponujajo z denarnega vidika brezplačno.

Struktura prispevka je naslednja. Drugo poglavje predstavi varstvo osebnih podatkov v EU, relevantne pravne vire in najpomembnejše sodbe Sodišča EU ter Evropskega sodišča za človekove pravice (ESČP), dotakne pa se tudi njegove dvojne narave; po eni strani je temeljna človekova pravica, po drugi strani pa meri k prostemu pretoku podatkov. Tretje poglavje obravnava odnos med konkurenčnim pravom in pravom varstva osebnih podatkov po sodni praksi Sodišča EU, četrto pa vlogo cenovnih in necenovnih konkurenčnih parametrov pri konkurenčnih presojah.

¹ Komisija EU jih definira kot podjetja, ki delujejo na dveh različnih straneh (trgih) in preko uporabe svetovnega spleta omogočajo interakcije med dvema ali večimi ločenimi skupinami uporabnikov, s čimer ustvarjajo dodano vrednost za vsaj eno od teh skupin (*A public consultation on platforms, online intermediaries, data, cloud computing and the collaborative economy*, 2020, str. 5, URL: http://ec.europa.eu/newsroom/dae/document.cfm?doc_id=10932 (31. 7. 2021).

² Zadeva C-238/05, *Asnef-Equifax*, *Servicios de Información sobre Solvencia y Crédito*, SL proti *Asociación de Usuarios de Servicios Bancarios (Ausbank)*, ECLI:EU:C:2006:734 (*Asnef-Equifax*).

presoajah in cilje, ki naj jih po stališču Komisije EU zasleduje konkurenčno pravo. Peto poglavje analizira pomen necenovnega konkurenčnega parametra kakovosti, relevantne značilnosti večstranskih spletnih platform in položaj varstva osebnih podatkov v konkurenčnopравниh presoajah. Šesto poglavje izpostavi nekatere težave, povezane z določitvijo konkretnega pomena ravni varstva osebnih podatkov v konkurenčnopравниh presoajah, sedmo pa poda sklepne ugotovitve.

2 Varstvo osebnih podatkov

2.1 Splošno o varstvu osebnih podatkov v EU

Pravica do varstva osebnih podatkov je kot temeljna pravica izrecno priznana v Listini Evropske unije o temeljnih pravicah (Listina), ki v 8. členu navaja:

1. Vsakdo ima pravico do varstva osebnih podatkov, ki se nanj nanašajo.
2. Osebnih podatki se morajo obdelovati pošteno, za določene namene in na podlagi privolitve prizadete osebe ali na drugi legitimni podlagi, določeni z zakonom. Vsakdo ima pravico dostopa do podatkov, zbranih o njem, in pravico zahtevati, da se ti podatki popravijo.
3. Spoštovanje teh pravil nadzira neodvisen organ.

Varstvo osebnih podatkov je umeščeno tudi v prvi odstavek 16. člena Pogodbe o delovanju Evropske unije³ (PDEU), ki določa, da ima vsakdo pravico do varstva osebnih podatkov, ki se nanašajo nanj. Na ravni sekundarnega prava sta predvsem pomembni Uredba (EU) 2016/679 Evropskega parlamenta in Sveta z dne 27. aprila 2016 o varstvu posameznikov pri obdelavi osebnih podatkov in o prostem pretoku takih podatkov ter o razveljavitvi Direktive 95/46/ES⁴ (Uredba 2016/679) in Direktiva (EU) 2016/680 Evropskega parlamenta in Sveta z dne 27. aprila 2016 o varstvu posameznikov pri obdelavi osebnih podatkov, ki jih pristojni organi obdelujejo za namene preprečevanja, preiskovanja, odkrivanja ali pregona kaznivih dejanj ali izvrševanja kazenskih sankcij, in o prostem pretoku takih podatkov ter o razveljavitvi Okvirnega sklepa Sveta 2008/977/PNZ⁵ (Direktiva 2016/680). (Temeljna) pravica do varstva osebnih podatkov je bila sodno prvič priznana s sodbo

³ Prečiščena različica Pogodbe o delovanju Evropske unije, UL C 326.

⁴ UL L 119, 4. 5. 2016.

⁵ UL L 119, 4. 5. 2016.

Sodišča EU v zadevi *Promusicae*⁶ leta 2008, torej še preden je Listina pridobila pravno zavezujoč značaj.

Pravica do varstva osebnih podatkov je mlada pravica. Sprva se je pojavila v sodni praksi ESČP, ki jo zaradi odsotnosti izrecne pravne podlage v Evropski konvenciji o varstvu človekovih pravic in temeljnih svoboščin⁷ (EKČP) zagotavlja preko 8. člena (pravica do spoštovanja zasebnega in družinskega življenja). V zadevi *Leander proti Švedski*⁸ iz leta 1987 je tako ESČP odločilo, da je hranjenje in izdaja podatkov o zasebnem življenju gospoda Leandra iz policijskih registrov predstavljalo kršitev pravice do spoštovanja zasebnega in družinskega življenja, kot jo zagotavlja prvi odstavek 8. člena EKČP. V zgodnji sodni praksi ESČP pravica do varstva osebnih podatkov ni bila samostojna pravica, pač pa le informacijska dimenzija pravice do spoštovanja osebnega in družinskega življenja.⁹ Ta pristop pa je postopoma zamenjal pogled na pravico do varstva osebnih podatkov kot na samostojno pravico,¹⁰ ki kljub temu še danes ostaja tesno povezana s pravico do spoštovanja zasebnega in družinskega življenja,¹¹ kar potrdi natančnejši pregled sodne prakse ESČP.¹² Povezava obeh pravic je razvidna tudi iz sodne prakse Sodišča EU, ki v vprašanih, povezanih s pravico do varstva osebnih podatkov, svoje odločitve opira tako na 7. (spoštovanje zasebnega in družinskega življenja) kot tudi na 8. člen (varstvo osebnih podatkov) Listine. V zadevi *Schecke in Eifert* je Sodišče EU tako ugotovilo, da javna objava podatkov o prejemnikih nakazil iz kmetijskih skladov pomeni kršitev pravic, ki ju imajo navedeni upravičenci na podlagi 7. in 8. člena Listine,¹³ v zadevi *Schwarz*, da predstavlja jemanje in shranjevanje prstnih odtisov poseg v pravico do spoštovanja zasebnega in družinskega življenja ter tudi v pravico do varstva osebnih podatkov,¹⁴ v zadevi *Digital Rights Ireland* pa, da predstavljajo nekatere določbe Direktive 2006/24/EC resen poseg v pravici iz 7. in 8. člena Listine.¹⁵

⁶ Zadeva C-275/06, *Productores de Música España (Promusicae) proti Telefónica de España SAU*, ECLI:EU:C:2008:54.

⁷ Uradni list RS – MP, št. 7/94.

⁸ ESČP, *Leander proti Švedski*, pritožba št. 9248/81, tč. 48.

⁹ K. Benyekhlef, 1996, *Les normes internationales de protection des données personnelles et l'autorité de l'information*, str. 91.

¹⁰ G. González Fuster, 2014, *The Emergence of Personal Data Protection as a Fundamental Right of the EU*, str. 214.

¹¹ F. Bougettaya, 2006, *La protection des données personnelles en droit communautaire*, str. 41.

¹² Svet Evrope, *Guide to the Case-Law of the European Court of Human Rights (Data Protection)*, URL: <https://www.coe.int/en/web/data-protection/echr-case-law> (23. 8. 2021).

¹³ Združeni zadevi C-92/09 in C-93/09, *Volker und Markus Schecke GbR (C-92/09) in Hartmut Eifert (C-93/09) proti Land Hessen*, ECLI:EU:C:2010:662, tč. 64.

¹⁴ Sodišče EU, *Fact Sheet – Protection of Personal Data*, URL: https://curia.europa.eu/jcms/jcms/p1_2170122/en/ (23. 7. 2021), str. 4.

¹⁵ Zadeva C-293/12, *Digital Rights Ireland in Seitlinger in drugi*, ECLI:EU:C:2014:238, tč. 38 in 39.

Sodišče EU se pri interpretaciji pravice do varstva osebnih podatkov pomembno naslanja na sodno prakso ESČP in le občasno sprejme odločitev na podlagi 8. člena Listine, ne da bi upoštevalo tudi interpretacijo 8. člena EKČP, kot jo je oblikovalo ESČP,¹⁶ kar po mnenju avtorja izvira iz dejstva, da je pravica do varstva osebnih podatkov v pravu EU status (temeljne) pravice pridobila prav preko sodne prakse ESČP.¹⁷

2.2 Dvojna narava varstva osebnih podatkov

Posebnost ureditve varstva osebnih podatkov, kot jo je izoblikovalo pravo EU, je v tem, da ima varstvo osebnih podatkov dvojno naravo. Po eni strani ima značaj temeljne pravice, po drugi strani pa zasleduje ekonomske cilje.¹⁸ Tako že 16. člen PDEU omenja prosti pretok takih (tj. osebnih) podatkov, tretji odstavek 1. člena Uredbe 2016/679 pa navaja da prosti pretok osebnih podatkov v EU ne sme biti omejen ali prepovedan iz razlogov, povezanih z varstvom posameznikov pri obdelavi osebnih podatkov. Omenjanje prostega pretoka podatkov kaže na jasen ekonomski element varstva osebnih podatkov. To ugotovitev pa le še potrdi dejstvo, da 2. točka obrazložitve k Uredbi 2016/679 med drugim navaja tudi, da je namen te uredbe prispevati k(...) krepitevi in uskladitvi gospodarstev na notranjem trgu ter blaginji posameznikov.¹⁹ Dvojni značaj varstva osebnih podatkov je, kot ugotavljata *Hielke* in *Cristopher*,²⁰ razpoznaven tudi iz sodne prakse Sodišča EU. V zadevi *Komisija proti Nemčiji*²¹ je Sodišče EU glede neodvisnosti nadzornih organov, pristojnih za spremljanje varstva osebnih podatkov v zasebnem sektorju, zaključilo, da morajo biti samostojni, kar izključuje tudi kakršno koli navodilo in drug zunanji vpliv, bodisi neposreden bodisi posreden, ki bi lahko ogrožal navedene organe pri izvajanju njihove naloge ohranjanja pravega ravnotežja med varstvom zasebnosti in prostim pretokom osebnih podatkov. V zadevi *Breyer* pa je Sodišče EU obrazložilo, da morajo države članice, ko po 5. členu Direktive 95/46 po diskreciji odločajo o tem obdelava katerih osebnih podatkov je zakonita, upoštevati cilj, ki mu sledi direktiva,

¹⁶ G. González Fuster, 2014, The Emergence of Personal Data Protection as a Fundamental Right of the EU, str. 262.

¹⁷ Smiselno povzeto po prav tam, str. 265.

¹⁸ H. Hielke, C. Docksey, The court of Justice as a Key Player in Privacy and Data Protection, 2019, str. 10.

¹⁹ D. de Buffalo Irakiza, The Charter of Fundamental Rights, the Aims of EU Competition Law and Data Protection: Time to Level the Playing Field, 2021, str. 40.

²⁰ H. Hielke, C. Docksey, The court of Justice as a Key Player in Privacy and Data Protection, 2019, str. 10.

²¹ Zadeva C-518/07, Evropska komisija proti Zvezni republiki Nemčiji, ECLI:EU:C:2010:125, tč. 30.

in sicer ohranjanje ravnotežja med prostim pretokom osebnih podatkov in varstvom zasebnosti.²²

2.3 Sklepno o varstvu osebnih podatkov

Zaključimo torej lahko, da je pravica do varstva osebnih podatkov v pravu EU popolnoma izoblikovana (temeljna) pravica, ki je v zelo kratkem času postala ena od osrednjih vrednot (prava) EU.²³ Varstvo osebnih podatkov je urejeno tako na ravni primarnega kot sekundarnega prava, o njem pa se je izoblikovala tudi bogata sodna praksa Sodišča EU.²⁴ V prispevku bom nekatere ugotovitve v zvezi s pravico do spoštovanja zasebnega in družinskega življenja, ki jih je oblikovala tuja pravna teorija, apliciral na pravico do varstva osebnih podatkov. Obe pravici sta, kot je bilo navedeno že zgoraj, namreč tesno povezani – še toliko bolj v digitalnem okolju.

3 Odnos med konkurenčnim pravom in varstvom osebnih podatkov

Odnos med konkurenčnim pravom in varstvom osebnih podatkov je pojasnilo Sodišče EU v zadevi *Asnef-Equifax*, kjer je zaključilo, da se morebitna vprašanja glede občutljivosti osebnih podatkov kot taka ne nanašajo na konkurenčno pravo. Temu stališču je sledila tudi Komisija EU v zadevah *Google/DoubleClick*²⁵ in *Facebook/WhatsApp*.²⁶ V slednji je navedla, da vprašanja povezana z zasebnostjo (tj. varstvom osebnih podatkov, op. a.), ki izhajajo iz povečane koncentracije podatkov, ki jih ima v oblasti Facebook (...), ne sodijo na področje pravil konkurenčnega prava EU.²⁷ Nekateri avtorji so sicer mnenja, da je Sodišče EU s tem zavzelo jasno stališče, da vprašanja, povezana z varstvom osebnih podatkov, niso relevantna za konkurenčno pravo,²⁸ vendar je stališče Sodišča EU bistveno milejše in bolj uravnovešeno, kot se morda zdi na prvi pogled, in ne predstavlja absolutne prepovedi upoštevanja varstva osebnih podatkov pri odločanju v okviru konkurenčnega prava. Besedna zveza »kot taka« namreč pove, da vprašanja, povezana z varstvom osebnih podatkov, pri konkurenčnopравnih presojah niso

²² Zadeva C-582/14, Patrick Breyer proti Zvezni republiki Nemčiji, ECLI:EU:C:2016:779, tč. 58.

²³ M. Brkan, *The Unstoppable Expansion of the EU Fundamental Right to Data Protection*, 2016, str. 2.

²⁴ Za podrobnejši pregled sodne prakse gl. Sodišče EU, Fact Sheet – Protection of Personal Data, URL: https://curia.europa.eu/jcms/jcms/p1_2170122/en/ (23. 7. 2021).

²⁵ COMP/M.4731, Google/DoubleClick.

²⁶ COMP/M.7217, Facebook/WhatsApp.

²⁷ Prav tam, tč. 164.

²⁸ C. Breuvert, É. Chassing, A.-S. Perraut, *Big Data and Competition Law in the Digital Sector: Lessons from the European Commission's Merger Control Practice and Recent National Initiatives*, 2016, str. 51.

relevantna le, če se nanašajo zgolj na varstvo osebnih podatkov. Omenjena sodba Sodišča EU torej ne predstavlja ovire, da bi se varstvo osebnih podatkov upoštevalo v okviru necenovnih konkurenčnih parametrov (če seveda vpliva na katerega od njih). Na tem mestu je potrebno opozoriti, da prispevek ne obravnava povezave med pravom varstva osebnih podatkov in konkurenčnim pravom na splošno, ampak se osredotoča zgolj na varstvo osebnih podatkov v okviru necenovnih konkurenčnih parametrov.

4 Konkurenčni parametri in namen konkurenčnega prava

Preden nadaljujemo je potrebno pojasniti, da so konkurenčni parametri faktorji, zaradi katerih se bo potrošnik odločil za nek konkreten proizvod ali storitev med vsemi razpoložljivimi proizvodi ali storitvami, pri čemur so glavni konkurenčni parametri cena, količina, kakovost, izbira in inovativnost.²⁹ Drugače povedano, poznamo cenovne in necenovne konkurenčne parametre. Jasno je, da bodo podjetja pri konkurenci glede cene med sabo tekmovala z nižanjem cene proizvodov ali storitev, pri konkurenci glede necenovnih konkurenčnih parametrov pa predvsem z izboljševanjem ponujenih proizvodov ali storitev (recimo s proizvodnjo vedno tanjših televizorjev, nudenjem bolj personalizirane izkušnje med brskanjem po priljubljeni strani za opravljanje spletnih nakupov ipd.). Izmed vseh necenovnih konkurenčnih parametrov se bo zadevni prispevek osredotočil na kakovost.

Komisija EU je (predvsem) od začetka procesa modernizacije konkurenčnega prava pod komisarjem Montijem začrtala bolj ekonomsko obarvan pristop v konkurenčnem pravu,³⁰ ki ga razume kot vejo prava, ki naj v glavnem skrbi za ekonomsko učinkovitost, torej v prvi vrsti za zagotavljanje nižjih cen, kakovosti in inovacij,³¹ ter se v čim večjem obsegu izogiba ciljem, ki niso povezani njo.³² Pogledu Komisije EU v pretežni meri sledi tudi Sodišče EU. Kljub navedenemu pa so tudi v zadnjem času bili z uporabo konkurenčnega prava naslovljeni številni cilji, ki niso strogo povezani z ekonomsko učinkovitostjo ali nanjo celo neugodno vplivajo.³³

²⁹ J. Laitenberger, EU Competition Law in Innovation and Digital Markets: Fairness and the Consumer Welfare Perspective, MLex / Hogan Lovells event, Bruselj, 10. oktober 2017, URL: https://ec.europa.eu/competition/speeches/text/sp2017_15_en.pdf (23. 7. 2021).

³⁰ D. de Buffalo Irakiza, The Charter of Fundamental Rights, the Aims of EU Competition Law and Data Protection: Time to Level the Playing Field, 2021, str. 44.

³¹ Prav tam, str. 41.

³² Prav tam, str. 45.

³³ M. Wasastjerna, 2020, Competition, Data and Privacy in the Digital Economy: Towards a Privacy Dimension in Competition Policy?, str. 57.

Kot primer lahko navedemo odobritev združitve glasbenih velikanov *EMI* in *Universal*³⁴ leta 2012, kjer je moralo podjetje *Universal* sprejeti stroge zaveze, katerih izpolnitev naj bi preprečila ogrožitev kulturne raznolikosti, glede katere četrti odstavek 167. člena PDEU določa, da mora EU pri svoji dejavnosti na podlagi drugih določb Pogodb upoštevati kulturne vidike, zlasti zaradi spoštovanja in spodbujanja raznolikosti svojih kultur.

5 Kakovost, varstvo osebnih podatkov in konkurenčnoppravna presoja

5.1 Varstvo osebnih podatkov kot del necenovnega konkurenčnega parametra kakovosti

Za delovanje večstranskih spletnih platform je zbiranja osebnih podatkov velikega pomena in se v konkurenčnopravnih presojah, ki le-te obravnavajo, lahko upošteva v okviru necenovnih konkurenčnih parametrov. V teoriji ni povsem jasno, ali je varstvo osebnih podatkov del necenovnega konkurenčnega parametra kakovosti ali pa samostojen necenovni konkurenčni parameter. Iz odločitev Komisije EU, ki so podrobneje obravnavane v nadaljevanju, izhaja, da Komisija EU varstvo osebnih podatkov smatra za samostojen necenovni konkurenčni parameter. Prispevek kljub temu sledi stališču nekaterih avtorjev,³⁵ da varstvo osebnih podatkov ni samostojen necenovni konkurenčni parameter, da pa vpliva na kakovosti storitve na brezplačni strani platforme (ki je necenovni konkurenčni parameter) tako, da znižanje ravni varstva osebnih podatkov (načeloma) pomeni tudi znižanje kakovosti te storitve. Kakovost storitve se namreč lahko definira kot celota necenovnih značilnosti, ki vplivajo na potrošnikovo uporabo storitve.³⁶ Taka necenovna značilnost pa je gotovo tudi raven varstva osebnih podatkov. Nenazadnje niti ni posebno relevantno, ali je varstvo osebnih podatkov samostojni necenovni konkurenčni parameter ali pa del necenovnega konkurenčnega parametra kakovosti. Vpliv na konkurenco in težave pri kvantifikaciji so namreč v obeh primerih enake.

³⁴ COMP/M.6458, *Universal Music Group/EMI Music*, tč. 666.

³⁵ A. Grunes, M. Stucke, 2015, *No Mistake about it: The Important Role of Antitrust in the Era of Big Data*, str. 4; S. Esayas, 2018, *Privacy as a Non-Price Competition Parameter: Theories of Harm in Mergers*, str. 4.

³⁶ S. Rottenbiller, 2002, *Essential Facilities als ordnungspolitisches Problem*, str. 227.

5.2 Pomen kakovosti v konkurenčnopравnih presoajah

Ker prispevek varstvo osebnih podatkov obravnava kot element necenovnega konkurenčnega parametra kakovosti, se velja ustaviti pri pomenu kakovosti v konkurenčnopравnih presoajah. V konkurenčnopравnih presoajah, ki merijo na zagotovitev ekonomske učinkovitosti, ima cena tradicionalno pomembno vlogo. Zato se lahko zaradi pretiranega osredotočanja nanjo spregleda, da konkurenčna teorija in praksa poznata tako cenovne kot necenovne konkurenčne parametre. Predvsem kakovost storitve bo, poleg cene, pomembno vplivala na odločitev potrošnika za neko konkretno storitev med vsemi razpoložljivimi storitvami, čeprav ji konkurenčna praksa posveča manj pozornosti kot ceni.¹

Da je kakovost pomemben necenovni konkurenčni parameter, izhaja iz nekaterih dokumentov Komisije EU. Sporočilo Komisije EU – Smernice o uporabi člena 101 Pogodbe o delovanju Evropske unije za sporazume o horizontalnem sodelovanju² tako navaja, da mora sporazum zato, da ima omejevalne učinke na konkurenco v smislu prvega odstavka 101. člena PDEU dejansko ali verjetno občutno škodljivo vplivati na vsaj enega izmed konkurenčnih parametrov na trgu, kot so cena, obseg proizvodnje, kakovost proizvodov, raznolikost proizvodov in inovacije. Sporočilo Komisije – Navodila glede prednostnih nalog izvrševanja Komisije pri uporabi člena 82 Pogodbe ES za izključevalna ravnanja, s katerimi prevladujoča podjetja zlorablajo svoj položaj³ pa navaja, da izraz povišati cene pomeni moč, da se cene ohranijo nad konkurenčno ravno, uporablja pa se kot okrajšava za različne načine, na katere je mogoče vplivati na konkurenčne parametre, kot so cene, proizvodnja, inovacije, asortima ali kakovost blaga ali storitev, torej tudi v primeru znižanja ravni varstva osebnih podatkov kot sestavnega dela necenovnega konkurenčnega parametra kakovosti. Prav tako tudi Smernice o presoji horizontalnih združitvev⁴ in Smernice o presoji nehorizontalnih združitvev⁵ navajajo, da lahko podjetja vplivajo na vse konkurenčne parametre, s čimer implicitno priznavajo enako veljavo cene in necenovnih konkurenčnih parametrov.⁶

¹ M. Wasastjerna, 2020, Competition, Data and Privacy in the Digital Economy: Towards a Privacy Dimension in Competition Policy?, str. 116.

² UL C 11, 14. 1. 2011, tč. 27.

³ UL C 45, 24. 2. 2009, tč. 11.

⁴ UL EU C 31, 5. 2. 2004.

⁵ UL EU C 265, 18. 10. 2008.

⁶ I. Graef, 2016, Data as Essential Facility Competition and Innovation on Online Platforms, str. 302.

5.3 Kakovost in večstranske spletne platforme

Kakovost kot necenovni konkurenčni parameter je še toliko pomembnejša v primeru tistih večstranskih spletnih platform, ki eni kategoriji uporabnikov (potrošnikom) storitev nudijo brezplačno in posledično med sabo na brezplačni strani platforme (na brezplačnem trgu) ne tekmujejo glede na ceno. Te platforme (npr. Facebook, Google search, WhatsApp, Netflix, Amazon, Tinder itd.) so ena najpomembnejših značilnosti digitalne ekonomije. Njihova uporaba je za potrošnike brezplačna le na prvi pogled in v navednicah. Cena njihove uporabe za potrošnika resda ni denarna, zato pa jo predstavlja dopustitev dostopa do osebnih podatkov, ki so nujna nematerialna dobrina večstranskih spletnih platform, saj omogočajo dostop do informacij, ki so potrebne za ciljno oglaševanje in za izboljšanje brezplačne strani platforme.⁷ Večstranske spletne platforme načeloma delujejo na dveh trgih oz. straneh in vrednost ustvarjajo s povezovanjem dveh skupin uporabnikov.⁸ Na eni strani ponujajo iz denarnega vidika brezplačno storitev potrošnikom (npr. brskanje po spletu, uporabo družbenega omrežja, gledanje videov itd.), ki v zameno za storitev (vede ali nevede) platformi posredujejo svoje osebne podatke (Facebook-u recimo z všečkanjem oglasov znamke športnih copat povemo, da smo potencialni kupci proizvodov te znamke). Storitve platforme na drugi strani so plačljive, na njej pa platforme na podlagi podatkov, pridobljenih na brezplačni strani, nudijo storitve drugi kategoriji uporabnikov, najpogosteje poslovnim uporabnikom (jim npr. prodajajo storitev ciljnega oglaševanja). Bolj kvalitetna kot bo storitev na brezplačni strani platforme, več bo njenih uporabnikov. To pomeni, da bodo večje možnosti za zaslužek preko ciljnega oglaševanja, kar privabi več uporabnikov tudi na plačljivo stran platforme (govora je o t. i. posrednih učinkih omrežja⁹). Vse to poveča dohodke platforme, dosežene s prodajo storitev poslovnim uporabnikom, zaradi česar bo platforma lahko izboljšala kakovost brezplačne strani, kar bo nanjo privabilo dodatne uporabnike. Potrošniki v takšne poslovne modele najpogosteje privolijo zato, ker brez uporabe storitev, ki jih nudi brezplačna stran platforme, ni mogoče biti normalno vključen v moderno družbo.

⁷ C. Argenton, J. Prüfer, Search Engine Competition with Network Externalities, 2012, str. 80.

⁸ N. Schawe, It's all About Data: Time for a Data Access Regime for the Sharing Economy?, 2020, str. 179.

⁹ Pri neposrednih učinkih omrežja se vrednost uporabe platforme za uporabnika povečuje s številom drugih uporabnikov te iste platforme. Npr. Facebook je bolj priljubljen od nekega nepoznanega družabnega omrežja, saj ima več uporabnikov in na ta račun pridobiva nove. Za uporabnika družbenega omrežja je le-to namreč neuporabno, če nima uporabnikov.

Ker navedena podjetja na brezplačni strani ne tekmujejo med sabo na podlagi konkurenčnega parametra cene, to pomeni, da konkurenca poteka zgolj na podlagi necenovnih konkurenčnih parametrov. Kakovost je zato na teh trgih najpomembnejši konkurenčni parameter. Potrošnik, ki bi bil nezadovoljen z uporabniško izkušnjo, ki jo nudi brskalnik Google Search, bi tako lahko brez kakršnih koli stroškov pričel uporabljati spletni brskalnik Yahoo! ali Bing. O pomenu necenovnega konkurenčnega parametra kakovosti na trgih, kjer tekmujejo brezplačne spletne platforme, je Komisija EU tako v zadevi *Microsoft/Yahoo! Search Business*¹⁰ navedla da konkurenca na zadevnem trgu poteka predvsem na podlagi kakovosti rezultatov spletnega iskanja, v zadevi *Microsoft/Skype*¹¹ pa, da je na trgih, kjer se storitev ponuja brezplačno, kakovost pomemben konkurenčni parameter, saj da so potrošniki zelo dovzetni za inovativne proizvode in storitve.

5.4 Varstvo osebnih podatkov v konkurenčno-pravnih presojah glede večstranskih spletnih platform

Komisija EU je pomen varstva osebnih podatkov v okviru necenovnih konkurenčnih parametrov naslovila v nekaj odločitvah o dopustitvah združitve. V zadevi *Facebook/WhatsApp*¹² je navedla, da v konkurenci med aplikacijami za komuniciranje vse pomembnejša parametra postajata varnost in zasebnost¹³ (torej varstvo osebnih podatkov, op. a.) in da čeprav bi Facebook po prevzemu WhatsApp-a imel tehnične možnosti uvesti ciljano oglaševanje na WhatsAppu-u, uvedba tega ni v njegovem interesu, saj bi lahko s tem vzbudil nezadovoljstvo med rastočim številom uporabnikov, ki zelo cenijo zasebnost in varnost.¹⁴ V zadevi *Microsoft/LinkedIn* je Komisija EU zasebnost označila za pomemben konkurenčni parameter na trgu službeno usmerjenih socialnih omrežij,¹⁵ v zadevi *Google/DoubleClick*¹⁶ pa navedla, da se varstvo osebnih podatkov lahko upošteva pri konkurenčnopravnih presojah. V slednji zadevi je Komisija EU preiskala teorijo škode, ki je vključevala vpliv na varstvo osebnih podatkov in zasebnost.¹⁷ V zadevi *TomTom/TeleAtlas* pa je ugotovila, da se lahko na zmanjšanje ravni varstva osebnih

¹⁰ COMP/M.5727, *Microsoft/Yahoo! Search Business*, tč. 101.

¹¹ COMP/M.6281, *Microsoft/Skype*, tč. 81, 122 in 123.

¹² COMP/M.7217, *Facebook/WhatsApp*, tč. 164.

¹³ Prav tam, tč. 87.

¹⁴ Prav tam, tč. 174.

¹⁵ COMP/M.8124, *Microsoft/LinkedIn*, tč. 341.

¹⁶ COMP/M.4731, *Google/DoubleClick*, tč. 101.

¹⁷ J. Koponen, A. Mangiaracina, *No Free Lunch: Personal Data and Privacy in EU Competition Law*, 2013, str. 187.

podatkov gleda kot na zmanjšanje kakovosti proizvoda ali storitve.¹⁸ Iz navedenih odločitev Komisije EU izhaja, da je kljub minimalističnemu pristopu priznala varstvo osebnih podatkov kot konkurenčni parameter.¹⁹

Vpliv varstva osebnih podatkov na konkurenco (v okviru necenovnih konkurenčnih parametrov) je pripoznalo tudi poročilo nemške in francoske agencije za varstvo konkurence,²⁰ ki je hkrati ugotovilo, da v praksi agencij za varstvo konkurence še ni postalo pomemben necenovni konkurenčni parameter. Čeprav je omenjeno poročilo vpliv varstva osebnih podatkov na konkurenco pripoznalo zgolj na teoretični ravni, pa je pomembno, saj kaže na povečevanje teženj izvrševalcev konkurenčnopравnih pravil po upoštevanju pravil o varstvu osebnih podatkov, ko preverjajo skladnost ravnanj podjetij po konkurenčnem pravu.²¹ Podobno sta zaključila tudi *Okuliar* in *Ohlhausen*,²² ki navajata, da ima varstvo osebnih podatkov v konkurenčnopравnih presoajah trenutno sicer le omejen pomen, da pa se ta hitro povečuje. Da se varstvo osebnih podatkov lahko upošteva v okviru necenovnih konkurenčnih parametrov, je tudi mnenje Federal Trade Commission, ki je v zadevi *Google/DoubleClick*²³ zaključila, da prevzemi lahko negativno vplivajo na necenovne konkurenčne parametre, kot npr. na varstvo zasebnosti potrošnikov.²⁴

5.5 Praktični primeri vpliva varstva osebnih podatkov na kakovost storitve večstranske spletne platforme

Konkreten primer lastnosti storitve, ki vpliva na njeno kakovost in ki je povezana z varovanjem osebnih podatkov potrošnikov, je možnost »ne sledi« v spletnih brskalnikih. Vklon možnosti »ne sledi« v nastavitvah brskalnika pošlje spletnim stranem, analitskim podjetjem, oglaševalskim omrežjem in drugim storitvam, na katere uporabnik spleta naleti med brskanjem po njem z zadevnim brskalnikom signal, naj nehalo slediti njegovim spletnim aktivnostim.²⁵ Nekateri spletni

¹⁸ COMP/M.4854, TomTom/TeleAtlas, tč. 274–276.

¹⁹ C. Breuvert, É. Chassing, A.-S. Perraut, Big Data and Competition Law in the Digital Sector: Lessons from the European Commission's Merger Control Practice and Recent National Initiatives, 2016, str. 53.

²⁰ Prav tam, str. 25.

²¹ E. Gönenç Gürkaynak idr., 2018, Data-Related Abuses, Competition Law, Standing Up for Convergence and Relevance in Antitrust, str. 309.

²² M. Ohlhausen, A. Okuliar, Competition, Consumer Protection, and the Right (Approach) to Privacy, 2015, str. 6.

²³ Zadeva FTC št. 071-0170 Google/DoubleClick.

²⁴ Statement of Federal Trade Commission Concerning Google/DoubleClick št. 071-0170, URL: https://www.ftc.gov/system/files/documents/public_statements/418081/071220googledc-commstmt.pdf (14. 8. 2021), str. 2.

²⁵ Future of Privacy Forum: All About Do Not Track, URL: <https://allaboutdnt.com/> (2. 8. 2021).

brskalniki, npr. Internet Explorer 10 imajo vklopljeno možnost »ne sledi« že prednastavljeno, medtem ko jo je pri nekaterih drugih, npr. v brskalniku Google Chrome, potrebno ročno vklopiti v sorazmerno zahtevnem postopku (vsaj avtor besedila se je moral za vklop zateči k video navodilom dostopnim na You Tube-u). Glede na to, da se uporabniki spleta vse bolj zavedajo možnosti brskalnikov za zbiranje in prenašanje podatkov o njihovi spletni aktivnosti,²⁶ je mogoče trditi, da predstavlja prednastavitev možnosti »ne sledi« oz. vsak enostaven in jasno sporočen način ročnega vklopa, pomemben element kakovosti storitve, ki lahko vpliva na odločitev potrošnika o tem, kateri spletni brskalnik bo uporabljal. Rastoč pomen varstva osebnih podatkov na odločitev potrošnikov o tem, storitev katere večstranske spletne platforme bodo uporabljali, izhaja tudi iz pojava spletnih brskalnikov, ki so ciljno namenjeni varstvu osebnih podatkov njihovih uporabnikov, kot je npr. DuckDuckGo,²⁷ in aplikacij kot Ghostery, Disconnect, Privacy Badger, DoNotTrackMe ipd., ki so namenjene zaščiti osebnih podatkov med spletnim iskanjem. Kot navaja *Graef*,²⁸ pa na rastoči pomen varstva osebnih podatkov kaže tudi dejstvo, da so tisoči uporabniki WhatsApp-a po tem, ko je bil najavljen njegov prevzem s strani Facebook-a, migrirali k drugim aplikacijam za pošiljanje sporočil, npr. k Telegram-u, Vkontaktom ipd. Nekateri avtorji²⁹ ugotavljajo, da se podjetja vse bolj zavedajo, da med sabo na digitalnih trgih tekmujejo tudi glede ravni zagotavljanja varstva osebnih podatkov, kar potrjuje praksa nekaterih najpopularnejših aplikacij za pošiljanje sporočil, ki vedno bolj promovirajo dejstvo, da nudijo storitve, ne da bi shranjevali poslana sporočila.³⁰

6 Določanje pomena varstva osebnih podatkov

Ugotovili smo torej, da se varstvo osebnih podatkov kot element necenovnega konkurenčnega parametra kakovosti polagoma vzpostavlja kot vse pomembnejši faktor pri konkurenčnopравниh presojah, predvsem v povezavi z večstranskimi spletnimi platformami. Pojasniti pa je potrebno tudi težave z njegovo operacionalizacijo.

²⁶ J. Koponen, A. Mangiaracina, No Free Lunch: Personal Data and Privacy in EU Competition Law, 2013, 190.

²⁷ D. Lypalo, Can Competition Protect Privacy? An Analysis Based on the German Facebook Case, 2021, str. 173.

²⁸ I. Graef, 2016, Data as Essential Facility Competition and Innovation on Online Platforms, str. 300.

²⁹ D. Srinivasan, The Antitrust Case Against Facebook: a Monopolist's Journey Towards Pervasive Surveillance in Spite of Consumer's Preference for Privacy, 2019, str. 60.

³⁰ D. Lypalo, Can Competition Protect Privacy? An Analysis Based on the German Facebook Case, 2021, str. 173.

Najprej je že v zvezi z merjenjem kakovosti potrebno ugotoviti, da zanj ne obstajajo v celoti ustrezna orodja in analitične sheme.³¹ V teoriji³² se sicer omenja t. i. SSNDQ (small but significant and not transitory decrease in quality) test. Da pa bi bil praktično uporabljiv, bi morale komponente kakovosti biti merljive, objektivne, transparentne in splošno sprejete.³³ Z drugimi besedami in pretirano posplošeno, vedeti bi se moralo, kaj je kakovostno, kaj ni in kaj je vmes. Zamisliti si je mogoče, da bi takšen test lahko deloval pri izmeri kakovosti bolnišnic, kjer je kvantitativna metrika za izmero različnih aspektov kakovosti bolnišnic, kot sta smrtnost in pooperativne komplikacije, dobro razvita disciplina, na marsikaterem drugem trgu pa je takšna določitev kakovosti lahko izjemno težavna.

Še bolj težavna bo kvantifikacija pomena ravni varstva osebnih podatkov. Potrošniki imajo namreč glede željene ravni zaščite osebnih podatkov heterogene preference, kar pogosto izhaja tudi iz dejstva, da podjetja cenovno ugodnost ali celo brezplačnost storitev večstranskih spletnih platform kompenzirajo z omejeno ravno varstva osebnih podatkov.³⁴ Nekaterim potrošnikom je tako pomembna predvsem personaliziranost storitve, manj pa, kako podjetje, ki to storitev nudi, preko nje posega v njihove osebne podatke, medtem ko je pri drugih ravno obratno. V zvezi z zaznavanjem pomembnosti varstva osebnih podatkov je potrebno omeniti tudi t. i. zasebnostni paradoks (privacy paradox), o katerem govorimo, ko uporabniki brezplačnih storitev večstranskih spletnih platform sicer zatrjujejo, da jim je mar za zaščito osebnih podatkov, hkrati pa potrebne korake, da bi jih zavarovali, podvzame le njih manjši delež.³⁵ Po raziskavah Komisije EU³⁶ pogoje uporabe spletnih storitev prebere le 18 odstotkov uporabnikov, 30 odstotkov uporabnikov pa jim ne nameni nobene pozornosti. Problem heterogenih preferenc potrošnikov bi se dalo rešiti z določitvijo povprečnega uporabnika storitve neke večstranske spletne platforme v vsakem posamičnem primeru, pri čemur pa se postavlja vprašanje, po kakšnih kriterijih določiti povprečnega uporabnika. Pomembno je tudi opažanje nekaterih avtorjev, da podjetja, ki delujejo kot večstranske spletne platforme, med sabo ne tekmujejo le z višanjem ravni varstva osebnih podatkov, ampak tudi z njenim

³¹ M. Wasastjerna, 2020, Competition, Data and Privacy in the Digital Economy: Towards a Privacy Dimension in Competition Policy?, str. 128.

³² OECD, The Role and Measurement of Quality in Competition Analysis, URL: <https://www.oecd.org/competition/Quality-in-competition-analysis-2013.pdf> (15. 8. 2021).

³³ Prav tam.

³⁴ I. Graef, 2016, Data as Essential Facility Competition and Innovation on Online Platforms, str. 303.

³⁵ The Privacy Paradox, URL: <https://theconversation.com/the-privacy-paradox-we-claim-we-care-about-our-data-so-why-dont-our-actions-match-143354> (4. 8. 2021).

³⁶ D. Lypalo, Can Competition Protect Privacy? An Analysis Based on the German Facebook Case, 2021, str. 171.

nižanjem. Njihove argumente bi se dalo povzeti takole: nižja, kot bo raven varstva osebnih podatkov, več osebnih podatkov bo neko podjetje lahko pridobilo in posledično bo na podlagi teh podatkov zaradi poznavanja intimnih preferenc potrošnika, le-temu ponudilo boljše storitev, zaradi česar bo ta storitev postala še bolj priljubljena. Iz navedenega torej izhaja, da ni nujno, da bo znižanje ravni varstva osebnih podatkov vedno pomenilo tudi znižanje kakovosti storitve na brezplačnem delu večstranske spletne platforme, saj bo v očeh nekaterih potrošnikov (zaradi večje personalizacije, ki jo omogoča večje pridobivanje osebnih podatkov zaradi zmanjšanja ravni varstva osebnih podatkov) ta storitev postala še bolj kakovostna. To se bo zgodilo pri potrošnikih, v očeh katerih večja personalizacija storitve odtehta večjo stopnjo posega v njihove osebne podatke.

7 Zaključek

Ureditev varstva osebnih podatkov v EU je edinstvena v tem, da je varstvo osebnih podatkov po eni strani temeljna človekova pravica, po drugi strani pa je usmerjeno v zagotovitev prostega pretoka osebnih podatkov in s tem v ekonomsko sfero. Varstvo osebnih podatkov je postalo ena osrednjih vrednot (prava) EU. Z razvojem svetovnega spleta je varstvo osebnih podatkov postalo relevantno tudi v konkurenčnopравnih presoajah, čeprav zaenkrat v relativno omejenem obsegu v okviru necenovnih konkurenčnih parametrov in predvsem v povezavi z večstranskimi spletnimi platformami. Hiter tehnološki razvoj in dosedanja praksa Komisije EU pa dajeta slutiti, da bo njegov vpliv na kakovost digitalnih storitev (in posledično relevantnost v konkurenčnopравnih presoajah) v prihodnosti vse večji.

Poleg cene na potrošnikovo odločitev o tem, katero od vseh razpoložljivih storitev bo uporabljal, vplivajo tudi necenovni konkurenčni parametri, med katerimi je posebno pomembna kakovost. Pri večstranskih spletnih platformah, ki storitve načeloma na enem trgu nudijo brez finančne odmene, bo ta odločitev (na tem trgu) odvisna zgolj od necenovnih konkurenčnih parametrov. Vse večja zavest potrošnikov o možnostih za zbiranje njihovih osebnih podatkov s strani večstranskih spletnih platform je pripeljala do tega, da se o tem, katero storitev bodo uporabljali, odločajo tudi na podlagi ravni varstva osebnih podatkov, ki jo storitev zagotavlja. To se je med drugim izkazalo z vzpostavitvijo nekaterih spletnih brskalnikov in drugih aplikacij, ki so zasnovani z izrecnim ciljem zagotoviti visoko raven varstva osebnih podatkov, pa tudi z begom uporabnikov aplikacije *WhatsApp* k drugim aplikacijam za pošiljanje sporočil po tem, ko je bil napovedan njen prevzem

s strani podjetja *Facebook*, ki ima med uporabniki izjemno slab sloves glede varstva osebnih podatkov.³⁷

Komisija EU je v zadevah *Facebook/Whats.App*, *Microsoft/LinkeIn*, *Microsoft/Skype* in *Microsoft/Yahoo! Search Business* izrecno navedla, da je raven varstva zasebnosti (torej osebnih podatkov op. a.) pomemben necenovni konkurenčni parameter, ki je vplival na njeno odločitev. Po mnenju avtorja se to stališče ne oddaljuje od tradicionalnega novejšega pogleda Komisije EU, po kateri je namen konkurenčnega prava zasledovanje ekonomske učinkovitost.

Ekonomska učinkovitost se namreč kaže v nižjih cenah, večji inovativnosti in večji kakovosti proizvodov ali storitev. Višja raven varstva osebnih podatkov pa gotovo vpliva na kakovost storitve večstranske spletne platforme. Za večino uporabnikov njene brezplačne strani se bo le-ta povečala (tj. za tiste, ki so bolj zavedni glede varstva osebnih podatkov), za nekatere pa se bo lahko v določenih primerih celo zmanjšala. To se bo zgodilo v primeru, ko je potrošniku pomembna predvsem personalizirana storitev, ni pa mu tako pomembna zaščita osebnih podatkov, vse to seveda pod predpostavko, da storitev zaradi bolj intenzivnega zbiranja osebnih podatkov nudi bolj personalizirano izkušnjo.

V praksi se lahko pojavijo težave pri določanju kakovosti tam, kjer ni splošno uveljavljenih objektivnih kriterijev,³⁸ kaj točno kakovost je, do česar pride predvsem zaradi heterogenih preferenc potrošnikov. Iz istega razloga je težavno določiti tudi pomen varstva osebnih podatkov. Obstoj t. i. zasebnostnega paradoksa to določitev le še dodatno otežuje.

Glede na trenutno prakso Komisije EU in stališča teorije ni prav nobenega zadržka, da bi se pravico do varstva osebnih podatkov tudi v prihodnosti upoštevalo v konkurenčnopравниh presojah v okviru necenovnih konkurenčnih parametrov. Komisija EU varstvo osebnih podatkov upošteva kot samostojen necenovni konkurenčni parameter, čeprav bi bilo ustrežnejše, da bi ga upoštevala kot enega od elementov, ki vplivajo na kakovost storitve. Kakovost storitve večstranske spletne platforme je namreč v bistvenem odvisna od ravni varstva osebnih podatkov, ki jo zagotavlja.

³⁷ Tako raziskave povzema T. Asta, *Guardians of the Galaxy of Personal Data: Assessing the Threat of Big Data and Examining Potential Corporate and Governmental Solutions*, 2017, str. 307.

³⁸ Objektivni kriterij je npr. stopnja smrtnosti in zapletov, ki se v ZDA uporablja za merjenje kakovosti bolnišnic.

Poudariti pa gre, da glede na jasno izraženo stališče Sodišča EU o odnosu med varstvom osebnih podatkov in konkurenčnim pravom zaenkrat ni verjetno, da bi Komisija EU varstvo osebnih podatkov v konkurenčnopравниh presojah upoštevala na drug način kot v okviru necenovnih konkurenčnih parametrov, čeprav to občasno počne pri drugih politikah EU (recimo kulturni).

Literatura

- Akerlof, George, The "Markets" for Lemons: Quality Uncertainty and the Market Mechanism, *The Quarterly Journal of Economics*, let. 84 (1970), št. 3, str. 488-500.
- Asta, Timothy, Guardians of the galaxy of personal data: Assessing the threat of big data and examining potential corporate and governmental solutions, *Florida State University Law Review*, let. 45, (2017) št. 1, str. 261-312.
- Argenton, Cédric, Prüfer, Jens, Search Engine Competition with Network Externalities, *Journal of Competition Law and Economics*, let. 8, (2012), št. 1, str. 73-105.
- Bougettaya, Farid, La protection des données personnelles en droit communautaire, Université de Montpellier I, Montpellier, 2006.
- Breuvart, Charlotte, Chassaing, Étienne, Perraut, Anne-Sophie, Big data and competition law in the digital sector: Lessons from the European Commission's merger control practice and recent national initiatives, *Concurrences – revue des droits de la concurrence*, (2016), št. 3.
- Brkan, Maja; The Unstoppable Expansion of the EU Fundamental Right to Data Protection, *Maastricht journal of European and comparative law*, let 23 (2016), št. 5, str. 812-841.
- De Buffalo Irakiza, Divin, The Charter of Fundamental Rights, the Aims of EU Competition Law and Data Protection: Time to Level the Playing Field, *Singapore Journal of Legal Studies*, (2021), št. 1, str. 39-55.
- de Moncuit, Aymeric, Connecting competition law standards to the Internet of things, *Concurrences – revue des droits de la concurrence*, (2018), št. 4.
- Deutscher, Elias Raphael Caspar, The Interplay between EU Competition Law and Data Protection, College of Europe, Bruges, 2014.
- Docksey, Cristopher, Hijmans, Hielke, The court of Justice as a Key Player in Privacy and Data Protection, *European Data Protection Law Review*, let. 5 (2019), št. 3, str. 300-316.
- Esayas, Samson, Privacy as a Non-Price Competition Parameter: Theories of Harm in Mergers, University of Oslo Faculty of Law Research Paper No. 2018-26, URL: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3232701 (13. 8. 2021).
- Ezrachi, Ariel, Stucke, Maurice, The Curious Case of Competition and Quality, *Journal of Antitrust Enforcement*, let. 3 (2015), št. 2, str. 227-257.
- Ezrachi, Ariel, Discussion Paper – The Goals of EU Competition Law and the Digital Economy, URL: https://www.beuc.eu/publications/beuc-x-2018_071_goals_of_eu_competition_law_and_digital_economy.pdf (15. 8. 2021).
- Evropska Komisija, A public consultation on platforms, online intermediaries, data, cloud computing and the collaborative economy, 2020, URL: http://ec.europa.eu/newsroom/dae/document.cfm?doc_id=10932 accessed (31. 7. 2021).
- Future of Privacy Forum: All About Do Not Track, URL: <https://allaboutdnt.com/> (2. 8. 2021).
- Gönenç, Gürkaynak Esq, Ali Kağan, Uçar, Zeynep, Buharali, Data-Related Abuses, *Competition Law, Standing Up for Convergence and Relevance in Antitrust - Liber Amicorum* -št. 1, Institute of Competition Law, New York, 2018, str. 293-310.
- González Fuster, Gloria, The Emergence of Personal Data Protection as a Fundamental Right of the EU, New York, Springer, 2014.

- Graef, Inge, *Data as Essential Facility Competition and Innovation on Online Platforms*, KU Leuven, Leuven, 2016.
- Grunes, Allen, Stucke, Maurice, *No Mistake about it: The Important Role of Antitrust in the Era of Big Data*, University of Tennessee Legal Studies Research Paper, št. 269 (2015).
- Koponen, Jonas, Mangiaracina, Annamaria, *No free lunch: Personal Data and Privacy in EU Competition Law*, *Competition Law International*, let. 2 (2013), št. 9, str. 183-196.
- Krotoszynski, Ronald, *Privacy Revisited: A Global Perspective on the Right to be Left Alone*, Oxford University Press, Oxford, 2016.
- Laitenberger, Johannes, *EU competition law in innovation and digital markets: fairness and the consumer welfare perspective*, MLex / Hogan Lovells event, Bruselj, 10. oktober 2017, URL: https://ec.europa.eu/competition/speeches/text/sp2017_15_en.pdf (23. 7. 2021).
- Lypalo, Dzuliia, *Can Competition Protect Privacy? An Analysis Based on the German Facebook Case*, *World Competition*, let. 44 (2021), št. 2, str. 169–198.
- Maria, Wasastjerna, *Competition, Data and Privacy in the Digital Economy: Towards a Privacy Dimension in Competition Policy?*, Kluwer Law International, Alpen aan den Rijn, 2020.
- OECD, *The Role and Measurement of Quality in Competition Analysis*, URL: <https://www.oecd.org/competition/Quality-in-competition-analysis-2013.pdf> (15. 8. 2021).
- Ohlhausen, Maureen, Okuliar, Alexander, *Competition, Consumer Protection, and the Right (Approach) to Privacy*, *Antitrust Law Journal*, let. 80 (2015), št. 1, str. 121-156.
- Rottenbiller, Silvia, *Essential Facilities als ordnungspolitisches Problem*, Peter Lang Verlag, Frankfurt am Main, 2002.
- Schawe, Nadine, *It's all about data: Time for a data access regime for the sharing economy?*, *Information polity*, let. 25 (2020), št. 2, str. 177-196.
- Smernice o presoji horizontalnih združitvev na podlagi uredbe Sveta o nadzoru koncentracij podjetij, št. 2004/C 31/03, UR L 31, 5. 2. 2004.
- Smernice o presoji nehorizontalnih združitvev na podlagi uredbe Sveta o nadzoru koncentracij podjetij, št. 2008/C 265/07, UR L 265, 18. 10. 2008.
- Sodišče Evropske Unije, *Fact Sheet – Protection of Personal Data*, URL: https://curia.europa.eu/jcms/jcms/p1_2170122/en/ (23. 7. 2021).
- Sporočilo Komisije št. 2009/C 45/02 – Navodila glede prednostnih nalog izvrševanja Komisije pri uporabi člena 82 Pogodbe ES za izključevalna ravnanja, s katerimi prevladujoča podjetja zlorablajo svoj položaj, UR L 45, 24.2.2009.
- Srinivasan, Dina, *The Antitrust Case Against Facebook: a Monopolist's Journey Towards Pervasive Surveillance in Spite of Consumer's Preference for Privacy*, *Berkeley Business Law Journal*, let. 16 (2019), št. 1, str. 39-101.
- Statement of Federal Trade Commission Concerning Google/DoubleClick št. 071-0170, URL: https://www.ftc.gov/system/files/documents/public_statements/418081/071220googledec-commstmt.pdf (14. 8. 2021).
- Svet Evrope, *Guide to the Case-Law of the European Court of Human Rights (Data Protection)*, URL: <https://www.coe.int/en/web/data-protection/echr-case-law> (23. 8. 2021).
- The Privacy Paradox, URL: <https://theconversation.com/the-privacy-paradox-we-claim-we-care-about-our-data-so-why-dont-our-actions-match-143354> (4. 8. 2021).

SUMMARY

The right to the protection of personal information first appeared as the informational dimension of the right to respect for private and family life in the case law of the European Court of Human Rights. Through the Court's case law, it gradually gained its independence and was included in European Union law, where it is nowadays enshrined in art. 16 of the Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU) and art. 8 of the Charter of Fundamental Rights of the European Union and recognized as a fundamental right.

The specificity of the right to the protection of personal information is its double-faced character. On the one hand it is a fully formed fundamental right whereas on the other hand it pursues economic goals. According to the case law of the Court of Justice of the European Union and of the European Commission, questions relating to the protection of personal information are not, as such, relevant for competition law. However, this does not present an obstacle to the inclusion of the right to the protection of personal information in competition law assessments as an element of the non-price competition parameter of quality. The level of protection of personal information can have an important impact on the quality of a given product or service. Although the importance of the product's or service's price is greatly emphasised in competition law assessments, quality still plays an important role. This is evident from a number of Commission documents, namely the Guidelines on the applicability of Article 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union to horizontal co-operation agreements, the Guidance on the Commission's enforcement priorities in applying Article 82 of the EC Treaty to abusive exclusionary conduct by dominant undertakings, the Guidelines on the assessment of horizontal mergers and the Guidelines on the assessment of non-horizontal mergers. Quality is especially important in competition law assessments concerning multi-sided internet platforms that offer their service on one side (market) free of monetary charge, as in such cases price is not relevant for the decision of customers. Therefore, it is not surprising that the protection of personal information is especially relevant in competition law assessments that deal with such platforms as well as with messaging applications. Several competition protection authorities of EU Member States affirmed the importance of the protection of personal information for competition law assessments in their decisions and documents, as did the European Commission in the Facebook/WhatsApp, Microsoft/LinkedIn, Google/DoubleClick and TomTom/TeleAtlas cases. The assessment of the importance of the level of protection of personal information can prove extremely onerous in competition law assessments, as it is difficult, if not impossible, to measure it. Consumers have heterogeneous preferences regarding the desired level of the protection of personal information which is especially visible in connection to multi-sided internet platforms, as a lower level of protection of personal information is often directly linked with a higher level of personalization. A lower level of protection of personal information is therefore compensated with a more personalized service. Based on the current case law of the Court of Justice of the European Union and of the European Commission there is no obstacle to include the protection of personal information in competition law assessments within the non-price competition parameters. At the same time, however, the same case law does not allow for the protection of personal information to be considered in competition law assessments in any other form (e.g. as a fundamental right).

MEDDRŽAVNE TOŽBE KOT SREDSTVO UVELJAVLJANJA *ERGA OMNES PARTES* OBVEZNOSTI IZ EKČP

JURE JAKŠIČ^{1,2}

¹ Vrhovno sodišče Republike Slovenije, Ljubljana, Slovenija
jurejaksic@gmail.com

² Univerza v Mariboru, Pravna fakulteta, Maribor, Slovenija
jurejaksic@gmail.com

Prispevek obravnava erga omnes partes vidik obveznosti iz EKČP v luči meddržavnih tožb po 33. členu kot enega izmed načinov uveljavljanja teh obveznosti. Gre za obveznosti do vseh članic posamezne mednarodne organizacije ali do vseh pogodbenic posamezne mednarodne pogodbe. Kršitev teh obveznosti lahko uveljavljajo vse članice mednarodne organizacije ali vse pogodbenice mednarodne pogodbe, med drugim tudi tiste, ki s kršitvijo niso neposredno prizadete. Meddržavne tožbe po 33. členu EKČP predstavljajo mehanizem, ki pogodbenicam omogoča tožbo proti drugim pogodbenicam, ki kršijo konvencijske pravice. Primarni namen teh postopkov ni reševanje nasprotja nacionalnih interesov držav članic, temveč zagotovitev spoštovanja pravnega reda. Država je namreč aktivno legitimirana za vložitev tožbe ne glede na obstoj predhodnega spora z državo toženko in ne glede na kršitev njenega neposrednega interesa s strani države toženke. V prispevku je med drugim predlagana sprememba obstoječe ureditve, ki bo zasledovala učinkovitost obravnavanega postopka.

DOI
[https://doi.org/
10.18690/um.pf.1.2024.21](https://doi.org/10.18690/um.pf.1.2024.21)

ISBN
978-961-286-817-8

Ključne besede:
meddržavne tožbe,
erga omnes obveznosti,
erga omnes partes obveznosti,
actio popularis,
diplomatska zaščita



Univerzitetna založba
Univerze v Mariboru

DOI
[https://doi.org/
10.18690/um.pf.1.2024.21](https://doi.org/10.18690/um.pf.1.2024.21)

ISBN
978-961-286-817-8

Keywords:

Interstate actions,
Erga omnes obligations,
Erga omnes partes obligations,
Actio popularis,
Diplomatic protection

INTER-STATES ACTIONS AS AN INSTRUMENT FOR ENFORCEMENT OF *ERGA OMNES PARTES* OBLIGATIONS UNDER THE ECHR

JURE JAKŠIČ^{1,2}

¹ Supreme Court of the Republic of Slovenia, Ljubljana, Slovenia
jurejaksic@gmail.com

² University of Maribor, Faculty of Law, Maribor, Slovenia
jurejaksic@gmail.com

The paper deals with the *erga omnes partes* aspect of obligations under the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (ECHR) in light of interstate actions under Article 33 of the ECHR as one of the ways to enforce these obligations. *Erga omnes partes* obligations are obligations to all members of an international organization or to all parties of an international treaty. Violation of these obligations may be asserted by all members of international organization or by all parties to international treaty, including those who are not directly affected by the violation. Interstate actions before the ECtHR are a mechanism that allows parties to take action against other parties in violation of Convention rights. The primary purpose of these procedures is not to resolve conflicts of national interest of member states, but to ensure compliance with the *acquis*. The state is actively entitled to bring an action notwithstanding the existence of a prior dispute with the respondent state and notwithstanding the violation of its direct national interest by the respondent state. The article also proposes an amendment to the existing regulation which will pursue the effectiveness of the procedure.



1 Uvod

Število meddržavnih tožb pred Evropskim sodiščem za človekove pravice (ESČP) je v zadnjih letih v porastu. Od leta 1956 do 2007 je bilo vloženi zgolj 14 tožb, medtem ko jih je bilo v zadnjih 13 letih vloženi 24.¹ V zadnjem desetletju vložene tožbe pretežno izvirajo iz rusko-ukrajinskega, rusko-gruzijskega in armenijsko-azerbajdžanskega spora. Izjema je tožba *Slovenije proti Hrvaški*² iz leta 2016 ter dve tožbi, ki sta bili vloženi v letu 2020.³ Rusko-ukrajinski in rusko-gruzijski spor v veliki meri zadevata tudi vprašanje suverenosti nad določenim ozemljem, kar je potrebno ostro razmejiti od vprašanja kršitve Evropske konvencije o človekovih pravicah⁴ (EKČP). Postopki pred ESČP namreč služijo posameznikom in ne državam.⁵ Problematika meddržavnih zadev je v zadnjem času aktualna tudi zaradi pridružitve EU k EKČP.⁶

Meddržavne tožbe so v mednarodnem pravu človekovih pravic, tako na univerzalni, kakor na regionalni ravni, pogosto spregledane, saj se države teh mehanizmov poslužujejo poredkoma⁷. V sami zasnovi EKČP so bile meddržavne tožbe edini mehanizem za uveljavitev konvencijskih pravic pred ESČP. Koncept individualnih pritožb se je pojavil nekoliko pozneje, a te sedaj močno prevladujejo.⁸ Do sedaj je bilo vloženi zgolj 39 meddržavnih tožb,⁹ medtem ko je vsako leto vloženi več tisoč individualnih pritožb (skupno število vseh presega 750.000).¹⁰

¹ Samo v letu 2020 jih je bilo vloženi šest.

² Zadeva Slovenija proti Hrvaški, pritožba št. 54155/16, 18. 11. 2020.

³ Gre za zadevi Lihtenštajn proti Češki republiki, pritožba št. 25738/20, 19. 8. 2020 (zaradi razlastitve lihtenštajnskih državljanov po drugi svetovni vojni) ter Latvija proti Danski, št. 9717/20, 16. 6. 2020 (zaradi izročitve latvijskega državljanu Južnoafriški republiki s strani Danske). Zadevo Ukrajina in Nizozemska proti Rusiji, št. 28525/20, 25. 1. 2023, je treba šteti kot spor, ki posredno zadeva rusko-ukrajinski spor, saj gre za vprašanje sestrelitve letala MH17 leta 2014, ki se je na poti iz Nizozemske do Indonezije znašel v ukrajinskem zračnem prostoru.

⁴ Republika Slovenija je EKČP ratificirala z Zakonom o ratifikaciji Konvencije o varstvu človekovih pravic in temeljnih svoboščin, spremenjene s protokoli št. 3, 5 in 8 ter dopolnjene s protokolom št. 2, ter njenih protokolov št. 1, 4, 6, 7, 9, 10 in 11 (Uradni list RS, št. 33/94).

⁵ Kot je ESČP navedlo v sodbi Ciper proti Turčiji (pravično zadoščenje), št. 25781/94, 12. 5. 2014, tč. 46 »če je v meddržavi zagotovljeno pravično zadoščenje, bi to moralo biti vedno v korist posameznika, ki je neposredna žrtev.«

⁶ Več o problematiki pristopa EU k EKČP gl. P. Craig, EU Accession to the ECHR: Competence, Procedure and Substance, 2013; P. Eeckhout, Opinion 2/13 on EU Accession to the ECHR and Judicial Dialogue: Autonomy or Autarky, 2015; J. Morijn, After Opinion 2/13: How to Move on in Strasbourg and Brussels, 2015.

⁷ S. Leckie, The Inter-State Complaint Procedure in International Human Rights Law: Hopeful Prospects of Wishful Thinking?, 1988, str. 249.

⁸ Pred sodiščem je na letni ravni v povprečju predloženih 50.000 zadev. Gl. European Court of Human Rights, 2014.

⁹ Pri tem je treba poudariti, da so se do sedaj zgolj štiri zadeve končale z (meritornimi) sodbami, in sicer Republika Irska proti Združenemu Kraljevstvu (I), št. 5310/71, 16. 12. 1971; Ciper proti Turčiji (IV), št. 25781/94, 10. 5. 2001; Gruzija proti Rusiji (I), št. 13255/07, 3. 7. 2014 in Gruzija proti Rusiji (II), št. 38263/08, 21. 1. 2021. V zadevi Ciper proti Turčiji (IV) je bila leta 2014 izdana še sodba o pravičnem zadoščenju. Enako tudi med Gruzijo in Rusijo leta 2019.

¹⁰ G. Ulstein, I. Risini, Inter-State Applications Under the European Convention on Human Rights, 2020, str. 1.

Delež meddržavnih tožb je v razmerju do individualnih pritožb zanemarljiv,¹¹ a imajo kljub temu močan vpliv na splošni sistem človekovih pravic in predstavljajo mehanizem, ki je bistveno doprinesel k konvencijskem sistemu, kot ga poznamo danes. Praviloma tudi pomembno vplivajo na politične odnose med državami.¹² ESČP je poudarilo, da specifičnost meddržavnih zadev od sodišča terja visoko stopnjo učinkovitosti, saj gre za izjemno občutljiva področja.¹³ Tovrstni spori zaradi svoje meddržavne narave predstavljajo nemalo izzivov, predvsem takrat, kadar izvirajo iz oboroženih spopadov.¹⁴ Večina meddržavnih zadev zadeva znatno število posameznikov.¹⁵ Prav tako se veliko število individualnih zadev prekriva z meddržavnimi zadevami. Gre za primere, v katerih pritožniki zatrjujejo podobne kršitve s strani držav pogodbenic, kot jih zatrjuje tudi druga država pogodbenica zoper prvo v meddržavni zadevi.¹⁶

Prispevek obravnava *erga omnes partes* vidik obveznosti iz EKČP v luči meddržavnih tožb po 33. členu EKČP kot enega izmed načinov uveljavljanja teh obveznosti. *Erga omnes partes* obveznosti so obveznosti do vseh članic mednarodne organizacije ali vseh pogodbenic mednarodne pogodbe. Kršitev teh obveznosti lahko uveljavljajo vse članice mednarodne organizacije ali pogodbenice mednarodne pogodbe, tudi tiste, ki s kršitvijo niso neposredno prizadete. Meddržavne tožbe pred ESČP predstavljajo mehanizem, ki pogodbenicam omogoča tožbo proti drugim pogodbenicam, ki kršijo konvencijske pravice. Primarni namen teh postopkov ni reševanje nasprotja interesov držav članic, temveč zagotovitev spoštovanja pravnega reda. Država je namreč aktivno legitimirana za vložitev tožbe ne glede na obstoj predhodnega spora z državo toženko in ne glede na kršitev njenega neposrednega interesa s strani države toženke.

¹¹ Pri tem je zanimivo izpostaviti, da je v primerjavi z ostalimi regionalnimi tribunalni za varstvo človekovih pravic, ki obravnavajo tudi meddržavne zadeve (npr. Afriško sodišče za človekove pravice, Ameriško sodišče za človekove pravice), število meddržavnih zadev pred ESČP zelo visoko.

¹² G. Ulstein, I. Risini, *Inter-State Applications Under the European Convention on Human Rights*, 2020, str. 1.

¹³ Poročilo Plenuma EKČP z dne 18. junija 2018, CDDH (2019) 22, str. 2.

¹⁴ Npr. ukrajinsko-ruski, gruzijsko-ruski, ciprsko-turški spor.

¹⁵ Npr. Danska, Norveška, Švedska in Nizozemska proti Grčiji (I), št. 3321/67, 3323/67, 24. 1. 1968 in 3344/67, 31. 5. 1968; Danska, Norveška, Švedska in Nizozemska proti Grčiji (II), št. 4448/70, 17. 7. 1970; Irška proti Združenem Kraljestvu Velike Britanije in Severne Irske (I), št. 5310/71, 1. 10. 1972; Ukrajina proti Rusiji (I), št. 20958/14, 14. 1. 2021. Že ukrajinsko-ruski spor zadeva prebivalce celotne Vzhodne Ukrajine in Krima, kar pomeni približno dva milijona ljudi.

¹⁶ Npr. pred EKČP je več kot 4.000 individualnih zadev, ki so povezane z dogodki v Krimu ali Vzhodni Ukrajini in so vložene bodisi proti Rusiji bodisi proti Ukrajini (Gl. Sporočilo za javnost ESČP 263 (2016) z dne 28. julija 2016 in Sporočilo za javnost ECHR 432 (2018) z dne 17. 12. 2018).

V drugem poglavju je opredeljen postopek reševanja sporov pred Meddržavnim sodiščem, pri čemer je poudarek na pravilih o njegovi pristojnosti. Tretje poglavje podrobneje obravnava *erga omnes* in *erga omnes partes* obveznosti mednarodnega prava, medtem ko četrto poglavje obravnava *actio popularis* mednarodnega prava. V petem poglavju je opredeljen odnos med *erga omnes* obveznostmi in diplomatsko zaščito. Šesto poglavje se osredotoča na cilje Sveta Evrope. Sedmo poglavje opredeli obveznosti iz EKČP kot obveznosti *erga omnes partes*. Osmo poglavje predstavi pojavne oblike meddržavnih tožb pred ESČP, medtem ko deveto poglavje prikaže dostop do ESČP in predpostavke za vložitev meddržavne tožbe. V desetem poglavju je predstavljen mehanizem izvrševanja sodb ESČP. V zaključku je predlagana sprememba obstoječe ureditve, ki bo zasledovala učinkovitost obravnavanega postopka.

2 Reševanje sporov pred Meddržavnim sodiščem

V mednarodni skupnosti države sobivajo in si ob tem prizadevajo uresničevati lastne interese. Trk različnih interesov pogosto pripelje do pravnih sporov, ki so v mednarodnem pravu pojmovani kot nestrinjanje o pravnih ali dejanskih vprašanjih oz. kot konflikt pravnih pogledov ali interesov med državami.^{17, 18} Ustanovna listina Organizacije združenih narodov (UL OZN¹⁹) v tretjem odstavku 2. člena določa obveznost reševanja sporov z mirnimi sredstvi.

Eden izmed načinov mirnega reševanja pravnih sporov je postopek pred Meddržavnim sodiščem,²⁰ ki je sodni organ Organizacije združenih narodov (OZN).²¹ Meddržavno sodišče je odprto za reševanje sporov med državami, ki sprejmejo njegovo pristojnost. Poleg članic OZN so to lahko tudi druge države.²²

¹⁷ Sodba Meddržavnega sodišča v zadevi Mavrommatis Palestine Concessions, Grčija proti Veliki Britaniji, 1925, serie A2, str. 11 in 12. Več o tej zadevi v M. Waibel, Mavrommatis Palestine Concessions (Greece V Great Britain) (1924 – 27), 2017, str. 33–59.

¹⁸ Andrássy opozarja, da čistih pravnih sporov pravzaprav ni. Tudi najmanjši spor med državama je politični spor, prav tako tudi vsak politični spor vsebuje kakšno pravno vprašanje (J. Andrássy, 1948, Mednarodno pravosuđe, str. 84).

¹⁹ Sklep o objavi besedila Ustanovne listine Organizacije združenih narodov in njenih sprememb (Uradni list RS, št. 2/2014).

²⁰ Iz drugega odstavka 32. člena Statuta Meddržavnega sodišča izhaja, da Meddržavno sodišče sodi v pravnih sporih.

²¹ Sodniki Meddržavnega sodišča so pravni strokovnjaki, ki sodijo v osebnem svojstvu. Določba 38. člena Statuta Meddržavnega sodišča določa, da Meddržavno sodišče pri odločanju uporablja mednarodne pogodbe, mednarodne običaje ter splošna pravna načela, ki jih priznavajo civilizirani narodi. Kot pomožna pravna vira služita sodna praksa in pravna doktrina najbolj uglednih strokovnjakov. Če se stranke strinjajo, lahko Meddržavno sodišče odloča po načelu *ex aequo et bono*.

²² Drugi odstavek 35. člena Statuta Meddržavnega sodišča.

Pomembna značilnost reševanja sporov pred Meddržavnim sodiščem je odsotnost obvezne pristojnosti. Članstvo v OZN in pristop k Statutu Meddržavnega sodišča²³ (Statut) *per se* ne vzpostavi pristojnosti Meddržavnega sodišča. Bistvena predpostavka za pristojnost je soglasje strank, ki se udejanja v treh oblikah:

- *Ad hoc* pristojnost (prvi odstavek 36. člena Statuta) – če je spor med državama že nastal, se državi lahko sporazumeta, da bo o sporu odločalo Meddržavno sodišče. V sporazumu morajo biti natančno opredeljene stranke in predmet spora. Meddržavno sodišče ima pristojnost odločati zgolj o vprašanih, ki jih zajema sporazum.
- Pogodbena vzpostavitev pristojnosti (prvi odstavek 36. člena Statuta) – kadar gre za spor s področja mednarodne pogodbe, ki izrecno določa, da se bodo spori v zvezi z njo reševali pred Meddržavnem sodiščem in sta obe državi podpisnici te pogodbe. Tožnica mora pogodbo, ki vsebuje takšno določilo ob vložitvi tožbe predložiti Meddržavnemu sodišču.²⁴
- *Ipsa facto* pristojnost na podlagi enostranske izjave (drugi odstavek 36. člena Statuta) – kadar se država z enostransko izjavo, ki jo deponira pri generalnem sekretarju OZN, vnaprej podredi pristojnosti Meddržavnega sodišča, pod pogojem, da je druga država poprej podala enako izjavo. Do sedaj je takšno izjavo podalo 74 držav.²⁵

Meddržavno sodišče pretežno obravnava spore glede ozemlja, neizpolnjevanja dogovorov med državami, uporabe sile, samoobrambe države, zakonitosti uporabe jedrskega orožja ipd. Gre predvsem za spore zaradi posegov v neposredne (nacionalne) interese države tožnice.

²³ Sklep o objavi besedila Ustanovne listine Organizacije združenih narodov in njenih sprememb, Uradni list RS, št. 2/2014.

²⁴ Takšno določilo vsebuje okoli 300 mednarodnih pogodb.

²⁵ Med njimi ni Slovenije. Države poleg tega, da izjavijo, da se podreajo pristojnosti Meddržavnega sodišča, lahko določijo tudi pridržke (rezervacije) pristojnosti. Npr. da je pristojnost podana zgolj za spore, ki so nastopili po določenem časovnem trenutku, da pristojnost ni podana za določene vrste sporov (npr. spore glede jedrskega orožja), da ni podana v času vojne ali izrednih razmer ipd. Prav tako države pogosto dodajo klavzulo, da lahko kadarkoli podajo izjavo, da odstopijo od *ipsa facto* pristojnosti.

3 *Erga omnes in erga omnes partes obveznosti mednarodnega prava*

Vse do 19. stoletja je mednarodno pravo temeljilo na vestfalski suverenosti.²⁶ Pravno priznani interes za uveljavljanje odgovornosti drugih držav so imele le države, ki so bile predhodno prizadete s kršitvijo. Mednarodno pravo je tako bilo namenjeno le zasledovanju individualnih interesov držav.²⁷ Zanj je bila značilna bilateraliziranost – recipročnost obveznosti in pravic med posameznimi državami.²⁸ Šele v drugi polovici 19. stoletja se je poudarilo zavedanje, da nekatere kršitve mednarodnega prava prizadenejo vse države, zato imajo tudi vse države upravičenje, da se na takšne kršitve odzovejo.²⁹

Obstoj pravnega spora med strankami³⁰ in pravni interes tožnice³¹ sta eni izmed temeljnih predpostavk za obravnavo pred Meddržavnim sodiščem. Pravni interes tožnice je praviloma podan takrat, ko druga država neposredno poseže v njene (nacionalne) interese. Mednarodno pravo je tako praviloma birateralizirano,³² a kljub temu obstajajo obveznosti do celotne mednarodne skupnosti. Kršitev teh obveznosti lahko uveljavljajo vse članice mednarodne skupnosti, tudi tiste, ki s kršitvijo niso neposredno prizadete. Gre za *erga omnes* mednarodne obveznosti.³³

²⁶ G. Abi-Saab, Whittier the International Community?, 1998, str. 248–250.

²⁷ W. Friedmann, 1964, The Changing Structure of International Law, 1964, str. 60.

²⁸ C. J. Tams, 2005, Enforcing Obligations Erga Omnes in International Law, str. 48.

²⁹ M. Tekavčič Veber, Obveznosti erga omnes (partes) v sodni praksi Meddržavnega sodišča: zadeva Barcelona Traction kot vodilo razvoja mednarodnega prava, 2022, str. 165.

³⁰ Več o predpostavki pravnega spora gl. B. I. Bonafe, Establishing the Existence of a Dispute Before the International Court of Justice: Drawbacks and Implications, 2017; L. Marotti, Establishing the Existence of a Dispute Before the International Court of Justice: Glimses of Flexibility Within Formalism?, 2017; M. S. M. Amr, 2003, The Role of the International Court of Justice as the Principal Judicial Organ of the United Nations; A. K. Zimmermann, K. Oellers-Frahm, C. Tomuschat et al., 2012, The Statute of the International Court of Justice: A Commentary; M. Weibel, Mavrommatis Palestine Concessions (Greece V Great Britain) (1924 – 27), 2017.

³¹ Več o predpostavki pravnega interesa gl. C. J. Tams, 2005, Enforcing Obligations Erga Omnes in International Law; A. Aseriti, C. J. Tams, 2013, Erga Omnes, Jus Cogens and Their Impact on the Law of State Responsibility.

³² M. Pogačnik, Koncept obveznosti erga omnes v sodobnem mednarodnem pravu, 1997, str. 295.

³³ Več o *erga omnes* obveznostih v mednarodnem pravu gl. U. Linderfalk, International Legal Hierarchy Revisited – The Status of Obligations Erga Omnes, 2011; Y. Dinstein, The Erga omnes Applicability of Human Rights, 1992, str. 16–21; A. Bird, Third State Responsibility for Human Rights Violations, 2011, str. 883–900; P. Y. Chow, On Obligations Erga Omnes Partes, 2020; E. De Wet, Invoking Obligations Erga Omnes in the Twenty-First Century: Progressive Developments Since Barcelona Traction, 2013; J. Gillingwater, The Role of Erga Omnes Obligations in The Gambia V Myanmar, 2020; A. Asteriti, C. Tams, Erga Omnes, Jus Cogens and Their Impact on the Law of State Responsibility, 2013; P. Pillai, The Gambia v Myanmar at the International Court of Justice: Points of Interest in the Application, 2019; I. Uchkunova, Belgium v. Senegal: Did the Court End the Dispute Between the Parties?, 2012; I. Venzke, Public Interests in the International Court of Justice: A Comparison Between Nuclear Arms Race (2016) and South West Africa (1966), 2017; M. Green, L. Sebastián, Locus Standi Before the International Court of Justice for Violations of the World Heritage Convention, 2013; C. J. Tams, A. Tzanakopoulos, Barcelona Traction at 40: The ICJ as an Agent of Legal Development, 2010; J. Hofbauer, Intervention in International Proceedings – A Time for a Change in Judicial Policy? Interventions for erga omnes Interests, v: Research Handbook on International Procedural Law, 2017; J. M. Thouvenin, C. Tomuschat, The Fundamental Rules of the International Legal Order: Jus Cogens and Obligations Erga Omnes, 2006.

Oblikovale so se za zavarovanje temeljnih postulatov človečnosti in družbenega obstoja.³⁴ Vsaka država ima pravni interes, da druge države izpolnjujejo obveznosti *erga omnes*.³⁵ Te obveznosti tako udeležajo ekstrateritorialne interese in presegajo okvire vzajemnosti.³⁶

Erga omnes obveznosti se praviloma prekrivajo z obveznostmi *ius cogens*, ki prav tako varujejo temeljne vrednote mednarodne skupnosti. Obe vrsti pravil tudi uživata nadrejen položaj in poseben status v sistemu mednarodnega prava.³⁷ *Ius cogens* so pravila mednarodnega prava, ki jih priznava večina držav in jih je »moč zaznati in identificirati«. ³⁸ Imajo posebno pravno naravo, saj je njihov obstoj neodvisen od volje držav. Ta pravila varujejo »temeljne vrednote človeške družbe na doseženi ravni civilizacijskega razvoja«. ³⁹ Ker se z njimi varujejo temeljne vrednote mednarodne skupnosti, so jim države priznale poseben pomen, da ga z lastno voljo ne morejo spreminjati in odstopati od njihove vsebine. Tako je imperativnost njihova bistvena značilnost.⁴⁰ Tudi 53. člen Dunajske konvencije o pravu mednarodnih pogodb⁴¹ določa, da gre pri *ius cogens* za pravila, ki jih je sprejela celotna mednarodna skupnost, od katerih ni dovoljeno nobeno odstopanje in jih je mogoče spremeniti samo s poznejšim pravilom splošnega mednarodnega prava enake veljave. V posledici *ius cogens* se mora volja posamezne države umakniti kolektivni volji, ki sloni na temeljnih vrednotah mednarodne skupnosti.⁴²

Erga omnes obveznosti prav tako sodijo v mednarodno obče pravo. Gre za sistem pravil, ki urejajo mednarodno skupnost na splošno, izvirajo pa iz mednarodnega običajnega prava. Mednarodno obče pravo se od regionalnega mednarodnega prava razlikuje v krogu naslovnikov, kjer so k spoštovanju regionalnega mednarodnega prava zavezane zgolj države določenega območja. Prav tako ga je potrebno

³⁴ Gl. tudi M. Pogačnik, *Koncept obveznosti erga omnes v sodobnem mednarodnem pravu*, 1997, str. 295.

³⁵ A. de Hoogh, 1996, *Obligations Erga Omnes and International Crimes: A theoretical Inquiry into the Implementation and Enforcement of Interantional Responsibility of States*, str. 50.

³⁶ L. A. Sicilianos, *The Clasification of Obligations and the Multilateral Dimension of the Relations of the International Responsibility*, 2002, str. 1135.

³⁷ V. Sancin, 2009, *Mednarodno pravo v hierarhiji pravnih virov EU in njenih članic*, str. 43.

³⁸ E. Petrič, *Načela Ustanovne listine OZN - jus cogens?*, 2016, str. 76.

³⁹ Prav tam.

⁴⁰ Povzeto po prav tam.

⁴¹ Akt o dopolnitvi akta o notifikaciji nasledstva glede konvencij Organizacije združenih narodov in konvencij sprejetih v Mednarodni agenciji za atomsko energijo (MANKZN-A), Uradni list RS, št. 87/2011.

⁴² E. de Wet, *Invoking Obligations Erga Omnes in the Twenty-First Century: Progressive Developments Since Barcelona Traction*, 2013, str. 8.

razlikovati od partikularnega mednarodnega prava, ki zavezuje zgolj pogodbenice posamezne mednarodne pogodbe.⁴³

V sodni praksi se je *erga omnes* koncept mednarodnih obveznosti prvič razvil *obiter dictum* v sodbi v zadevi *Barcelona traction*. Tam je izrecno zapisano, da so nekatere obveznosti dolžne spoštovati vse države in tako gre za obveznosti do celotne mednarodne skupnosti – za obveznosti *erga omnes*.⁴⁴ Meddržavno sodišče je kot takšne obveznosti navedlo prepoved protipravnih dejanj agresije, genocida, suženjstva in rasne diskriminacije. Koncept *erga omnes* obveznosti je Meddržavno sodišče omenilo tudi v zadevah *Nuclear*,⁴⁵ *Construction of the wall in Palestine*⁴⁶ in *Kosovo*.⁴⁷ Štirim *erga omnes* obveznostim je pozneje dodalo še pravico do samoodločbe (*East Timor Case*⁴⁸).⁴⁹

Erga omnes obveznosti izhajajo iz predpostavke, da imajo vse države interes, da preprečijo določene kršitve, neodvisno od tega, ali je bil s kršitvijo prizadet nacionalni interes. Inštitut za mednarodno pravo⁵⁰ je zapisano v *obiter dictum* v zadevi *Barcelona traction* posplošil. Tako kot *erga omnes* obveznost šteje vsako obveznost države, da spoštuje človekove pravice. Prav tako ima vsaka država interes, da zahteva zaščito človekovih pravic od druge države.⁵¹

⁴³ Več o tem M. Pogačnik, 1997, *Jus cogens* v mednarodnem pravu, str. 107–108.

⁴⁴ Sodba Meddržavnega sodišča v zadevi *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, Belgija proti Španiji*, 1970, ICJ Reports 1970, tč. 33 in 34. Več o tej zadevi gl. C. Tams, J. Tzanakopoulos, *Barcelona Traction at 40: The ICJ as an Agent of Legal Development*, 2010.

⁴⁵ *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons (Advisory Opinion)*, 1996, ICJ Rep 226.

⁴⁶ *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory (Advisory Opinion)*, 2004, ICJ Rep 15.

⁴⁷ *Accordance with International Law of the Unilateral Declaration of Independence in Respect of Kosovo (Advisory Opinion)*, 2010, ICJ Rep 89.

⁴⁸ Sodba Meddržavnega sodišča v zadevi *East Timor, Portugalska proti Avstraliji*, 1995, ICJ Reports 1995, 102, tč. 29.

⁴⁹ Mednarodno kazensko sodišče za bivšo Jugoslavijo je denimo kot *erga omnes* obveznost štelo tudi prepoved mučenja (sodba v zadevi *Tožilstvo proti Anti Furundžiji*, 1998, IT-95-17/1-T).

⁵⁰ V okviru Inštituta za mednarodno pravo delujejo vodilni strokovnjaki s področja mednarodnega prava, ki se redno sestajajo in obravnavajo različna vprašanja razvoja mednarodnega prava. Več o tem D. Turk, 2007, *Temelji mednarodnega prava*, str. 69.

⁵¹ Drugi odstavek 1. člena Resolucije Inštituta za mednarodno pravo o zaščiti človekovih pravic in načelu nevmešavanja v notranje zadeve držav, ki je bila sprejeta na 64. kongresu v Santiagu de Composteli v Španiji.

Posebna oblika *erga omnes* obveznosti so *erga omnes partes* obveznosti.⁵² Od *erga omnes* obveznosti se razlikujejo v krogu upravičencev. Upravičena ni celotna mednarodna skupnost, temveč zgolj članice določene organizacije ali podpisnice določene mednarodne pogodbe. Obe vrsti obveznosti se pogosto prekrivata na način, da obveznost iz kakšne regionalne konvencije izvira iz obveznosti mednarodnega občega prava. Kot tak primer lahko navedemo prepoved suženjstva, ki izvira tako iz EKČP,⁵³ kakor tudi iz mednarodnega običajnega in občega prava.

4 *Actio popularis* kot druga plat medalje *erga omnes* obveznosti

Najbolj grobe kršitve zadevajo vse članice mednarodne skupnosti, zato so vse države upravičene zahtevati od države kršiteljice, da s temi kršitvami preneha. Če ne bi bilo možno od države kršiteljice zahtevati spoštovanja teh obveznosti, bi se njihov pomen izvotlil.⁵⁴ Pravila, iz katerih izvirajo te obveznosti, ne bi bila zavezujoče pravo, temveč gole moralne zaveze. V primeru kršitve *erga omnes* obveznosti imajo vse članice mednarodne skupnosti interes za »zagotovitev integritete« te obveznosti.⁵⁵ Tako je prav, da se razširi krog aktivno legitimiranih za vložitev mednarodnih tožb na vse članice mednarodne skupnosti. To predstavlja svojevrstno obliko *actio popularis*. Koncept *actio popularis* se je razvil v rimskem pravu, kjer pristojnosti in zmožnosti javnih organov niso zadoščale za učinkovito varovanje javnega interesa, zato se je uveljavil koncept civilnih tožb, s katerimi je bilo moč zasledovati javni interes. Do tovrstne tožbe so bili upravičeni vsi rimski državljani, ne glede na osebno prizadetost s kršitvijo. Hkrati so se lahko zasledovali tudi tožnikovi zasebni interesi, tako je šlo za kombinacijo varstva zasebnega in javnega interesa.⁵⁶

Meddržavno sodišče sicer ni naklonjeno prevzemanju vloge vzpodbujevalca splošnih interesov skupnosti. Koncept *ius cogens* in *erga omnes* je priznalo v le nekaj odločbah. V teh zadevah je bila omemba teh konceptov zgolj simbolična ali *obiter*

⁵² *Erga omnes partes* obveznosti so med drugim obravnavane v zadevah Wimbledon, Združeno kraljevstvo in ostali proti Nemčiji, 1923, PCIJ Series A no 1, ICGJ 234 in Gambia proti Manmarju (Uporaba Konvencije o preprečevanju in kaznovanju genocida), Application instituting proceedings and request for provisional measures, 11. 11. 2019. Več o zadevi Wimbledon gl. J. Hofbauer, 1918, The League of Nations as a 'First Organized Expression of the International Community' and the Permanent Court of International Justice As Its Guardian, 2020.

⁵³ Določba 4. člena EKČP.

⁵⁴ Podobno tudi C. J. Tams, 2005, Enforcing Obligations Erga Omnes in International Law, str. 185.

⁵⁵ M. Pogačnik, Koncept obveznosti erga omnes v sodobnem mednarodnem pravu, 1997, str. 84.

⁵⁶ W. J. Aceves, Actio Popularis - The Class Action in International Law, 2003, str. 356; L. D. G. Matignon, The Definition of Actio Popularis, 2020, str. 1.

dictum.⁵⁷ V zadevi *South West Africa* je definiralo *actio popularis* kot: pravico vsake članice skupnosti, da vloži tožbo, katere cilj je varstvo javnega interesa, a je hkrati poudarilo, da *actio popularis* nima podlage v načelih mednarodnega prava, saj država ne more vložiti tožbe, če s kršitvijo ni sama prizadeta.⁵⁸ Pozneje je v zadevi *Barcelona traction* spremenilo stališče in le priznalo možnost *erga omnes* obveznosti in posredno *actio popularis*, čeprav zgolj v *obiter dictum*. Dvajset let pozneje je v zadevi *East Timor* razširilo koncept pravnega interesa kot predpostavke za vložitev tožbe pred Meddržavnim sodiščem. Izpostavilo je pravico do samoodločbe prebivalcev Vzhodnega Timorja kot *erga omnes* obveznost. Iz sodbe je posredno razbrati, da bi Portugalska lahko dosegla obsodilno sodbo, če bi Indonezija sprejela pristojnost sodišča, četudi s kršitvami ni bila neposredno prizadeta. V zadevi *Belgija proti Senegal*⁵⁹ je poudarilo, da imajo vse pogodbenice Konvencije proti mučenju in drugim krutim, nečloveškim ali poniževalnim kaznim ali ravnanju⁶⁰ skupni interes pri pregonu kršitev te konvencije. Obveznost do spoštovanja te konvencije je obveznost do vseh pogodbenic. Posledično ima vsaka pogodbenica pravico vložiti tožbo zoper kršiteljico konvencije, brez izkazovanja neposrednega interesa. Tudi 42. člen Osnutka člena o odgovornosti držav za mednarodna protipravna dejanja Komisije za mednarodno pravo⁶¹ določa, da ima država lastnost prizadete države in je upravičena državo kršiteljico klicati na odgovornost, tudi če je kršitev prizadela mednarodno skupnost kot celoto.

V letu 2019 je Gambija vložila tožbo proti Myanmarju z očitki genocida. Myanmarske vojaške enote bi naj od oktobra 2016 izvajale množične poboje, posilstva in požiganja hiš, z namenom sistematičnega uničenja pripadnikov

⁵⁷ Poleg omenjene zadeve *Barcelona Traction* še: *East Timor* (Portugalska proti Avstraliji), 1995, ICJ Rep; *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide* (Preliminary Objections), 1996, ICJ Rep; *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, 2004, ICJ Rep; *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide* (Bosna in Hercegovina proti Srbiji in Črni gori), 2007, ICJ Rep; *Application of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination* (Gruzija proti Ruski federaciji) (Preliminary Objections), 2011, ICJ Rep; *Jurisdictional Immunities of the State* (Nemčija proti Italiji: Grška intervencija), 2012, ICJ Rep; *Questions Relating to the Obligation to Prosecute or Extradite* (Belgija proti Senegal), 2012, ICJ Rep.

⁵⁸ *South West Africa*, Etiopija proti Južni Afriki, Second Phase, 1966, ICJ Rep 6.

⁵⁹ Gl. opombo št. 55.

⁶⁰ Uradni list RS–MP, št. 7/93.

⁶¹ Osnutek členov o odgovornosti držav za mednarodna protipravna dejanja je pripravila Komisija za mednarodno pravo na 53. kongresu leta 2001 in je sestavni del poročila, ki je bilo predloženo Generalni skupščini OZN. Gre za predlog kodifikacije področja odgovornosti držav za mednarodne delikte. Poročilo vsebuje tudi komentar Osnutka členov, ki je prav tako objavljen v *Yearbook of International Law Commission* (2. izdaja), drugi del, 2001. Komisija za mednarodno pravo je organ, ki ga je ustanovila Generalna skupščina OZN. Sestavljajo jo ugledni pravni strokovnjaki, ki sodelujejo v osebnem svojstvu. Njen namen je priprava predlogov kodifikacij in progresivni razvoj mednarodnega prava. Več o Komisiji za mednarodno pravo D. Turk, 2007, *Temelji mednarodnega prava*, str. 66–68.

narodnostne manjšine Rohingya. V letu 2020 so Nizozemska, Kanada in Maldivi izjavili, da bodo v sporu intervenirali na strani Gambije. Gre za tožbo, ki jo ženejo altruistični nagibi. Niti tožnica in niti nobena izmed intervenientk namreč nimajo neposrednega interesa, prav tako ne gre za genocid nad osebami, ki bi sicer uživale njihovo diplomatsko zaščito.⁶² Meddržavno sodišče je v sodbi o začasnih ukrepih navedlo, da je imela Gambija pravico vložiti tožbo proti Myanmarju, kljub dejstvu, da ni imela oprijemljive povezave s sporom. Odločilo je, da imajo države pogodbenice konvencije skupni interes, da zagotovijo preprečitev dejanj genocida.⁶³ Gre za obveznosti *erga omnes partes*, ki jih vsaka država pogodbenica »dolguje« vsem drugim državam pogodbenicam.⁶⁴

Upravičenje za uveljavljanje mednarodne odgovornosti kršitev obveznosti *erga omnes (partes)* pred Meddržavnim sodiščem je podano ne le, če so izpolnjeni pogoji, kot izhaja iz pravil o odgovornosti držav, temveč morajo biti upoštevana tudi pravila o dostopu do sodišča, pristojnosti sodišča in dopustnosti, kot so opredeljeni v Statutu Meddržavnega sodišča.⁶⁵ Kljub svoji univerzalnosti se obveznosti *erga omnes* ne morejo uveljaviti pred Meddržavnim sodiščem, če ni podana njegova pristojnost. Meddržavno sodišče je v zadevi *East Timor* zavzelo stališče, da je za uveljavljanje odgovornosti za kršitev obveznosti *erga omnes* nujna pristojnost Meddržavnega sodišča v konkretni zadevi.⁶⁶ Pomembna značilnost reševanja sporov pred Meddržavnim sodiščem je odsotnost obvezne pristojnosti. Pristojnost je namreč mogoče vzpostaviti zgolj na podlagi volje strank.⁶⁷ Tako bi lahko rekli, da gre za »okrnjeno« obliko *actio popularis*. *Locus standi* in pristojnost sodišča sta namreč dva različna kriterija.⁶⁸ Če stranki sodišču nista podelili pristojnosti za reševanje spora v skladu s Statutom Meddržavnega sodišča, Meddržavno sodišče nima pristojnosti za njegovo reševanje.⁶⁹ Narava *erga omnes* in *ius cogens* tako ne prebijeta kogentnih določb o pristojnosti Meddržavnega sodišča.⁷⁰

⁶² Gambia proti Myanmarju (Uporaba Konvencije o preprečevanju in kaznovanju genocida), Application instituting proceedings and request for provisional measures.

⁶³ Prav tam, tč. 41.

⁶⁴ Več o tem P. Y. Chow, On Obligations Erga Omnes Partes, 2020, str. 3.

⁶⁵ M. Tekavčič Veber, Obveznosti erga omnes (partes) v sodni praksi Meddržavnega sodišča: zadeva Barcelona Traction kot vodilo razvoja mednarodnega prava, str. 165.

⁶⁶ East Timor (Portugalska proti Avstraliji), 1995, ICJ Rep, str. 183–186.

⁶⁷ M. Kreča, 2007, Međunarodno javno pravo, str. 516.

⁶⁸ C. Annacker, The Legal Regime of Erga Omnes Obligations in International Law, 1994, str. 165.

⁶⁹ Anglo-Iranian Oil Co. (pristojnost), Združeno kraljestvo proti Iranu, Sodba z dne 22. julija 1952, ICJ Reports 1952, str. 103.

⁷⁰ Več o tem P. Y. Chow, On Obligations Erga Omnes Partes, 2020, op. 31, str. 21.

5 *Erga omnes* obveznosti in diplomatska zaščita

Uveljavljanje *erga omnes* obveznosti presega domet diplomatske zaščite. Diplomatska zaščita temelji na fikciji, da je škoda povzročena tujemu državljanu, škoda države, katere državljan je. Tako ima ta država pravico zahtevati povrnitev te škode. Pomeni uveljavljanje mednarodne odgovornosti držav, saj se z njo poskušajo sankcionirati protipravna dejanja članic mednarodne skupnosti.⁷¹ Primarni namen diplomatske zaščite ni zaščita človekovih pravic. S tem ko država sproži mednarodne postopke za zaščito svojega državljana, ne uveljavlja njegove, temveč svojo pravico.⁷² Kršitev zoper posameznika v drugi državi pomeni kršitev zoper državo, katere državljan je. Tako posameznik ostaja objekt in ne subjekt mednarodnega prava. Komisija za mednarodno pravo je sestavila Osnutek členov o diplomatski zaščiti, ki služi kot podlaga za kodifikacijo področja diplomatske zaščite. Ta v 1. členu pojmuje diplomatsko zaščito kot možnost države, da po diplomatski poti ali preko drugega mirnega načina, uveljavi odgovornost druge države za škodo, ki je povzročena z mednarodnim protipravnim dejanjem osebi, ki je državljan prve države.⁷³ V zadevi *Mavrommatis Palestine concessions* je bilo navedeno, da je upravičenje države, da zaščiti svoje državljanke, ko jim druga država krši pravice v nasprotju s pravili mednarodnega prava, eno izmed temeljnih načel mednarodnega prava.⁷⁴

Erga omnes obveznosti niso opredeljene z državljanstvom. Države so dolžne spoštovati *erga omnes* obveznosti nasproti vsem posameznikom, neodvisno od njihovega državljanstva. Prav tako so vse države upravičene pozvati kršiteljice *erga omnes* obveznosti k odpravi kršitve, neodvisno od tega, ali je kršitev povzročena njihovemu državljanu ali državljanu katerekoli druge države, vključno s kršiteljico.

Obveznosti, ki izvirajo iz regionalnih,⁷⁵ kakor tudi univerzalnih⁷⁶ pogodb o varstvu človekovih pravic, predstavljajo *erga omnes partes* obveznosti do ostalih pogodbenic in hkrati *erga omnes* obveznosti do celotne mednarodne skupnosti.⁷⁷

⁷¹ B. Cerar, 2001, Diplomatska zaščita, str. 86–87.

⁷² International Law Commission, Draft Articles on Diplomatic Protection with Commentaries, Yearbook of the International Law Commission, 2006, str. 27.

⁷³ Prav tam, str. 26.

⁷⁴ Več o diplomatski zaščiti P. Caban, Diplomatic Protection and other Mechanisms for the Protection of Individual Against Serious Human Rights Violations: Limiting the discretion, 2017, ter B. Cerar, 2001, Diplomatska zaščita.

⁷⁵ Npr. EKČP.

⁷⁶ Npr. Konvencije proti mučenju in drugim krutim, nečloveškim ali poniževalnim kaznim ali ravnanju,

⁷⁷ E. de Wet, Invoking Obligations Erga Omnes in the Twenty-First Century: Progressive Developments Since Barcelona Traction, 2013, str. 4.

6 O ciljih Sveta Evrope in EKČP

Temeljna funkcija Sveta Evrope je skrbno varovanje človekovih pravic in temeljnih svoboščin. Že iz preambule Statuta Sveta Evrope⁷⁸ izhaja, da države članice zagotavljajo svojo naklonjenost duhovnim in moralnim vrednostmi, ki so skupna dediščina njihovih narodov in pomenijo izvirna načela osebne svobode, politične svobode in vladavine prava, na katerih temelji vsa prava demokracija.⁷⁹ Cilj Sveta Evrope je razvijati načela, ki so skupna dediščina z uresničevanjem in razvijanjem človekovih pravic.⁸⁰ Vsaka članica ima dolžnost, da priznava načelo, da mora vsaka oseba pod njeno jurisdikcijo uživati človekove pravice in temeljne svoboščine.⁸¹

Posvetovalna skupščina Sveta Evrope je na svojem prvem srečanju poudarila uporabnost kolektivne garancije, ki bo odrazila skupno željo držav članic Sveta Evrope, da izgradijo evropsko skupnost, ki bo temeljila na načelih naravnega prava, humanizma in demokracije in ki bo omogočila, da države članice preprečijo, preden bo prepozno, da bi se v katerikoli članici ponovno rodil totalitarizem. Tako je namen Sveta Evrope predvsem v tem, da države članice ne podležejo apatiji in se aktivirajo ob ponovni grožnji demokraciji, vladavini prava in grobemu kršenju človekovih pravic.⁸²

Države članice Sveta Evrope so zaradi uresničitve temeljnega cilja podpisale EKČP,⁸³ ki predstavlja največji dosežek evropskega sistema varstva človekovih pravic in ima pomemben učinek tudi zunaj meja Sveta Evrope.⁸⁴ Z njo je bilo ustanovljeno ESČP kot poglavitni sodni organ, ki odloča o morebitnih kršitvah konvencijskih pravic.⁸⁵ Iz preambule EKČP izhaja, da so vlade evropskih držav odločene, da storijo prve korake k skupnem uveljavljanju človekovih pravic.

⁷⁸ Zakon o ratifikaciji Statuta Evrope (Uradni list RS, št. 23/1993).

⁷⁹ Prav tam.

⁸⁰ Določba 1. člena Statuta Sveta Evrope.

⁸¹ Več o Svetu Evrope A. Bebler, 2007, Uvod v evropske integracije, str. 31–42; D. Turk, 2007, Temelji mednarodnega prava, str. 386–388; M. Tomašević, Odnos med sistemi varstva človekovih pravic Sveta Evrope, Evropske unije in Združenih narodov, 2010, str. 183–204; R. Lampe, 2010, Pravo človekovih pravic, str. 103–106.

⁸² I. Risini, 2018, The Inter-State Application Under the European Convention on Human Rights: Between Collective Enforcement of Human Rights and International Dispute Settlement, str. 17–18.

⁸³ Več o pomenu EKČP gl. W. Schabas, 2017, The European Convention on Human Rights: A Commentary.

⁸⁴ EKČP je služila kot vzor pri sprejemanju aktov drugih regionalnih organizacij za varstvo človekovih pravic, npr. Afriška listina človekovih pravic in pravic ljudstev. Več o tem gl. B. O. Okere, The Protection of Human Rights in Africa and the African Charter on Human and Peoples' Rights: A Comparative Analysis with the European and American Systems, 1984.

⁸⁵ Več o pomenu ESČP pri varstvu človekovih pravic gl. J. H. Gerards, E. Brems, 2013, Shaping Rights in the ECHR: The Role of the European Court of Human Rights in Determining the Scope of Human Rights.

Postopki po EKČP tako ne morejo služiti drugemu namenu kot tistemu, ki ga EKČP sama določa kot svoj namen, tj. skupno uveljavljanje človekovih pravic. Skrb za skupno uveljavljanje človekovih pravic presega reševanje konkretnega meddržavnega spora. Svet Evrope temelji na ideji medsebojnega zaupanja držav članic, da druge članice upoštevajo pravila organizacije. Če država članica grobo krši pravila, pride do krhanja tega zaupanja. Varstvo človekovih pravic ni nekaj internega za posamezno državo članico, temveč je del kolektivne zavesti. Države članice so ob grobih kršitvah dolžne ukrepati, kajti toleranca lahko pri drugih članicah ustvari prepričanje, da ob podobnem početju ne bodo same sankcionirane.⁸⁶

7 Obveznosti iz EKČP kot *erga omnes partes* obveznosti

EKČP v 33. členu določa: »Vsaka Visoka pogodbená stranka lahko obvesti Sodišče o vsaki domnevni kršitvi določil Konvencije in njenih protokolov, ki bi jih po njenem mnenju lahko pripisali drugi Visoki pogodbeni stranki.«⁸⁷ EKČP nadalje ne določa nobenega posebnega pogoja ali predpostavke za vložitev meddržavne tožbe. Iz odsotnosti dodatnih posebnih predpostavk je sklepati, da so države upravičene vložiti tožbo ne glede na to, ali domnevna kršitev prizadene nacionalni interes in neodvisno od morebitnega predhodnega spora s kršiteljico (toženko).

Glede na gramatikalno razlago navedenih določb ter dejstvo, da je v doktrini in sodni praksi uveljavljeno stališče, da meddržavno tožbo lahko predložijo tudi države, ki zaradi kršitve nimajo prizadetega nacionalnega interesa, je razumeti, da je primarni namen meddržavnih zadev v kolektivnem varstvu človekovih pravic.⁸⁸ Države za doseganje skupnih ciljev ustanovijo ali se priključijo mednarodni organizaciji. Tako so cilji mednarodne organizacije cilji držav, ki so vanjo združene. *Ergo*, če je cilj Sveta Evrope prizadevanje za varstvo človekovih pravic, je to cilj tudi držav članic, saj so s tem razlogom v to organizacijo vključene. V pravnem sistemu Sveta Evrope so tako obveznosti iz EKČP *erga omnes partes* obveznosti. Iz normativne ureditve

⁸⁶ Več o tem I. Risini, 2018, *The Inter-State Application Under the European Convention on Human Rights: Between Collective Enforcement of Human Rights and International Dispute Settlement*, str. 5.

⁸⁷ Več o meddržavnih tožbah pred ESČP gl. G. Ulstein, I. Risini, *The Inter-State Applications Under the European Convention on Human Rights*, 2020; I. Risini, R. Batura, L. A. Kleinert, *A 'Golden Age' of Inter-state Complaints?: An Interview with Isabella Risini*, 2020; I. Risini, 2018, *The Inter-State Application Under the European Convention on Human Rights: Between Collective Enforcement of Human Rights and International Dispute Settlement*; P. H. von Zürich, 1976, *Die Staatenbeschwerde im Rahmen der Europäischen Menschenrechtskonvention – rechtliche und politische Probleme*; P. Leach, *On Inter-state Litigation and Armed Conflict Cases in Strasbourg*, 2021.

⁸⁸ Podobno tudi I. Risini, 2018, *The Inter-State Application Under the European Convention on Human Rights: Between Collective Enforcement of Human Rights and International Dispute Settlement*, str. 5.

meddržavnih tožb pred ESČP je sklepati, da predstavlja spoštovanje človekovih pravic iz EKČP *erga omnes partes* obveznost vseh pogodbenic EKČP, da spoštujejo to pravilo. Posledično imajo vse pogodbenice EKČP pravico, da od kršiteljic zahtevajo, da prenehajo s kršitvijo (*actio popularis*). Potrebno pa je poudariti, da ESČP odloča zgolj o kršitvah EKČP, tako ni pristojno za odločanje o kršitvah drugih aktov Sveta Evrope.⁸⁹

Že iz zadeve *Avstrija proti Italiji* izhaja, da namen postopka po 33. členu EKČP ni v uresničevanju nacionalnih interesov, temveč zagotovitev skupnega pravnega reda svobodnih demokracij, katerih namen je varovanje dediščine človekovih pravic, svobode in vladavine prava.⁹⁰ S tem, ko je država podpisala EKČP, se je drugim državam pogodbenicam zavezala k zagotavljanju človekovih pravic.⁹¹ Ko država članica sproži postopek po 33. členu EKČP, je to potezo treba šteti kot odraz zaskrbljenosti za evropski red.⁹² Sistem meddržavnih tožb je tako sestavni del sistema »kolektivnega varstva« konvencijskih pravic in ima odločilen vpliv na širši razvoj mednarodnega prava.⁹³

Možnost vložitve meddržavne tožbe, iz katere ne bi izvirala neposredna zaščita lastnih državljanov, predstavlja velik pomik od klasičnega mednarodnega prava, saj postopek presega diplomatsko zaščito.⁹⁴ Država tožnica v meddržavni zadevi lahko varuje tudi državljane druge države, ker so varovani vsi posamezniki, ki se znajdejo pod jurisdikcijo države kršiteljice, neodvisno od državljanstva. Tako je namen meddržavnih zadev med drugim tudi, da zaščitijo posameznike pred njihovimi lastnimi vladami.⁹⁵ Ker so konvencijske pravice priznane vsakomur, ne glede na državljanstvo in druge okoliščine, je takšno tudi njihovo varstvo.

Sodišče je v zadevi *Ciper proti Turčiji (pravično zadoščenje)*⁹⁶ poudarilo, da je EKČP instrument varstva človekovih pravic. Zato se morajo vsi postopki pred ESČP, vključno z meddržavnimi tožbami, nanašati na neposredne ali posredne kršitve človekovih pravic. Pri tem je potrebno poudariti, da so človekove pravice lahko

⁸⁹ Npr. za odločanje o kršitvah Evropske socialne listine je pristojen Evropski odbor za socialne pravice, ki ni sodni organ. Prav tako ni predvidenega meddržavnega postopka.

⁹⁰ Odločba Komisije za človekove pravice v zadevi *Avstrija proti Italiji*, št. 788/60, 11. 1. 1961, str. 18.

⁹¹ Prav tam, str. 18–19.

⁹² Prav tam, str. 19–20.

⁹³ L. Sicilianos, 2015, *The European Court of Human Rights at a Time of Crisis in Europe*.

⁹⁴ Ta je omejena na državljane države tožnice.

⁹⁵ Odločba Komisije za človekove pravice v zadevi *Avstrija proti Italiji*, 11. 1. 1961, str. 19–20.

⁹⁶ Zadeva *Ciper proti Turčiji (pravično zadoščenje)*, tč. 46.

kršene le subjektom, ki so ločeni od države. Če bi ESČP v meddržavni zadevi ugotovilo kršitev subjekta, ki mu umanjka institucionalne in organizacijske neodvisnosti od države tožnice, bi znesek odškodnine iz naslova pravičnega zadoščenja posredno pripadel državi tožnici, kar ni v skladu z namenom EKČP. ESČP je v zadevi *Slovenija proti Hrvaški* prvič podalo razlago odnosa med 33. in 34. členom EKČP. Zapisalo je, da so nosilci konvencijskih pravic zgolj posamezniki, skupine posameznikov in pravne entitete, ki jih je moč opredeliti kot »nevladne organizacije«. Tako je tožbo Slovenije zavrglo, saj je štel, da zaradi pomanjkanja institucionalne in organizacijske neodvisnosti Ljubljanske banke d.d. ni pristojno odločati o kršitvah njenih pravic. ESČP je poudarilo, da meddržavna tožba ne more služiti kot sredstvo za zaobid pogojev iz 34. člena EKČP, saj je posamezna določila EKČP potrebno razlagati sistemsko, v luči celotne konvencije.⁹⁷

8 Pojavne oblike meddržavnih tožb pred ESČP

Iz pregleda sodne prakse ESČP je moč ugotoviti, da se pojavljata dve skupini meddržavnih zadev.⁹⁸ V prvi skupini so tiste, v katerih država tožnica zahteva ugotovitev kršitev človekovih pravic konkretnih posameznikov, ki so se znašli na območju države toženke (najpogosteje svojih državljanov).⁹⁹ Gre za posebno obliko diplomatske zaščite, s katero so poleg interesov države tožnice varovani tudi interesi posameznikov. V drugo skupino zadev pa sodijo tožbe, v katerih država drugi državi očita obstoj administrativne prakse, ki vsebuje dva elementa: (i) ponavljajoča dejanja¹⁰⁰ in (ii) uradno toleranco državnih oblasti.¹⁰¹ Prvi element pomeni kopičenje enakih ali podobnih kršitev človekovih pravic, ki so med seboj povezane na način, da ne pomenijo zgolj osamljenih primerov ali izjem, temveč tvorijo vzorec ali sistem in so hkrati dovolj številne. Drugi element pomeni, da tisti, ki bi morali ponavljajočo se kršitev sankcionirati, ostanejo pasivni.¹⁰² Gre za to, da pristojne institucije ne

⁹⁷ I. Popović, *For Whom the Bell of the European Convention on Human Rights Tolls? The Curious Case of Slovenia v. Croatia*, 2019.

⁹⁸ Na to delitev je opozoril že sodnik Cassadeval v svojem odklonilnem ločenem mnenju v zadevi Ciper proti Turčiji (pravično zadoščenje).

⁹⁹ Denimo zadeva Avstrija proti Italiji ali zadeva Danska proti Turčiji, št. 34382/97, 8. 6. 1999.

¹⁰⁰ Angl. *a repetition of acts*.

¹⁰¹ Angl. *official tolerance*.

¹⁰² Definicija administrativne prakse je bila izoblikovana v zadevi Republika Irsko proti Združenemu Kraljevstvu (I). Gre za prvo sodbo ESČP v meddržavni zadevi. ESČP je odločilo, da je Združeno Kraljevstvo Velike Britanije in Severne Irske preko administrativne prakse kršilo 3. člen EKČP, ker je dopuščalo, da se nad posamezniki izvajajo sporne tehnike zasliševanja, kot so prisilno stanje ob steni, izpostavljenost hrupu, odrekanje spanca, odrekanje hrane in pijače, prekrivanje obraza s pokrivalom (angl. hooding). Omeniti je, da je sodišče tovrstne prakse štel kot nečloveško in ponižujoče ravnanje in ne kot mučenje, za katerega je postavilo višji standard. Meddržavna zadeva je bila močno politično obarvana, saj so se omenjene tehnike zasliševanja pretežno izvajale nad domnevnimi člani oz.

ukrepajo v smeri preprečitve kršitev človekovih pravic (npr. s sankcioniranjem kršiteljev).¹⁰³ Tovrstne meddržavne tožbe omogočajo obsodbo režima suverene države s strani mednarodne organizacije. Ti postopki so odraz mednarodnega pritiska na državo, ki je s svojim delovanjem pomembneje ogrozila človekove pravice.

Omeniti je, da je v sodni praksi 33. člena EKČP najti zgolj dva primera, kjer je bila tožba vložena iz povsem altruističnih nagibov. V teh zadevah kršitve niso vplivale na neposredne interese tožnic in je šlo zgolj za zasledovanje varstva konvencijskega reda. Šlo je za skupino zadev *Danska, Norveška, Švedska in Nizozemska proti Grčiji*, in *Danska, Francija, Norveška, Švedska in Nizozemska proti Turčiji*. Prvine altruizma se sicer kažejo tudi v zadevi *Ukrajina in Nizozemska proti Rusiji*, ki zadeva sestrelitev letala MH17 leta 2014, ki se je na poti iz Nizozemske do Indonezije znašel v ukrajinskem zračnem prostoru. Nizozemska vlada je namreč podala izjavo, da z vložitvijo tožbe stoji za vsemi žrtvami letalske nesreče in ne zgolj za tistimi, ki so nizozemski državljani.¹⁰⁴

Države z meddržavnimi tožbami pogosto zasledujejo nacionalni interes posredno, tako da je ta potem »stranski produkt« meddržavne tožbe. Posredno zasledovanje nacionalnih interesov ni sporno, dokler hkrati obstaja očitek kršitve konvencijskih pravic posameznikom ali organizacijam, ki niso povezane z državami. Takšni postopki namreč navsezadnje vodijo v ugotovitev kršitve EKČP in državo kršiteljico zavezujejo k odpravi te kršitve. V končni posledici tako prispevajo k uresničitvi temeljnega namena – zaščiti človekovih pravic.

Države pogodbenice imajo tudi možnost pridružitve k postopku, ki ga je začel posameznik. EKČP v 36. členu določa, da ima država, katere državljan je vložil pritožbo, pravico, da predloži pisne pripombe in sodeluje pri obravnavi (prvi odstavek 36. člena EKČP), lahko pa jo k temu v interesu pravičnega sojenja prav tako povabi predsednik sodišča (drugi odstavek 36. člena EKČP). Gre za t. i. prikrite meddržavne zadeve.¹⁰⁵

podporniki teroristične organizacije IRA. Več o zadevi gl. D. Bonner, *Of Outrage and Misunderstanding: Ireland v United Kingdom - Governmental Perspectives on an Inter-State Application Under the European Convention on Human Rights*, Legal Studies, 2014, str. 47–75.

¹⁰³ L. Apostol, *The Role of the ECHR and Other Human Rights Bodies During the Ukrainian Conflict, Its Eventual Eettlement and Aftermath*, 2017.

¹⁰⁴ *The Netherlands Brings MH17 Case Against Russia Before European Court of Human Rights*, 2020.

¹⁰⁵ *Risini* kot primer prikritih meddržavnih zadev navaja naslednje zadeve: *Loizidou proti Turčiji*, št. 15318/89, 23. 3. 1995, *Chiragov in drugi proti Armeniji*, št. 13216/05, 16. 6. 2015 in *Sargsyan proti Azerbedžanu*, št. 40167/06,

9 Dostop do sodišča in predpostavke za vložitev meddržavne tožbe

Narava kolektivnega varstva se kaže tudi v relativno ohlapnih pogojih za dostop do ESČP. Obstoj neposrednega interesa ali spora med tožnico in toženko ni predpostavka za začetek postopka, prav tako ni potrebe po predhodnem soglasju o pristojnosti ESČP. Slednje pomeni odstop od sistema obligatornosti sporazuma o pristojnosti meddržavnih tribunalov. Spor tudi ni potrebno predhodno predložiti kakšnemu drugemu organu ali alternativnemu reševanju spora. Pomembnost meddržavnih zadev se dodatno kaže v lažjem dostopu do sodišča v primerjavi z individualnimi pritožbami. Po drugem in tretjem odstavku 35. člena EKČP se namreč merila dopustnosti nanašajo zgolj na zadeve predložene po 34. členu EKČP – za individualne pritožbe.¹⁰⁶ Hkrati tudi Poslovnik ESČP¹⁰⁷ določa, da sodišče ne bo obravnavalo tistih individualnih pritožb, ki ne zadostujejo formalnim kriterijem, medtem ko podobne sankcije pri meddržavnih tožbah ni. Zaradi odsotnosti nekaterih meril dopustnosti se preko mehanizma meddržavnih tožb lahko več zadev podvrže vsebinski presoji. Predhodni preizkus je namreč veliko milejši kot pri individualnih pritožbah. Zahteva po izčrpanju domačih sredstev je skupna tako individualnim, kakor tudi meddržavnim zadevam, a je pri meddržavnih zadevah polje izjem širše.¹⁰⁸

10 O izvrševanju odločb ESČP

Sodbe ESČP sprejemajo sodniki kot neodvisni pravni strokovnjaki, ki sodijo v osebнем svojstvu in so pravno zavezujoče za države, ki so stranke postopka. Za države članice imajo *de facto* učinek sodnega precedensa. Obveznost izvršiti sodbo ESČP sicer neposredno zavezuje le toženo državo, a je v 1. členu EKČP določena obveznost držav, da vsakomur, ki sodi v njihovo pristojnost, priznavajo pravice in svoboščine iz EKČP. Tako je ESČP v zadevi *Maestri proti Italiji* poudarilo, da iz 1.

16. 6. 2015 (I. Risini, 2018, *The Inter-State Application Under the European Convention on Human Rights: Between Collective Enforcement of Human Rights and International Dispute Settlement*, str. 4).

¹⁰⁶ Drugi odstavek 35. člena EKČP izrecno določa, da ESČP ne obravnava nobene pritožbe, predložene na podlagi 34. člena, ki je anonimna, v bistvu ista kot zadeva, ki jo je Sodišče že obravnavalo, ali ki je že v drugem postopku mednarodne preiskave ali reševanja in ne vsebuje novih relevantnih informacij. Tudi tretji odstavek 35. člena EKČP določa, da ESČP razglasi za nedopustno vsako pritožbo posameznika, predloženo v skladu s 34. členom, če meni, da ni v skladu z določbami EKČP ali njenih Protokolov, da je očitno neutemeljena ali pa da pomeni zlorabo pravice posameznika do pritožbe ali da za vlagatelja ni nastal znatno neugodnejši položaj, razen če spoštovanje človekovih pravic, opredeljenih v EKČP in njenih Protokolih, zahteva obravnavo take pritožbe.

¹⁰⁷ Poslovnik ESČP je bil sprejet na podlagi 24. člena EKČP.

¹⁰⁸ I. Risini, 2018, *The Inter-State Application Under the European Convention on Human Rights: Between Collective Enforcement of Human Rights and International Dispute Settlement*, str. 56.

člena EKČP izhaja, da države z ratifikacijo EKČP prevzemajo odgovornost, da bodo njihove zakonodaje skladne z EKČP.¹⁰⁹ EKČP ne določa, da bi imele sodbe ESČP v državah članicah neposredni učinek, a je ESČP v zadevi *Vermeire proti Belgiji* odločilo, da ga je v določenih okoliščinah potrebno priznati.¹¹⁰ V primeru jasnega in vsebinsko konkretnega izreka sodbe je ta neposredno izvršljiva, kar pomeni, da morajo sodišča v primeru zamude z zakonodajnimi spremembami zaradi ugotovljenih kršitev s strani ESČP neposredno uporabiti pravilo, ki ga je postavilo ESČP v svoji sodbi, saj je domače pravo neskladno z EKČP in ga nacionalni sodnik ne sme uporabiti.¹¹¹

Učinkovito izvrševanje sodb ESČP je nujno potrebno za delovanje konvencijskega sistema. Ob neizvrševanju sodb ESČP človekove pravice postanejo zgolj teoretične in iluzorne.¹¹² Prvi odstavek 46. člena EKČP določa, da so države dolžne spoštovati dokončne sodbe ESČP, v katerih nastopajo kot stranke. Država pogodbenica ni zgolj zavezana k plačilu pravičnega zadoščenja po 41. členu EKČP, ampak tudi k sprejetju splošnih ali posamičnih ukrepov za prenehanje kršitve in odpravo njenih posledic. Nad izvršitvijo sodb ESČP bdi Odbor ministrov, ki je politično telo, sestavljeno iz predstavnikov držav članic Sveta Evrope. Četrti odstavek 46. člena EKČP določa, da če Odbor ministrov meni, da pogodbenica zavrača spoštovanje dokončne sodbe v zadevi, v kateri je stranka, lahko po tem, ko ji je bilo vročeno uradno obvestilo in z odločitvijo, sprejeto z dvotretjinsko večino glasov predstavnikov upravičenih do sedeža v odboru, ESČP predloži vprašanje, ali pogodbenica stranka ni izpolnila svoje obveznosti.¹¹³ Če ESČP ugotovi kršitev prvega odstavka 46. člena EKČP, zadevo predloži Odboru ministrov, ki odloči o ukrepih, ki jih je treba sprejeti.¹¹⁴ Postavi se vprašanje, ali lahko Odbor ministrov sproži postopek le, če država aktivno zavrača izvršitev – če gre za »kvalificirano« neizvrševanje. Takšno razlogovanje ni ustrezno, saj je z vidika zahteve po polnega spoštovanja človekovih pravic odločba lahko le izvršena ali neizvršena. Država je namreč odgovorna za svoj delni ali popolni neuspeh pri izvršitvi sodbe ESČP.¹¹⁵ Ni

¹⁰⁹ Zadeva *Maestri proti Italiji*, št. 39748/98, 17. 2. 2004, tč. 47.

¹¹⁰ Zadeva *Vermeire proti Belgiji*, št. 12849/87, 29. 11. 1991, str. 8.

¹¹¹ Več o tem: P. P. de Albuquerque, *The European Court of Human Rights as the European Constitutional Court, v: Towards a Universal Justice? Putting International Courts and Jurisdictions into Perspective*, 2016, str. 89–97.

¹¹² Zadeva *Murray proti Nizozemski*, št. 10511/10, 10. 12. 2013.

¹¹³ Četrti odstavek 46. člena EKČP.

¹¹⁴ Peti odstavek 46. člena EKČP.

¹¹⁵ Zadeva *Murray proti Nizozemski*, št. 10511/10, 10. 12. 2013.

pomembno, ali država izrecno nasprotuje izvrševanju sodbe ali temu nasprotuje samo s svojim ravnanjem.¹¹⁶

V obrazložitvenem poročilu pred sprejetjem Protokola št. 14, s katerim je bil uveden nadzorni mehanizem po četrtem odstavku 46. člena EKČP, je bilo navedeno, da je treba okrepiti nadzorne mehanizme izvrševanja sodb ESČP.¹¹⁷ Navedeni postopek je tako primeren za ustvarjanje pritiska na problematične države. Primerna vzpodbuda bi naj bila že teoretična možnost njegove uporabe. Postopek bi naj predstavljal prehodni korak pred uporabo 8. člena Statuta Sveta Evrope – izključitev države članice zaradi grobih kršitev.¹¹⁸

ESČP se, ko odloča na podlagi četrtega odstavka 46. člena EKČP, ne spušča v vsebino prve sodbe in v kršitev, o kateri je že odločilo, temveč zgolj odloča o tem, ali je država izpolnila obveznost iz te sodbe. ESČP lahko odloča tudi o novi individualni pritožbi ali meddržavni tožbi proti državi članici, ki je že bila obsojena, pri čemer tožnik, bodisi posameznik bodisi država, poleg nove kršitve, zatrjuje še kršitev prvega odstavka 46. člena EKČP – neizpolnitev prve sodbe.¹¹⁹ ESČP pa nima pristojnosti, da obravnava tožbe zgolj zaradi kršitve prvega odstavka 46. člena (neizvrševanje predhodne sodbe).¹²⁰ Predmet nove tožbe je lahko zgolj nova kršitev, ki je nastala v procesu izvrševanja prejšnje sodbe, o kateri ESČP še ni odločalo in o kateri bo odločalo šele z novo sodbo. V tem primeru se mora tožnik sklicevati na kršitev iztožljive konvencijske pravice (npr. 6. člen EKČP).¹²¹

Za sprožitev postopka po četrtem odstavku 46. člena EKČP je potrebna dvotretjinska večina članov Odbora ministrov, kar je eden od razlogov, da so ti postopki tako redki. Če bi se zmanjšala potrebna večina, bi se zmanjšala možnost, da bi si države med seboj dajale potuho.¹²² Četudi je ESČP do sedaj obravnavalo le en postopek po četrtem odstavku 46. člena EKČP,¹²³ je ta uresničil svoj namen, saj je tožena država prejšnjo sodbo implementirala, in to že po vložitvi (pri)tožbe.

¹¹⁶ D. Končan, 2022, Problem uresničevanja sodb Evropskega sodišča za človekove pravice, str. 130.

¹¹⁷ Obrazložitveno poročilo k Protokolu št. 14, Council of Europe Treaty Series, št. 194, str. 17.

¹¹⁸ D., Končan, 2022, Problem uresničevanja sodb Evropskega sodišča za človekove pravice, str. 124

¹¹⁹ Tako je bilo v zadevi Sidebras in ostali proti Litvi, št. 50421/08 in 56213/08.

¹²⁰ Zadeva Morreira Ferreira proti Portugalski (št. 2), št. 19867/12, 11. 7. 2017.

¹²¹ D. Končan, 2022, Problem uresničevanja sodb Evropskega sodišča za človekove pravice, str. 98.

¹²² D. Leach, A. Donald, 2016, Parliaments and the European Court of Human Rights, str. 43.

¹²³ Ilgar Mammadov proti Azerbajdžanu, št. 15172/13, 29. 5. 2019.

ESČP s sodbo po 46. členu EKČP ne more naložiti nobene denarne obveznosti, saj se z njo se zgolj ugotovi neizpolnitev prve sodbe. Pravična denarna odškodnina, ki se lahko naloži na podlagi 41. člena EKČP, pa nima kaznovalnih učinkov (namen je satisfakcija).

11 Zaključek

Izvrševanje sodb ESČP nadzira zgolj Odbor ministrov. Če ta meni, da pogodbenica zavrača spoštovanje dokončne sodbe, lahko na podlagi četrtega odstavka 46. člena EKČP predloži sodišču vprašanje, ali pogodbenica ni izpolnila svoje obveznosti. Sprememba četrtega odstavka 46. člena EKČP, ki bi razširila krog upravičenih subjektov za vložitev tožbe na ugotovitev neizpolnitve sodbe, izdane na podlagi 33. člena EKČP na države pogodbenice, bi dosegla učinkovitejše uveljavljanje *erga omnes partes* obveznosti iz EKČP. Učinkovito uveljavljanje *erga omnes partes* obveznosti iz EKČP pomeni tudi doseganje obsodilnih sodb v primeru kršitev EKČP in dosledno izvrševanje teh sodb. Odbor ministrov je zaradi svoje personalne strukture lahko v posamezni zadevi bolj usmerjen v interese države članice, kot v interese same organizacije, kar lahko rezultira v odsotnosti interesa po vlaganju tožb po četrtem odstavku 46. člena EKČP. To se kaže v nizkem številu tovrstnih postopkov.

Ureditev meddržavnih tožb po 33. členu EKČP *implicito* priznava interes vseh pogodbenic po vložitvi tožbe zaradi kršitev *erga omnes partes* obveznosti. Če imajo pogodbenice interes po vložitvi tožbe, s katero naj ESČP ugotovi kršitev EKČP, ga imajo tudi nad izvršitvijo sodbe, s katero je kršitev ugotovljena. Gre za zasledovanje njihove vloge kot »varuhov konvencije«. Če bi pogodbenicam, ki so sprožile postopke po 33. členu EKČP, bilo tudi omogočeno, da v primeru neizvršitve ali nepopolne izvršitve sodbe vložijo tožbo po četrtem odstavku 46. člena EKČP, bi to za kršiteljice pomenilo dodatno opozorilo in še jasnejši poziv k izpolnitvi. Predvsem v tistih primerih, ko so pogodbenice zmotno prepričane, da so sodbo izvršile v zadostni meri, bi sodba po četrtem odstavku 46. člena dala jasno potrditev, da morajo še kaj ukreniti. V teoriji so izpostavljeni pomisleki o reformi mehanizmov izvrševanja sodb EKČP, med drugim tudi v smeri ustanovitve organa, katerega personalna struktura bi bila bistveno manj odvisna od pogodbenic.¹²⁴ Predlagana reforma bi ravno zmanjšala pomanjkljivosti obstoječe aktivne legitimacije za vložitev tožb po četrtem odstavku 46. EKČP.

¹²⁴ W. Schabas, 2017, *The European Convention on Human Rights: A Commentary*, str. 723.

Če ureditev po 33. členu EKČP pogodbenicam *implicit*e priznava interes za vložitev tožbe na ugotovitev kršitve EKČP neodvisno od prizadetosti njihovega neposrednega interesa, bi jim bilo potrebno priznati interes za vložitev tožbe po četrtem odstavku 46. člena EKČP tudi v primeru, ko kršiteljice ne izvršijo sodbe na podlagi 34. člena EKČP (postopka na podlagi individualne pritožbe). Tako bi se ustvaril koncept »subsidiarnih« meddržavnih tožb, ki bi prispevale tudi k izvršitvi sodb na podlagi individualnih pritožb.

Literatura

- Abi-Saab Georges, Whittier the International Community?, *European Journal of International Law*, Let. 9 (1998), str. 248–265.
- Aceves William J., *Actio Popularis - The Class Action in International Law*, University of Chicago Legal Forum, Let. 2003 (2003), str. 353–402.
- Amr, Mohamed Sameh M., *The Role of the International Court of Justice as the Principal Judicial Organ of the United Nations*, Kluwer Law International, Haag 2003.
- Andrassy, Juraj, *Međunarodno pravosuđe*, Izdavački zavod Jugoslavenske akademije, Zagreb 1948.
- Annacker Claudia, *The Legal Regime of Erga Omnes Obligations in International law*, *Austrian Journal of Public and International Law*, Let. 2 (1994), str. 131–166.
- Apostol, Lilian, *The Role of the ECHR and Other Human Rights Bodies During the Ukrainian Conflict, Its Eventual Settlement and Aftermath*, 2017, dostopno na: <https://ssrn.com/abstract=2982277> (23. 4. 2020).
- Asteriti Alessandra, Tams Christian J., *Erga Omnes, Jus Cogens and Their Impact on the Law of State Responsibility*, v: *The International Responsibility of the European Union*, M. Evans (ur.), P. Koutrakos (ur.), Hart Publishing, Oxford 2013, dostopno na: https://www.researchgate.net/publication/237066709_Erga_Omnes_Jus_Cogens_and_Their_Impact_on_the_Law_of_State_Responsibility (17. 4. 2021).
- Bebler, Anton, *Uvod v evropske integracije*, Uradni list Republike Slovenije, Ljubljana 2007.
- Bird Annie, *Third State Responsibility for Human Rights Violations*, *The European Journal of International Law*, Let. 21 (2011), št. 4, str. 883–900.
- Bonafe Beatrice I., *Establishing the Existence of a Dispute Before the International Court of Justice: Drawbacks and Implications*, *Questions of International Law*, Let. 45 (2017), str. 3–32, dostopno na: <http://www.qil-qdi.org/establishing-existence-dispute-international-court-justice-drawbacks-implications/> (6. 3. 2021).
- Bonner David, *Of Outrage and Misunderstanding: Ireland v United Kingdom – Governmental Perspectives on an Inter-State Application Under the European Convention on Human Rights*, *Legal Studies*, Let. 34 (2014), št. 1, str. 47–75.
- Caban Pavel, *Diplomatic Protection and Other Mechanisms for the Protection of Individual Against Serious Human Rights Violations: Limiting the Discretion*, *Czech Yearbook of Public and Private International Law*, Let. 5 (2014), dostopno na: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2672214 (4. 9. 2021).
- Cerar, Božo, *Diplomatska zaščita, samozaložba*, Piran 2001.
- Chow P. Y., *On Obligations Erga Omnes Partes*, *Georgetown Journal of International Law*, Let. 52 (2020), št. 2, str. 469–504.
- Craig Paul, *EU Accession to the ECHR: Competence, Procedure and Substance*, *Fordham International Law Journal*, Let. 36 (2013), št. 5, str. 1115–1150.
- Crawford James, *The ILC's Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts: A Retrospect*, *The American Journal of International Law*, Let. 96 (2002), št. 4, str. 874–890,

- dostopno na: http://www.oas.org/dil/esp/xxxvii_curso_the_ils_leonardo_nemer.pdf (7. 9. 2021).
- De Albuquerque Paulo Pinto, *The European Court of Human Rights as the European Constitutional Court, v: Towards a Universal Justice? Putting International Courts and Jurisdictions into Perspective*, D. M. Vicente (ur.), Brill Nijhoff, Leiden 2016.
- De Hoogh, André, *Obligations Erga Omnes and International Crimes: A Theoretical Inquiry into the Implementation and Enforcement of Interantional Responsibility of States*, Kluwer International Law, Haag 1996.
- De Wet Erika, *Invoking Obligations Erga Omnes in the Twenty-First Century: Progressive Developments Since Barcelona Traction*, SAYIL, Let. 38 (2013), str. 2–19, dostopno na: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2629560 (16. 4. 2021).
- Dinstein Yoram, *The Erga omnes Applicability of Human Rights*, *Archiv des Völkerrechts*, (1992), str. 16–21.
- Eeckhout, P., *Opinion 2/13 on EU Accession to the ECHR and Judicial Dialogue: Autonomy or Autarky*, *Fordham International Law Journal*, Let. 38 (2015), št. 4, str. 955–992.
- European Court of Human Rights, 2014, *The ECHR in 50 Questions*, dostopno na: https://www.echr.coe.int/Documents/50Questions_ENG.pdf (20. 5. 2020).
- Friedmann, Wolfgang, *The Changing Structure of International Law*, University Presses of California, Columbia and Princeton, New Zork 1964.
- Gerards Janneke (ur.), Brems Eva (ur.), *Shaping Rights in the ECHR: The Role of the European Court of Human Rights in Determining the Scope of Human Rights*, Cambridge University Press, New York 2013.
- Gillingwater Josephine, *The Role of Erga Omnes Obligations in The Gambia V Myanmar*, 2020, dostopno na: <https://www.humanrightspulse.com/mastercontentblog/the-role-of-erga-omnes-obligations-in-the-gambia-v-myanmar-2020?rq=THE%20ROLE%20OF%20ERGA%20OMNES> (16. 4. 2021).
- Green Sebastián Martínez, *Locus Standi Before the International Court of Justice for Violations of the World Heritage Convention*, *Transnational Dispute Management*, Let. 5 (2013), dostopno na: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2356102 (12. 4. 2021).
- Hofbauer Jane, 1918 - *The League of Nations as a 'First Organized Expression of the International Community' and the Permanent Court of International Justice As Its Guardian*, *Austrian Review of International and European Law*, 2020, dostopno na: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3666146 (13. 3. 2021).
- Hofbauer Jane, *Intervention in International Proceedings – A Time for a Change in Judicial Policy? Interventions for Erga Omnes Interests, v: Research Handbook on International Procedural Law*, J. Gomula (ur.), S. Wittich (ur.), Edward Elgar, 2017, dostopno na: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3784561 (17. 4. 2021).
- Hold von Zürich Peter, *Die Staatenbeschwerde im Rahmen der Europäischen Menschenrechtskonvention – rechtliche und politische Probleme*, 1976.
- International Law Commission, *Draft Articles on Diplomatic Protection with commentaries, Yearbook of the International Law Commission* (2. izdaja), drugi del, 2006.
- Komisija za mednarodno pravo, 2001, *Osnutek členov o odgovornosti držav za mednarodna protipravna dejanja, ki ga je pripravila Komisija za mednarodno pravo na svojem 53. kongresu leta 2001 in je sestavni del poročila, ki je bilo predloženo Generalni skupščini OZN*.
- Končan, Domen, *Problem uresničevanja sodb Evropskega sodišča za človekove pravice*, doktorska disertacija, Pravna fakulteta Univerze v Ljubljani, Ljubljana 2022.
- Kreča, Milenko, *Medunarodno javno pravo*, Pravni fakultet Beograd, Beograd 2007.
- Lampe, Rok, *Pravo človekovih pravic*, Uradni list RS, Ljubljana 2010.
- Leach Phillip, Donald Alice, *Parliaments and the European Court of Human Rights*, Oxford University Press, Oxford 2016.
- Leach, Phillip, *On Inter-State Litigation and Armed Conflict Cases in Strasbourg*, *European Convention on Human Rights Law Review*, Let. 2 (2021), št. 1, str. 27–74.
- Leckie Scott, *The Inter-State Complaint Procedure in International Human Rights Law: Hopeful Prospects of Wishful Thinking?*, *Human Rights Quarterly*, Let. 10 (1988), št. 2, str. 249–303.

- Linderfalk Ulf, *International Legal Hierarchy Revisited – The Status of Obligations Erga Omnes*, *Nordic Journal of International Law*, Let. 80 (2011), str. 1–23.
- Marotti Loris, *Establishing the Existence of a Dispute Before the International Court of Justice: Glimses of Flexibility Within Formalism?*, *Questions of International Law*, Let. 45 (2017), str. 77–88, dostopno na: <http://www.qil-qdi.org/establishing-the-existence-of-a-dispute-before-the-international-court-of-justice-glimses-of-flexibility-within-formalism/> (6. 3. 2021).
- Matignon Louis de Gouyon, *The Definition of Actio Popularis*, 2020, dostopno na: <https://www.spacelegalissues.com/the-definition-of-actio-popularis/> (12. 4. 2021).
- Moriijn John, *After Opinion 2/13: How to Move on in Strasbourg and Brussels*, 2015, dostopno na: <https://eutopialaw.wordpress.com/2015/01/05/after-opinion-213-how-to-move-on-in-strasbourg-and-brussels/> (9. 6. 2020).
- Okere Obinna B., *The Protection of Human Rights in Africa and the African Charter on Human and Peoples' Rights: A Comparative Analysis with the European and American Systems*, *Human Rights Quarterly*, Let. 6 (1984), št. 2, str. 141–159.
- Petrič Ernest, *Načela Ustanovne listine OZN - jus cogens?*, *Teorija in praksa*, Let. 53 (2016), št. 1., str. 71–85.
- Pillai Priya, *The Gambia v Myanmar at the International Court of Justice: Points of Interest in the Application*, *OpinioJuris*, 2019, dostopno na: <http://opiniojuris.org/2019/11/13/the-gambia-v-myanmar-at-the-international-court-of-justice-points-of-interest-in-the-application/> (16. 4. 2021).
- Pogačnik, Marko, *Jus cogens v mednarodnem pravu*, doktorska disertacija, Pravna fakulteta Univerze v Ljubljani, Ljubljana 1997.
- Pogačnik Marko, *Koncept obveznosti erga omnes v sodobnem mednarodnem pravu*, v: *Zbornik znanstvenih razprav*, Let. 57 (1997), str. 295–322.
- Popović Igor, *For Whom the Bell of the European Convention on Human Rights Tolls? The Curious Case of Slovenia v. Croatia*, *Blog of the European Journal of International Law*, 2019, dostopno na: <https://www.ejiltalk.org/for-whom-the-bell-of-the-european-convention-on-human-rights-tolls-the-curious-case-of-slovenia-v-croatia/> (21. 3. 2021).
- Risini, Isabella, *The Inter-State Application Under the European Convention on Human Rights: Between Collective Enforcement of Human Rights and International Dispute Settlement*, Brill/Nijhoff, Leiden 2018.
- Risini Isabella, Batura Justine, Kleinert Lukas, *A 'Golden Age' of Inter-State Complaints?: An Interview with Isabella Risini*, *Völkerrechtsblog*, 2020, dostopno na: <https://voelkerrechtsblog.org/a-golden-age-of-inter-state-complaints/> (17. 3. 2021).
- Sancin, Vasilka, *Mednarodno pravo v hierarhiji pravnih virov EU in njenih članic*, Uradni list Republike Slovenije, Ljubljana 2009.
- Schabas, William A., *The European Convention on Human Rights: A Commentary*, Oxford University Press, New York 2017.
- Sicilianos Linos-Alexander, *The Classification of Obligations and the Multilateral Dimension of the Relations of the International Responsibility*, *European Journal of International Law*, Let. 13 (2002), št. 5, str. 1127–1145.
- Sicilianos Linos-Alexandre, *The European Court of Human Rights at a Time of Crisis in Europe*, 2015, dostopno na: https://esil-sedi.eu/wp-content/uploads/2018/04/Sicilianos_speech_Translation.pdf (1. 6. 2020).
- Tams, Christian, J., *Enforcing Obligations Erga Omnes in International Law*, Cambridge University Press, Cambridge 2005.
- Tams Christian, J., Tzanakopoulos Antonios, *Barcelona Traction at 40: The ICJ as an Agent of Legal Development*, *Lieden Journal of International Law*, Let. 23 (2010), št. 4, str. 782–800.
- Tekavčič Veber Maruša, *Obveznosti erga omnes (partes) v sodni praksi Meddržavnega sodišča: zadeva Barcelona Traction kot vodilo razvoja mednarodnega prava*, *Pravnik*, Let. 77 (2022), št. 3-4, str. 153–180.
- The Netherlands Brings MH17 Case Against Russia Before European Court of Human Rights*, 2020, dostopno na: <https://www.government.nl/latest/news/2020/07/10/the-netherlands-brings-mh17-case-against-russia-before-european-court-of-human-rights> (25. 4. 2021).

- Thouvenin Jean-Marc, Tomuschat Christian (ur.), *The Fundamental Rules of the International Legal Order: Jus Cogens and Obligations Erga Omnes*, Martinus Nijhoff, Leiden 2006.
- Tomašević Maja, *Odnos med sistemi varstva človekovih pravic Sveta Evrope, Evropske unije in Združenih narodov*, *Dignitas: revija za človekove pravice*, (2010), št. 47-48, str. 183–204.
- Turk, Danilo, *Temelji mednarodnega prava*, GV založba, Ljubljana 2007.
- Uchkunova Inna, *Belgium v. Senegal: Did the Court End the Dispute Between the Parties?*, *Blog of the European Journal of International Law*, 2012, dostopno na: <https://www.ejiltalk.org/belgium-v-senegal-did-the-court-end-the-dispute-between-the-parties/> (13. 4. 2021).
- Ulstein Geir, Risini Isabella, *Inter-State Applications Under the European Convention on Human Rights*, *Blog of the European Journal of International Law*, 2020, dostopno na: <https://www.ejiltalk.org/inter-state-applications-under-the-european-convention-on-human-rights-strengths-and-challenges/> (24. 1. 2020).
- Venzke Ingo, *Public Interests in the International Court of Justice — A Comparison Between Nuclear Arms Race (2016) and South West Africa (1966)*, *AJIL Unbound*, Let. 111 (2017), str. 68–74. dostopno na: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2983500 (11. 4. 2021).
- Vicente, Dário Moura (ur.), *Towards a Universal Justice? Putting International Courts and Jurisdictions into Perspective*, Brill, Leiden 2016.
- Waibel Michael, *Mavrommatis Palestine Concessions (Greece V Great Britain) (1924 – 27)*, v: *Landmark Cases in Public International Law*, E. Borge, C. Miles, Hart, Oxford 2017, dostopno na: <https://ssrn.com/abstract=3314569> (8. 4. 2021).
- Zimmermann Andreas, Oellers-Frahm Karin, Tomuschat Christian, Tams Christian J. (ur.), *The Statute of the International Court of Justice: A Commentary* (2. izdaja), Oxford University Press, Oxford 2012.

SUMMARY

The existence of a legal dispute between the parties and the applicant's legal interest are one of the fundamental prerequisites for *locus standi* before the International Court of Justice. In principle, an applicant state has a legal interest when the respondent state directly interferes with its interests. However, there are some obligations of which the violations can be asserted by all members of the international community, including those who are not directly affected by the breach. These are *erga omnes* international obligations. Since the most serious violations concern all members of the international community, all states are entitled to require from the infringing state to put an end to these violations. If it was not possible to compel the infringing state to comply with those obligations, their meaning would be diminished. All members of the international community have an interest to bring the breach of the *erga omnes* obligation to an end. This represents a peculiar form of *actio popularis*. However, *erga omnes partes* obligations are obligations to all members of an international organization or to all parties of an international treaty. Violation of these obligations may be asserted by all members of this international organization or by all parties to this international treaty, including those who are not directly affected by the violation.

The article deals with the *erga omnes partes* aspect of the obligations under the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (ECHR) in light of inter-state actions under Article 33 of the ECHR as one of the ways to enforce these obligations. Inter-state actions are often overlooked in international human rights law, both at the universal and regional levels, as states rarely use these mechanisms. In the very design of the ECHR, inter-state actions were the only mechanism for enforcing convention rights before the European Court of Human Rights (hereinafter ECtHR) as the concept of individual applications appeared somewhat later. Individual applications now represent the majority of cases before the ECtHR. Nevertheless, inter-state actions are an important tool for protection of human rights.

It follows from the normative regulation of inter-state actions before the ECtHR that each rule of the ECHR constitutes an obligation of all parties to the ECHR to comply with this rule (*erga omnes partes* obligation). Consequently, all parties to the ECHR have the right to demand from violators to cease the violation (*actio popularis*). Interstate actions before the ECtHR are a mechanism that allows parties to take action against other parties in violation of Convention rights. The primary purpose of these procedures is not to resolve conflicts of national interest of member states, but to ensure compliance with the *acquis*. The state is actively entitled to bring an action notwithstanding the existence of a prior dispute with the respondent state and notwithstanding the violation of its direct national interest by the respondent state.

The article proposes an amendment to the existing provision of Article 46 (4) of the ECHR. An amendment would provide the state parties to the ECHR to bring an action under Article 46 (4) for failure to comply with a judgment given under Article 33 of the ECHR which would achieve more effective enforcement of *erga omnes partes* obligations. If the states have an interest to bring an action to the ECtHR to find the violation of ECHR, they also have an interest in enforcing the judgement finding the violation. The aforementioned amendment would pursue the concept of “*states as guardians of the Convention*”. Moreover, if the Article 33 of the ECHR implicitly recognizes the state parties interest in bringing an action for a finding of a violation of the ECHR by other states regardless of their national interest, they should be granted an interest in bringing an action under Article 46 (4) of the ECHR even when infringement of judgment on the basis of Article 34 of the ECHR (individual application) appears. This would create the concept of “*subsidiary interstate actions*”, which would contribute to the enforcement of judgments based on individual appeals.

VPLIV EVROPSKE UNIJE NA EKONOMSKO UPRAVLJANJE REPUBLIKE SLOVENIJE

ALJANKA KLAJNŠEK

Računsko sodišče Republike Slovenije, Ljubljana, Slovenija
aljanka.klajnsek@rs-rs.si

Z vstopom Republike Slovenije v Evropsko unijo in kasneje monetarno unijo je bilo za celotne javne finance Republike Slovenije uveljavljeno novo dejstvo. Evropska unija vodi skupno monetarno politiko, ki zahteva tesno usklajene ekonomske politike držav članic. Ekonomske politike držav članic Evropske unije spadajo med zadeve skupnega pomena in morajo biti koordinirane na ravni Evropske unije. Prispevati morajo k doseganju ciljev, ki so določeni v pogodbah in strategijah Evropske unije. V letu 2020 je zaradi epidemije covid-19 glede proračunskega financiranja in upravljanja v celotni Evropski uniji prišlo do bistvenega odstopanja od pravil, ki so veljala pred epidemijo covid-19. V prispevku na podlagi analize predpisov in revizijskega poročila Računskega sodišča Republike Slovenije odgovarjamo na vprašanje, ali je Republika Slovenija v letih 2018 in 2019 v okviru proračunskega poslovanja uresničevala nacionalne strateško-razvojne cilje in strateške cilje Evropske unije. Prispevek želi vzpodbuditi k nadaljnjim raziskavam na tem področju, predvsem v okviru pravnih znanosti.

DOI
[https://doi.org/
10.18690/um.pf.1.2024.22](https://doi.org/10.18690/um.pf.1.2024.22)

ISBN
978-961-286-817-8

Ključne besede:

Evropska unija,
Republika Slovenija,
ekonomsko upravljanje,
proračunsko poslovanje,
strateško-razvojno
načrtovanje



Univerzitetna založba
Univerze v Mariboru

DOI
[https://doi.org/
10.18690/um.pf.1.2024.22](https://doi.org/10.18690/um.pf.1.2024.22)

ISBN
978-961-286-817-8

Keywords:

European Union,
Republic of Slovenia,
economic governance,
budget operations,
strategic and development
planning

INFLUENCE OF THE EUROPEAN UNION ON ECONOMIC GOVERNANCE OF THE REPUBLIC OF SLOVENIA

ALJANKA KLAJNŠEK

Court of Audit of the Republic of Slovenia
aljanka.klajnsek@rs-rs.si

With the accession of the Republic of Slovenia to the European Union and later the Monetary Union, a new fact was established for budget law and the entire public finances of the Republic of Slovenia. The European Union pursues a common monetary policy that requires closely coordinated economic policies of the Member States. The economic policies of the Member States of the European Union are matters of common interest and must be coordinated at European Union level. They must contribute to the achievement of the European Union's objectives, which are set out in treaties and strategies. In 2020, the COVID-19 epidemic led to a significant deviation from the rules in place before the COVID-19 epidemic in terms of budget financing and management across the European Union. The article, seeks to answer the question whether the Republic of Slovenia in the years 2018 and 2019 implemented national strategic and development objectives as well as strategic objectives of the European Union in the framework of its budget operations based on the analysis of regulations and audit report of the Court of Audit of the Republic of Slovenia. The article seeks to encourage further research in this field, especially within legal sciences.



1 Uvod

Ekonomsko politiko lahko opišemo kot splet aktivnosti, s katerimi spreminjamo gospodarske razmere, da bi dosegli določene cilje.¹ Njeni nosilci v državi so vlada, centralna banka in združenja posameznih interesnih skupin. Med njimi ima največjo moč vlada, ki v tržnih ekonomijah med drugim opravlja stabilizacijsko,² distribucijsko in alokacijsko funkcijo.³

Najpomembnejši ekonomski politiki sta fiskalna in monetarna.⁴ Glavno orodje fiskalne politike so prejemki in izdatki oz. prihodki in odhodki⁵ javnega sektorja, ki so zajeti v proračunih. Zato lahko fiskalno politiko opredelimo kot politiko države v zvezi s prejemki in izdatki proračuna ter v zvezi z državnimi dolgovi in posojili. Monetarna pa je politika, s katero država ureja količino denarja v obtoku.⁶ Sodobne denarne ureditve povezujejo dobičke ali izgube (centralne banke) s proračuni držav, v katere se lahko stekajo dobički ali iz katerih se lahko pokrivajo izgube.⁷

Izraz »fiskalni sistem« je sopomenka za davčni in proračunski sistem.⁸ *Strašek* opredeljuje fiskalno politiko⁹ v okviru ekonomske politike tudi kot politiko, s katero država (vlada) vpliva na agregatno povpraševanje. Neposredno je to mogoče storiti s spreminjanjem državnih izdatkov oz. odhodkov za proizvode in storitve; posredno pa s spreminjanjem razpoložljivega dohodka ekonomskih subjektov s spreminjanjem davkov ali transferjev.¹⁰

Evropska unija (EU) je nadnacionalna organizacija ter ekonomska in monetarna unija (EMU) držav članic. Monetarna politika je v skladu s Pogodbo o delovanju Evropske unije¹¹ (PDEU) v izključni pristojnosti EU.¹² Ekonomska politika je sicer

¹ S. Strašek, 2006, *Ekonomska analiza in politika*, str. 14–15.

² Stabilizacijska funkcija fiskalne politike se je razvila v orodje ekonomske politike v Veliki gospodarski krizi iz tridesetih let preteklega stoletja. H. Kamnar, N. Borak, 2013, *Fiskalna pravila*, str. 19.

³ S. Strašek, 2006, *Ekonomska analiza in politika*, str. 14–15.

⁴ H. Kamnar, N. Borak, 2013, *Fiskalna pravila*, str. 28.

⁵ Izraza prejemki in izdatki se uporabljata, če uporabljamo načelo denarnega toka. V primeru uporabe načela poslovnega dogodka oz. obračunskega načela se uporabljata izraza prihodki in odhodki. Povzeto po H. Kamnar, N. Borak, 2013, *Fiskalna pravila*, str. 11.

⁶ H. Kamnar, N. Borak, 2013, *Fiskalna pravila*, str. 29.

⁷ Prav tam.

⁸ S. Strašek, 2006, *Ekonomska analiza in politika*, str. 199.

⁹ Prav tam.

¹⁰ Prav tam.

¹¹ UL C 326, 26. 10. 2012.

¹² Več o tem gl. 3. člen PDEU.

v deljeni pristojnosti EU in držav članic,¹³ vendar je bila pristojnost EU na ekonomsko politiko bistveno okrepljena v okviru Pakta za stabilnost in rast. V okviru ekonomske in monetarne unije EU je ključna stabilizacijska funkcija ekonomske politike. Sodobna fiskalna stabilizacijska politika izhaja iz prepričanja, da lahko država s preudarnim vodenjem proračunske politike izravnava nihanja v povpraševanju zasebnega sektorja.¹⁴

Po izbruhu grške krize leta 2010 in kasneje krize celotnega evroobmočja je prišlo do spoznanja, da monetarna unija ni mogoča brez bistveno tesnejšega sodelovanja držav članic na fiskalnem področju.¹⁵ EU je zato v letu 2011 in v letu 2013 sprejela več dokumentov (t. i. šesterček in t. i. dvojček) v okviru Pakta za stabilnost in rast, ki so bistveno spremenili pravila in pristojnosti glede ekonomske politike. Na ta način je bil usklajen in bistveno poostren tudi finančni in vsebinski okvir ter nadzor nad proračunskim načrtovanjem za vse države članice EU v okviru t. i. procesa evropski semester.¹⁶

Republika Slovenija (RS) je postala članica EU dne 1. 5. 2004, skupno valuto (evro) pa je prevzela dne 1. 1. 2007.

V prispevku raziskujemo, kakšen vpliv je imela ekonomska politika EU na ekonomsko upravljanje RS oz. fiskalno politiko RS v smislu uresničevanja nacionalnih strateško-razvojnih ciljev. Zanima nas, ali je RS v letih 2018 in 2019 v okviru proračunskega poslovanja lahko uresničevala strateško-razvojne cilje iz nacionalne Strategije razvoja Slovenije in strateške cilje EU. Ali je RS v okviru nacionalne fiskalne politike imela dovolj manevrskega prostora v okviru državnega proračuna za izvedbo načrtovanih novih strateško-razvojnih projektov? Naša hipoteza je, da RS v okviru Pakta za stabilnost in rast v letih 2018 in 2019 ni imela dovolj manevrskega prostora za uresničevanje dolgoročnih strateško-razvojnih projektov države.

¹³ Več o tem gl. 4. člen PDEU.

¹⁴ Več o tem gl. v H. Kamnar, N. Borak, 2013, Fiskalna pravila, str. 27–39.

¹⁵ M. Mrak, Evropski mehanizem gospodarskega upravljanja in konsolidiranja slovenskih javnih financ, 2012, str. 179–196.

¹⁶ Proces naj bi zagotavljal *ex ante* usklajevanje ekonomskih politik v EU, skladnost med ekonomskimi odločitvami in proračunskimi omejitvami ter okrepil učinkovitost izvajanja politik na nacionalni ravni. Več o tem gl. v razdelku 2.3 tega prispevka.

V prispevku smo v ta namen naredili pregled določb in sprememb predpisov, ki sestavljajo Pakt za stabilnost in rast, in njihov vpliv na ekonomsko upravljanje RS ter sprememb predpisov s področja javnih financ in proračunskega poslovanja RS.

V drugem poglavju prispevka predstavimo normativno ureditev ekonomskega upravljanja EU. Osredotočeni smo na ekonomsko politiko. Na kratko orišemo spremembe pravil na področju ekonomskega upravljanja v EU ter razloge zanje. Usmerjeni smo na spremembe iz obdobja med leti 2011 in 2013 in njihovem vplivu na ekonomsko ter proračunsko upravljanje RS. V tretjem poglavju podrobneje predstavimo ekonomsko upravljanje v RS in mednarodne obveznosti RS v zvezi z ekonomskim upravljanjem. V tem delu tudi povežemo ekonomsko upravljanje EU in RS. Poglavje zaključimo s formalnim in dejanskim vplivom mednarodnih obveznosti RS na njeno ekonomsko in proračunsko upravljanje.

Tema prispevka je interdisciplinarna, na presečišču ekonomije, prava in politologije. Hkrati obravnava ekonomsko upravljanje na ravni EU in RS ter analizira vpliv nadnacionalne organizacije na ekonomsko politiko in proračunsko poslovanje na nacionalni ravni. V prispevku ne analiziramo veliko nedorečenih in spornih vprašanj Pakta za stabilnost in rast, kot je npr. izguba dela suverenosti držav članic glede na primarno zakonodajo EU. Prav tako ne obravnavamo in se ne opredeljujemo do različnih teoretičnih pogledov na odnos do proračunskega salda in funkcij ekonomske politike. Ta vprašanja so že bila obširno obravnavana iz različnih vidikov in so lahko predmet nadaljnjih raziskav.

Znanstvene in strokovne literature, ki obravnava reformo EMU iz ekonomskega in pravnega vidika, je veliko.¹⁷ Pregled literature kaže, da so posamezni avtorji obravnavali problematiko predvsem iz makroekonomskega,¹⁸ pa tudi pravnega

¹⁷ Npr. D. Mügge, *Europe's Regulatory Role in Post-Crisis Global Finance*, 2014, str. 316–326; M. Dawson, *The Legal and Political Accountability Structure of 'Post-Crisis' EU Economic Governance*, 2015, str. 976–993; L. Quaglia, *The Politics of 'Third Country Equivalence' in Post-Crisis Financial Services Regulation in the European Union*, 2015, str. 167–184; L. Quaglia, *The 'Old' and 'New' Politics of Financial Services Regulation in the European Union*, 2012, str. 515–535; S. Casagrande, B. Dallago, *Benchmarking Institutional Variety in the Eurozone: An Empirical Investigation*, 2021, str. 13; L. Blume, S. Voigt, *The Economic Effects of Constitutional Budget Institutions*, 2013, str. 236–251; D. Asteriou, K. Spanos, *The Relationship Between Financial Development and Economic Growth During the Recent Crisis: Evidence From the EU*, 2019, str. 238–245; A. Matei, A. Calapod, *Changes of the Decision Making Process in EU in the Context of the Financial and Economic Crisis*, 2015, str. 254–260; R. M. Boboc, I. I. Alecu, *Financial Packages for EU Member States After the Moment of the Economic Crisis*, 2013, str. 3–9; M. Mrak, *Evropski mehanizem gospodarskega upravljanja in konsolidiranja slovenskih javnih financ*, 2012, str. 179–196; M. Bednaš, 2006, *Reforma pakta stabilnosti in rasti*; H. Kamnar, N. Borak, 2013, *Fiskalna pravila*.

¹⁸ Npr. M. Ahtik, *Ekonomska vloga evra*, 2006, str. 1318–1326; G. A. Savvakis, D. Kenourgios, T. Papageorgiou, *To EMU or Not to EMU: Can TFP "Provoke" the Capital Structure Puzzle of SMEs?*, 2021, str. 17.

vidika, in sicer z vidika globalne finančne krize,¹⁹ razlogov za reforme,²⁰ ekonomske suverenosti držav,²¹ problematike ekonomske doktrine neoliberalizma,²² stabilizacijske fiskalne politike in fiskalnih pravil v EU,²³ problematičnosti vsebine pogodbe o fiskalnem paktu z ekonomskega, pravnega in socialnega vidika ter z vidika evropske ustavne demokracije²⁴ ipd. Posamezni avtorji so vzpostavljali povezave med pravnim in ekonomskim vidikom.²⁵ Obstaja tudi znanstvena literatura, ki obravnava vpliv epidemije covida-19 na ekonomsko upravljanje držav in EU.²⁶

Avtorji *Anessi-Pessina* et al. izpostavljajo, da je malo znanstvene literature, ki bi obravnavala proračunsko financiranje in upravljanje javnih financ (k rezultatom usmerjeni proračun²⁷)²⁸ na več ravneh, npr. na nadnacionalni ter nacionalni ravni.²⁹ V znanstveni literaturi je slabo obdelan tudi k rezultatom usmerjeni proračun na nadnacionalni ravni (primer EU³⁰).³¹

¹⁹ Npr. D. Mügge, *Europe's Regulatory Role in Post-Crisis Global Finance*, 2014, str. 316–326.

²⁰ H. Kamnar, N. Borak, 2013, *Fiskalna pravila*.

²¹ M. Ahtik, Z. Erent Sunko, O. Pilipović, *Država in suverenost v dobi globalizacije: vloga regionalnih ekonomskih integracij s posebnim poudarkom na Evropski uniji*, 2011, str. 39–67.

²² J. Hojnik, *Ordoliberalizem – teorija povezovanja prava in ekonomije*, 2018, str. 3–32; H. Kamnar, N. Borak, 2013, *Fiskalna pravila*.

²³ H. Kamnar, N. Borak, 2013, *Fiskalna pravila*.

²⁴ I. Vuksanović, *Ustava in ekonomska politika*, 2011, str. 18–20.

²⁵ J. Hojnik, *Pravni vidiki reforme gospodarskega upravljanja v EMU*, 2012, str. 31–33; F. Štiblar, *(Ne)uspešna reforma gospodarskega in finančnega sistema*, 2012, str. 1268–1289; M. Nahtigal, *Evropski fiskalni pakt - preveč tog in omejevalen*, 2012, str. II–VII, idr.

²⁶ S. Ladi, D. Tsarouhas, *EU Economic Governance and Covid-19: Policy Learning and Windows of Opportunity*, 2020, str. 1041–1056; P. Dermine, M. Markakis, *EU Economic Governance and the COVID-19 Crisis: Between Path-Dependency and Paradigmatic Shift*, 2020, str. 326–345; D. Sebastiao, *Covid-19: A Different Economic Crisis but the Same Paradigm of Democratic Deficit in the EU*, 2021, str. 252–264; A. Renda, R. Castro, *Towards Stronger EU Governance of Health Threats After the Covid-19 Pandemic*, 2020, str. 273–282; D. L. Levy, *COVID-19 and Global Governance*, 2021, str. 562–566, idr.

²⁷ Koncept »k rezultatom usmerjeni proračun« je orodje novega javnega oz. finančnega managementa in pomeni metode in tehnike upravljanja proračunskih sredstev, ki omogočajo uresničevanje načrtovanih ciljev. Več o tem gl. v K. Lautar, F. Klužer, *Razvojno načrtovanje in vzpostavitev k ciljem usmerjenega proračuna*, 2009, str. 67–79; M. S. de Vries, J. Nemeč, D. Špaček (ur.), 2019, *Performance-Based Budgeting in the Public Sector*, str. 209–226, ipd.

²⁸ Gre za pomembni področji fiskalne politike, v katerih poteka distribucijska in alokacijska funkcija, katere okvir določajo pravila Pakta za stabilnost in rast.

²⁹ Več o tej temi gl. v E. Anessi-Pessina, C. Barbera, M. Sicilia et al., *Public Sector Budgeting: A European Review of Accounting and Public-Management Journals*, 2016, str. 496–497.

³⁰ Angl. *EU Budget Focused on Results (BFOR)*.

Dostopno na: https://ec.europa.eu/info/achievements/eu-budget-focused-results_en

(14. 9. 2021). Zakonodaja, ki ureja proračun EU, je dostopna na: https://ec.europa.eu/info/achievements/eu-budget-focused-results_en (14. 9. 2021).

³¹ E. Anessi-Pessina, C. Barbera, M. Sicilia et al., *Public Sector Budgeting: A European Review of Accounting and Public-Management Journals*, 2016, str. 495.

Vrzel v mednarodni znanstveni literaturi in raziskavah predstavlja tudi odsotnost raziskav usmerjenih v normativno ureditev proračunskega financiranja.³²

Predvsem strokovne literature o različnih vidikih problematike ekonomskega upravljanja in k rezultatom usmerjenega proračuna v RS (razen pravnega) je precej.³³ Problematika k rezultatom usmerjenega proračuna v RS je tudi že bila predmet znanstvenega preučevanja v okviru računovodsko-ekonomskih, organizacijskih, poslovnih, informacijskih in družbenih ved.³⁴

V nekaterih delih avtorjev, ki obravnavajo proračunsko upravljanje RS, je ekonomsko upravljanje EU sicer obravnavano,³⁵ vendar ne gre za znanstvene raziskave novega pristopa pri pripravi proračuna RS v okviru ekonomskega upravljanja EU. Znanstvene literature, ki bi neposredno in poglobljeno obravnavala predpise in vlogo EU pri ekonomskem upravljanju ter proračunskem poslovanju RS (k rezultatom usmerjeni proračun), pa ni.

Prispevek tako izhaja iz vrzeli v znanstveni literaturi glede povezave med ekonomskim upravljanjem EU in proračunskim poslovanjem RS (k rezultatom usmerjeni proračun). To vrzel se želi nadgraditi z iskanjem odgovora na vprašanje, ali je RS v obdobju med leti 2018-2019 uresničevala nacionalne strateško-razvojne

³² Prav tam, str. 501.

³³ Npr. M. M. Cvikl, E. Korpič-Horvat, 2007, Proračunsko pravo; F. Radman, 2005, K rezultatom usmerjen proračun kot sredstvo za večjo učinkovitost vladnih programov; S. Mičkovič, Srednjeročni finančni okvir za obdobje 2012-2015, 2011, str. 57–71; M. S. de Vries, J. Nemeč, D. Špaček (ur.), 2019, Performance-Based Budgeting in the Public Sector, str. 209–225; M. M. Cvikl, Izzivi javnih financ v Sloveniji, 2008, str. 17–38; M. M. Cvikl, P. Zemljčič, 2005, Zakon o javnih financah s komentarjem; K. Lautar, F. Klužer, Razvojno načrtovanje in vzpostavitev k ciljem usmerjenega proračuna, 2009, str. 67–79; A. Klajnsšek, Kakovost informacij za ekonomsko upravljanje, 2019, 7 str. 1–7; A. Klajnsšek, Uspešnost uveljavljanja k ciljem in rezultatom usmerjenega proračunskega procesa ministrstev v letih 2010-2011, 2014, str. 16; M. Vintar, A. Aristovnik, M. Klun (ur.), 2018, Vidiki in dejavniki uspešnega izvajanja javnih politik v Sloveniji; T. Jovanović, V. Vašiček, The Role and Application of Accounting and Budgeting Information in Government Financial Management Process: A Qualitative Study in Slovenia, 2021, str. 99–106.

³⁴ Npr.: I. Turk, Produktivnost, ekonomičnost in rentabilnost ali varčnost, učinkovitost in uspešnost kot temeljna načela in kazalniki, 2007, str. 70–75; J. I. Zafred, 2010, Prevzem mednarodnih računovodskih standardov za javni sektor v računovodske izkaze oseb javnega prava: primer Slovenije; K. Lautar, 2016, Učinkovitost politike spodbujanja konkurenčnosti v Sloveniji; M. Bitenc, Zakaj in kako poročati o delovanju uprave in javnih služb?, 2004, str. 155–170; A. Klajnsšek, Revidiranje programske uspešnosti v obdobju med letoma 2001 in 2011, 2012, str. 7–25; F. Radman, 2005, K rezultatom usmerjen proračun kot sredstvo za večjo učinkovitost vladnih programov; A. Klajnsšek, Kakovost informacij za ekonomsko upravljanje, 2019, str. 1–7; M. Vintar, A. Aristovnik, M. Klun (ur.), 2018, Vidiki in dejavniki uspešnega izvajanja javnih politik v Sloveniji; T. Jovanović, V. Vašiček, The Role and Application of Accounting and Budgeting Information in Government Financial Management Process: A Qualitative Study in Slovenia, 2021, str. 99–106.

³⁵ M. M. Cvikl, P. Zemljčič, 2005, Zakon o javnih financah s komentarjem; M. M. Cvikl, E. Korpič-Horvat, 2007, Proračunsko pravo; K. Lautar, F. Klužer, Razvojno načrtovanje in vzpostavitev k ciljem usmerjenega proračuna, 2009, str. 67–79; F. Klužer, K. Lautar, 2011, Razvojno načrtovanje, spremljanje in vrednotenje ter zasnova programskega proračuna 2009–2011; M. Vintar, A. Aristovnik, M. Klun (ur.), 2018, Vidiki in dejavniki uspešnega izvajanja javnih politik v Sloveniji, str. 65–80.

cilje in strateško-razvojne cilje EU. Pri raziskovanju so bile v ta namen uporabljene znanstvene metode raziskovanja.

V prispevku v predstavimo pogloblitne spremembe predpisov EU in RS na področju ekonomskega upravljanja od krize leta 2010 do leta 2020. Osrednja pozornost je usmerjena v analizo predpisov in analizo izvajanja teh predpisov v okviru proračunskega poslovanja RS.

Novost prispevka je povezava proračunskega poslovanja (k rezultatom usmerjeni proračun) RS z ekonomskim upravljanjem EU v obdobju med leti 2018 in 2019. Ekonomsko upravljanje EU je namreč okvir, v katerem poteka ekonomsko (fiskalno, proračunsko) upravljanje RS. Iz proračuna RS je s pomočjo raziskovalnih in analitičnih metod mogoče ugotoviti, ali je RS uresničevala nacionalne strateško-razvojne cilje in strateške cilje EU. Na ta način se sočasno obravnavata nacionalni in nadnacionalni vidik ekonomskega upravljanja in raziskuje vpliv nadnacionalne organizacije na ekonomsko upravljanje države.

Novost prispevka je tudi pristop k tematiki, ki zajema analizo predpisov EU in nacionalnih predpisov in revizijskih poročil Računskega sodišča RS, na podlagi katere odgovarjamo na vprašanje, ali je RS v letih 2018 in 2019 v okviru proračunskega poslovanja uresničevala nacionalne strateško-razvojne cilje in strateške cilje EU. Na ta način predstavlja prispevek nadgradnjo dosedanjim ekonomskim in pravnim obravnavam področja ter povezuje teorijo s praktičnim vidikom, kar je lahko podlaga za nadaljnje raziskave in morebitne rešitve v praksi.

2 Ekonomska politika v EU

2.1 Temeljni pogodbi EU

EU temelji na Pogodbi o Evropski uniji³⁶ (PEU) in PDEU. V 1. členu PEU je določeno, da države članice EU prenašajo na EU pristojnosti za uresničevanje svojih skupnih ciljev.³⁷

³⁶ UL C 326, 26. 10. 2012.

³⁷ V 3. Členu PEU je določen in razčlenjen cilj EU. V šestem odstavku 3. člena PEU je določeno, da EU svoje cilje uresničuje z ustreznimi sredstvi na podlagi pristojnosti, ki so ji dodeljene s PEU in PDEU.

Vrste, področja in pristojnosti EU so določeni v 2. do 6. členu PDEU. EU ima na podlagi 2. člena PDEU izključno pristojnost na področju carinske unije; glede določitve pravil o konkurenci, ki so potrebna za delovanje notranjega trga; na področju monetarne politike držav članic, katerih valuta je evro; na področju ohranjanja morskih in bioloških virov v okviru skupne ribiške politike in na področju skupne trgovinske politike. V tretjem odstavku 2. člena PDEU je določeno, da države članice usklajujejo svoje ekonomske politike in politike zaposlovanja v okviru ureditev iz te PDEU, za opredelitev katerih je pristojna EU. EU ima tudi izključno pristojnost za sklenitev mednarodnega sporazuma, kadar je ta sklenitev predvidena v zakonodajnem aktu EU ali je potrebna, da se EU omogoči izvajanje njene notranje pristojnosti.³⁸

V 4. členu PDEU so navedena področja, na katerih si EU deli pristojnost z državami članicami, med katerimi je tudi ekonomska politika.³⁹ V 5. členu PDEU je natančneje določeno, da države članice usklajujejo svoje ekonomske politike znotraj EU. V ta namen Svet sprejema ukrepe, zlasti širše smernice za te politike. Za države članice, katerih valuta je evro, se uporabljajo posebne določbe.

EMU podrobneje urejajo določbe 119. do 126. člena PDEU, ki so uvrščeni v poglavje VIII. Ekonomska in monetarna politika, in so skupaj s tretjim odstavkom 2. člena PDEU ter Protokolom (št. 12) o postopku v zvezi s čezmernim primanjkljajem⁴⁰ (Protokol št. 12) pravna podlaga za sklop pravil za usklajevanje nacionalnih fiskalnih politik (t. i. Pakt za stabilnost in rast).

Za ekonomske politike držav članic EU, ki so tudi članice monetarne unije, so pomembne tudi določbe 136. člena PDEU, ki dajejo pristojnost Svetu, da sprejme ukrepe za tiste države članice, katerih valuta je evro, z namenom večje uskladitve in nadzorovanja njihove proračunske discipline ter določitve smernic njihove ekonomske politike ob zagotavljanju združljivosti s smernicami, sprejetimi za celotno EU in njihovega nadzora.

³⁸ Več o tem gl. 3. člen PDEU.

³⁹ Več o tem gl. 4. člen PDEU.

⁴⁰ UL C 115, 9. 5. 2008.

2.2 Pakt za stabilnost in rast iz leta 1997

Pakt za stabilnost in rast je nastal leta 1997 in predstavlja sklop pravil, v katerih je določen proces za usklajevanje nacionalnih fiskalnih politik v EU.⁴¹ Prvotno so Pakt za stabilnost in rast sestavljali: Resolucija Evropskega Sveta o Paktu za stabilnost in rast, sprejeta v Amsterdamu dne 17. 7. 1997; Uredba Sveta (ES) št. 1466/97 z dne 7. julija 1997 o krepitvi nadzora nad proračunskim stanjem ter o nadzoru in usklajevanju gospodarskih politik⁴² (Uredba 1466/97) in Uredba Sveta (ES) št. 1467/97 z dne 7. julija 1997 o pospešitvi in razjasnitvi izvajanja postopka v zvezi s čezmernim primanjkljajem⁴³ (Uredba 1467/97).

Pakt za stabilnost in rast je bil oblikovan v procesu priprav na začetek delovanja ekonomske in monetarne unije (EMU) za zagotovitev makroekonomske stabilnosti.⁴⁴ Njegov namen je zagotoviti zdrave javne finance, ki so potrebne za zagotavljanje stabilnosti cen ter pospeševanje trdne in trajnostne rasti, ki vodi do novih delovnih mest. Pakt za stabilnost in rast sestavljata dva dela, in sicer: preventivni (Uredba 1466/97) in korektivni (Uredba 1467/97).

Resolucija Evropskega Sveta o Paktu za stabilnost in rast, ki predstavlja okvir, usmeritve in politično zavezanost držav članic, Komisije EU in Sveta za spoštovanje določil pakta, je skupaj z Uredbo 1466/97 vsebinsko opredelila načelo zdravih javnih financ. Resolucija Evropskega Sveta o Paktu za stabilnost in rast opredeli »zdravo proračunsko stanje« kot srednjeročno stanje blizu izravnalnemu proračunu ali celo presežek proračuna, ki bi omogočalo državam članicam, da se ukvarjajo z normalnimi cikličnimi gibanji v okviru dovoljenega 3-odstotnega referenčnega deleža primanjkljaja v BDP.⁴⁵ Uredba 1466/97 je v nadaljevanju uvedla tudi pojem čim bolj uravnoteženega javnofinančnega položaja oz. javnofinančnega presežka kot srednjeročnega cilja fiskalnih politik držav članic EU.

Za zagotavljanje izvajanja političnih zavez in usmeritev Resolucije Evropskega Sveta o Paktu za stabilnost in rast sta bili sprejeti dve uredbi (Uredba 1466/97 in Uredba 1467/97), ki sta podrobneje povezali srednjeročni cilj uravnoteženega proračuna ali

⁴¹ Usklajevanje fiskalnih politik v EU se je formalno sicer začelo s podpisom Maastrichtske pogodbe leta 1991.

⁴² UL L 209, 2. 8. 1997.

⁴³ UL L 209, 2. 8. 1997.

⁴⁴ Več o tem gl. v M. Bednaš, 2006, Reforma pakta stabilnosti in rasti, str. 30–43.

⁴⁵ Resolucija Evropskega Sveta o Paktu za stabilnost in rast je predvidela tudi ocenjevanje proračunskega položaja držav in sankcioniranje kršitev.

proračunskega presežka s popravljalnimi ukrepi, ki bi nastopili vsakič, ko se bi ocenilo, da obstajata dejanski ali pričakovani odmik od srednjeročnega proračunskega cilja.

Uredba 1466/97 predstavlja preventivni del pakta. Določa pravila glede vsebine, predlaganja, preverjanja in spremljanja programov za stabilnost in konvergenco v okviru večstranskega nadzora Sveta, zato da se v zgodnji fazi prepreči pojav čezmernega splošnega javnofinančnega primanjkljaja ter pospeši nadziranje in usklajevanje gospodarskih politik. Določa vsebino in roke za predložitev programov za stabilnost.⁴⁶

Uredba 1467/97 predstavlja korektivni ali popravljalni del pakta in podrobneje pojasnjuje določbe glede zgornje meje višine primanjkljaja in postopka ocenjevanja stanja javnih financ države vključno z morebitnimi priporočili oz. sankcijami zaradi kršitve pravil. Uredba 1467/97 določa tudi, da se presežek javnofinančnega primanjkljaja nad referenčno vrednostjo šteje kot izjemen in začasen, kadar je posledica izrednega dogodka, na katerega država članica ni mogla vplivati in ki ima večji vpliv na finančni položaj vlade v širšem smislu ali je posledica resnega gospodarskega upada, ter da šteje kot začasen, če bi proračunske napovedi Komisije EU kazale, da bo po prenehanju izrednega dogodka ali resnega gospodarskega upada primanjkljaj padel pod referenčno vrednost.

Pomen prvotnega Pakta za stabilnost in rast je bil predvsem v opredelitvi javnofinančnega ravnotežja oz. presežka kot srednjeročnega cilja fiskalne politike in v natančni opredelitvi postopka spremljanja in ocenjevanja javnofinančnega stanja držav članic ter morebitnega postopka uvedbe sankcij.⁴⁷

2.3 Spremembe in dopolnitve Pakta za stabilnost in rast iz leta 2005

Težave z izvajanjem Pakta za stabilnost in rast, zlasti blokiranje postopkov Nemčije in Francije v zvezi s čezmernimi primanjkljaji v letu 2003 so vplivale na dodatna

⁴⁶ Program stabilnosti je namenjen izvajanju večstranskega nadzora Komisije EU in Sveta. V programu stabilnosti se opredelijo večletni makroekonomski in fiskalni okvir, ključne fiskalne projekcije in njihove komponente ter ovrednoti javnofinančne cilje, skladno z zahtevami Komisije EU in Pakta za stabilnost in rast. Komisija EU po potrebi pozove državo članico k ukrepanju oz. prilagoditvi programa stabilnosti, če oceni, da ne bodo doseženi minimalni zahtevani napor. Dostopno na: <https://www.gov.si/teme/ekonomsko-upravljanje-in-nactovanje/> (14. 9. 2021).

⁴⁷ M. Bednaš, 2006, Reforma pakta stabilnosti in rasti, str. 32.

razčiščevanja v zvezi z njegovim izvajanjem. Sporna je bila predvsem togost uniformiranih meja 3 odstotkov BDP za javnofinančni primanjkljaj in 60 odstotkov BDP za javni dolg za vse države v vsakršnih gospodarskih razmerah.⁴⁸

Evropski svet je zato marca 2005 na podlagi poročila »Izboljšanje izvajanja Pakta stabilnosti in rasti«⁴⁹ navedel pet področij za izboljšave pakta, in sicer: okrepitev ekonomske logike proračunskih pravil za izboljšanje njihove verodostojnosti in podpore; izboljšanje podpore s strani nacionalnih oblikovalcev politik; učinkovitejša izraba obdobj, ko rast gospodarstva presega trend, z namenom usklajevanja proračuna v izogib procikličnim politikam; v priporočilih Sveta boljše upoštevanje obdobj, ko je rast gospodarstva pod trendom in posvečanje zadostne pozornosti zadolženosti in vzdržnosti pri nadzoru proračunskih stanj.

Pravna podlaga reforme Pakta stabilnosti in rasti je bil sprejem Uredbe Sveta (ES) št. 1055/2005 z dne 27. junija 2005 o spremembi Uredbe (ES) št. 1466/97 o okreplitvi nadzora nad proračunskim stanjem ter o nadzoru in usklajevanju gospodarskih politik⁵⁰ (preventivni del) (Uredba 1055/2005) in Uredbe Sveta (ES) št. 1056/2005 z dne 27. junija 2005 o spremembi Uredbe Sveta (ES) št. 1467/97 o pospešitvi in razjasnitvi izvajanja postopka v zvezi s čezmernim primanjkljajem⁵¹ (korektivni del) (Uredba 1056/2005).

Spremembe in dopolnitve so omilile preventivni in korektivni del Pakta za stabilnost in rast iz leta 1997.

Uredba 1055/2005 je prinesla predvsem diferencirano obravnavo držav članic evroobmočja pri določanju srednjeročnega proračunskega cilja oz. javnofinančnih ciljev, pri katerih se naj upoštevajo ekonomske posebnosti posameznih držav. Uvedla je tudi razpon za srednjeročne javnofinančne cilje za države članice evroobmočja.⁵² Uredba 1055/2005 je tudi določila, da mora poročilo Komisije EU

⁴⁸ Postavljene omejitve so premalo upoštevale ciklični gospodarski položaj posameznih držav, dejansko raven javnega dolga in potencialno gospodarsko rast pri oceni v okviru postopka presežnega primanjkljaja. Več o tej temi gl. v M. Bednaš, 2006, *Reforma pakta stabilnosti in rasti*, str. 32–33.

⁴⁹ Angl. Council Report to the European Council entitled »Improving the Implementation of the Stability and Growth Pact.

Sklepi predsedstva, 7619/1/05 REV 1. Dostopno na <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-7619-2005-REV-1/sl/pdf> (14. 9. 2021).

⁵⁰ UL L 174, 7. 7. 2005.

⁵¹ UL L 174, 7. 7. 2005.

⁵² Več o tej temi gl. v M. Bednaš, 2006, *Reforma pakta stabilnosti in rasti*, str. 33–36; in H. Kamnar, N. Borak, 2013, *Fiskalna pravila*, str. 53–56.

ustrezno odražati razvoj srednjeročnega gospodarskega stanja (zlasti potencialno rast, obstoječe konjunkturne pogoje, izvajanje politik v okviru Lizbonske pogodbe⁵³ in politik v podporo raziskovanju in razvoju ter inovativnosti) ter srednjeročni razvoj proračunskega stanja (zlasti prizadevanja za fiskalno konsolidacijo v času dobrih gospodarskih razmer, vzdržnost javnega dolga, javne naložbe in splošno kakovost javnih financ).

Opisane spremembe in dopolnitve niso bile uspešne, saj EU ni uresničila ciljev, ki si jih je zadala glede gospodarske in fiskalne politike. Leta 2010 je izbruhnila finančna kriza celotnega evroobmočja. EU je prišla do spoznanja, da monetarna unija ni mogoča brez bistveno tesnejšega sodelovanja držav članic na fiskalnem področju.

2.4 Spremembe in dopolnitve Pakta za stabilnost in rast iz leta 2011

Komisija EU je zaradi neučinkovitosti obstoječega Pakta za stabilnost in rast dne 29. 9. 2010 predstavila sveženj šestih predlogov predpisov (t. i. šesterček), ki je bil namenjen strožjemu nadzoru EU ekonomskih in posebej fiskalnih politik držav članic. Predpisi so bili sprejeti leta 2011. Sveženj zasleduje tri glavne cilje: strožji preventivni ukrepi, strožji korektivni ukrepi in zmanjšanje makroekonomskih in konkurenčnih neravnovesij.

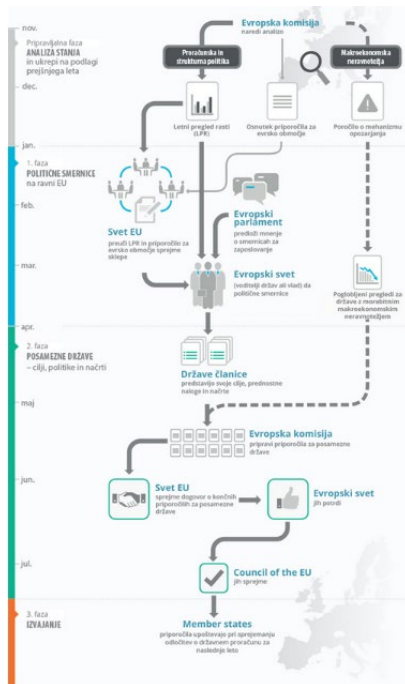
Šesterček sestavljajo direktiva in pet uredb, in sicer: Direktiva Sveta 2011/85/EU z dne 8. novembra 2011 o zahtevah v zvezi s proračunskimi okviri držav članic⁵⁴ (Direktiva 2011/85), Uredba (EU) št. 1173 Evropskega parlamenta in Sveta z dne 16. novembra 2011 o učinkovitem izvrševanju proračunskega nadzora v evroobmočju,⁵⁵ Uredba (EU) št. 1174/2011 Evropskega parlamenta in Sveta z dne 16. novembra 2011 o izvršilnih ukrepih za odpravljanje čezmernih makroekonomskih neravnotežij v evroobmočju,⁵⁶ Uredba (EU) št. 1175/2011

⁵³ UL C 306, 17. 12. 2007.

⁵⁴ UL L 306, 23. 11. 2011. Direktivo 2011/85 je bilo treba prenesti v nacionalno ureditev do konca leta 2013. Ta zahteva je bila v RS izpolnjena leta 2018 s sprejemom Zakona o spremembah in dopolnitvah Zakona o javnih financah (ZJF-H), Uradni list RS, št. 13/18.

⁵⁵ UL L 306, 23. 11. 2011.

⁵⁶ UL L 306, 23. 11. 2011.



Slika 1: Evropski semester

Vir: Evropski svet in Svet Evropske unije⁵⁷

Evropskega parlamenta in Sveta z dne 16. novembra 2011 o spremembi Uredbe (ES) št. 1466/97 o okrepositvi nadzora nad proračunskim stanjem ter o nadzoru in usklajevanju gospodarskih politik⁵⁸ (Uredba 1175/2011), Uredba (EU) št. 1176/2011 Evropskega parlamenta in Sveta z dne 16. novembra 2011 o preprečevanju in odpravljanju makroekonomskih neravnotežij⁵⁹ in Uredba Sveta (EU) št. 1177/2011 z dne 8. novembra 2011 o spremembi Uredbe (ES) št. 1467/97 o pospešitvi in razjasnitvi izvajanja postopka v zvezi s čezmernim primanjkljajem^{60, 61}

Z Uredbo 1175/2011 je bil uveden poseben postopek t. i. evropski semester za *ex ante* usklajevanje ekonomskih politik. Na ta način bi se naj zagotavljala skladnost med gospodarskimi oz. ekonomskimi odločitvami in proračunskimi omejitvami ter okreplila učinkovitost izvajanja politik na nacionalni ravni.

⁵⁷ Dostopno na: URL: <https://www.consilium.europa.eu/sl/infographics/european-semester/> (14. 9. 2021).

⁵⁸ UL L 306, 23. 11. 2011.

⁵⁹ UL L 306, 23. 11. 2011.

⁶⁰ UL L 306, 23. 11. 2011.

⁶¹ Več o tem gl. v H. Kamnar, N. Borak, 2013, Fiskalna pravila, str. 57–67.

Proces evropskega semestra se začne z letnim pregledom rasti, in sicer z jasno oceno gospodarskega položaja EU in smernicami za nadaljnje prednostne naloge, ki jih je treba izvesti na ravni EU in nacionalnih ravneh. Pregled vključuje tri elemente ekonomskih politik: makroekonomsko in fiskalno politiko, strukturne reforme in ukrepe za krepitev rasti. Komisija EU v nadaljevanju usmeri države članice EU, naj okrepijo svoja prizadevanja na prednostnih področjih ekonomske politike.

V marcu sledi politična potrditev s strani Evropskega sveta, ki načrt za gospodarsko reformo in fiskalno politiko obravnava in odobri v enem samem nizu sklepov. Voditelji držav in vlad nato prevzamejo odgovornost za skupni gospodarski načrt in okvir proračunskega nadzora ter so zavezani, da v svojih državah zagotovijo ustrezno izvajanje. V aprilu sledi predstavitev nacionalnih programov držav članic. Države članice evroobmočja Komisiji EU in drugim državam predložijo svoje programe nacionalnih reform⁶² in programe stabilnosti.⁶³ Nacionalni programi reform opredeljujejo načrte držav članic v zvezi s strukturnimi reformami, ukrepi za spodbujanje rasti, ukrepi za ustvarjanje delovnih mest ter ukrepi za napredek v smeri doseganja strateških ciljev EU (Strategija Evropa 2020 – Evropa 2020: Strategija za pametno, trajnostno in vključujočo rast⁶⁴).

Po ocenah teh nacionalnih poročil Komisija EU v juniju predstavi osnutek priporočil Svetu za vsako posamezno državo, pri čemer označi napredek in pomanjkljivost vsake države članice pri izvajanju dogovorjenih ukrepov in predlaga priporočila za države članice. Evropski svet na junijskem zasedanju razpravlja o teh poročilih in jih

⁶² Pravila glede vsebine, predložitve, preverjanja in spremljanja nacionalnih reformnih programov določa Uredba 1175/2011. Nacionalni programi reform držav članic naj podpirajo strategijo unije za rast in delovna mesta in so oblikovani v skladu s smernicami iz Uredbe 1175/2011 ter splošnimi usmeritvami za države članice, ki jih izdala Komisija EU in Evropski svet na začetku letnega cikla nadzora. Država v nacionalnem reformnem programu opredeli načrtovane prednostne naloge dela in ukrepe za doseganje specifičnih priporočil ter glavnih ciljev krovne razvojne evropske strategije. Ob tem dokument predstavlja ključne usmeritve vlade v procesu evropskega semestra. Komisija EU v pregledu poziva države članice EU, naj okrepijo svoja prizadevanja na treh prednostnih področjih ekonomske politike: spodbujanju naložb, izvajanju strukturnih reform in zagotavljanju odgovornih fiskalnih politik. Dostopno na: <https://www.gov.si teme/ekonomsko-upravljanje-in-načrtovanje/> (14. 9. 2021). V slovenskem Nacionalnem reformnem programu za leto 2018 in leto 2019 so bili navedeni predvsem strukturni ukrepi. RS nacionalnega reformnega programa za leto 2020 ni pripravila.

⁶³ Pravila glede vsebine, predložitve, preverjanja in spremljanja programov za stabilnost in programov za konvergenco v okviru večstranskega nadzora določa Uredba 1175/2011. V programu stabilnosti države opredelijo večletni makroekonomski in fiskalni okvir, ključne fiskalne projekcije in njihove komponente ter ovrednotijo javnofinančne cilje, skladno z zahtevami Evropske komisije in Pakta za stabilnost in rast. Skladno z evropskim semestrom mora država program stabilnosti oddati do konca aprila za prihodnja tri leta. Komisija EU nato oceni program stabilnosti, tako da presodi, ali cilji in vsebina omogočajo doseganje srednjeročnega cilja javnih financ. Komisija EU po potrebi pozove državo članico k ukrepanju oz. prilagoditvi programa stabilnosti, če oceni, da ne bodo doseženi minimalni zahtevani napor. Dostopno na: <https://www.gov.si teme/ekonomsko-upravljanje-in-načrtovanje/> (14. 9. 2021).

⁶⁴ Evropa 2020: Strategija za pametno, trajnostno in vključujočo rast (COM(2010) 2020 final, 3. 3. 2010).

nato sprejme ali spremeni. Države članice nato pri sestavljanju svojih nacionalnih proračunov za naslednje leto upoštevajo smernice, ki so jih prejele od Sveta.

2.5 Fiskalni dogovor iz leta 2012

V okviru Pakta za stabilnost in rast iz leta 2011 je bila na zasedanju Evropskega sveta decembra 2011 sprejeta odločitev za uvedbo še večje usklajenosti ekonomskih politik ter večje avtomatičnosti sankcij v primeru kršitve skupnih javnofinančnih pravil. Države podpisnice so se dogovorile o sklenitvi nove mednarodne pogodbe,⁶⁵ in sicer: Pogodbe o stabilnosti in usklajevanju v ekonomski in monetarni uniji.⁶⁶ Pogodba je začela veljati 1. 1. 2013.

S Pogodbo o stabilnosti in usklajevanju v ekonomski in monetarni uniji so se države članice zavezale, da poleg obveznosti, ki že izhajajo iz prava EU, in brez poseganja vanje, dodatno okrepijo ekonomski steber ekonomske in monetarne unije s sprejetjem sklopa pravil,⁶⁷ namenjenih spodbujanju proračunske discipline s fiskalnim dogovorom, da okrepijo usklajevanje svojih ekonomskih politik in izboljšajo upravljanje evroobmočja, s čimer podpirajo uresničevanje ciljev EU za trajnostno rast, zaposlovanje, konkurenčnost in socialno kohezijo.⁶⁸

Epidemija covid-19 v letu 2020 in 2021 kaže, da je pomembno, da je s 3. členom Pogodbe o stabilnosti in usklajevanju v ekonomski in monetarni uniji določena tudi možnost začasnega odklona od srednjeročnega cilja ali prilagoditvene poti za njegovo doseglo držav pogodbenic zaradi izjemnih okoliščin. Izjemne okoliščine se po opredelitvi pogodbe nanašajo na neobičajni dogodek, na katerega pogodbenica ne more vplivati in ki ima pomembne posledice za finančno stanje sektorja države, ali obdobja resnega gospodarskega upada, kot je določeno v spremenjenem Paktu za stabilnost in rast, pod pogojem, da začasni odklon zadevne pogodbenice srednjeročno ne ogrozi fiskalne vzdržnosti.⁶⁹

⁶⁵ Mednarodna pogodba o okrepljeni monetarni uniji ni del pravnega reda EU. Sklenjena je v skladu s pravili mednarodnega javnega prava.

⁶⁶ Zakon o ratifikaciji Pogodbe o stabilnosti, usklajevanju in upravljanju v ekonomski in monetarni uniji med Kraljevino Belgijo, Republiko Bolgarijo, Kraljevino Dansko, Zvezno republiko Nemčijo, Republiko Estonijo, Irsko, Helensko republiko, Kraljevino Španijo, Francosko republiko, Italijansko republiko, Republiko Ciper, Republiko Latvijo, Republiko Litvo, Velikim vojvodstvom Luksemburg, Madžarsko, Malto, Kraljevino Nizozemsko, Republiko Avstrijo, Republiko Poljsko, Portugalsko republiko, Romunijo, Republiko Slovenijo, Slovaško republiko, Republiko Finsko in Kraljevino Švedsko (Uradni list RS, št. 35/12; MPSUUEMU).

⁶⁷ Več o tem gl. v H. Kamnar, N. Borak, 2013, Fiskalna pravila, str. 67–69.

⁶⁸ Določba 1. člena Pogodbe o stabilnosti in usklajevanju v ekonomski in monetarni uniji.

⁶⁹ Določba 3. člena Pogodbe o stabilnosti in usklajevanju v ekonomski in monetarni uniji.

Fiskalni dogovor je določil tudi, da pogodbenice v svoje nacionalno pravo vključijo pravilo, da se v primeru ugotovljenih večjih odstopanj od srednjeročnega cilja ali prilagoditvene poti za njegovo doseglo samodejno sproži popravljalni mehanizem. Tega države vzpostavijo na podlagi skupnih načel, ki jih je leta 2012 pripravila Komisija EU.⁷⁰

2.6 Pakt za stabilnost in rast iz leta 2013

Komisija EU je v letu 2013 pripravila še dve uredbi (t. i. dvojček), da bi dodatno okrepila ekonomsko upravljanje v evroobmočju, in sicer: Uredbo (EU) št. 472/2013 Evropskega parlamenta in Sveta z dne 21. maja 2013 o okrepitvi gospodarskega in proračunskega nadzora v državah članicah evroobmočja, ki so jih prizadele ali jim grozijo resne težave v zvezi z njihovo finančno stabilnostjo⁷¹ (Uredba 472/2013) in Uredbo (EU) št. 473/2013 Evropskega parlamenta in Sveta o skupnih določbah za spremljanje in ocenjevanje osnutkov proračunskih načrtov ter zagotavljanje zmanjšanja čezmernega primanjkljaja držav članic v evroobmočju⁷² (Uredba 473/2013).

Uredba 472/2013 in Uredba 473/2013 sodita na področje proračunske politike in dopolnjujeta t. i. šesterček iz leta 2011. Glavni cilj uredb je zagotoviti skupne proračunske časovne okvire z vse države članice evroobmočja ter pravila za spremljanje in ocenjevanje proračunskih načrtov⁷³ držav članic s strani Komisije EU. V primeru resnih kršitev pravil Pakta za stabilnost in rast lahko Komisija EU zahteva revizijo proračunskih načrtov. Uredba 472/2013 in Uredba 473/2013 uvajata strožja pravila za ekonomski in proračunski nadzor, vključno s pravili za dodatne zahteve glede poročanja o odnosu do držav članic, ki so jih prizadele resne finančne motnje.⁷⁴

⁷⁰ Sporočilo Komisije Skupna načela za nacionalne fiskalne popravljalne mehanizme. Bruselj, 20. 6. 2012, COM/2012/0342 final. Dostopno na: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/SL/TXT/?uri=CELEX%3A52012DC0342> (14. 9. 2021). Več o tem gl. v H. Kamnar, N. Borak, 2013, Fiskalna pravila, str. 71–75.

⁷¹ UL L 140, 27. 5. 2013.

⁷² UL L 140, 27. 5. 2013.

⁷³ V RS je to predlog proračuna RS.

⁷⁴ Več o tem gl. v H. Kamnar, N. Borak, 2013, Fiskalna pravila, str. 69–70.

3 Ekonomsko upravljanje v RS

Vpliv Pakta za stabilnost in rast na ekonomsko upravljanje RS oz. fiskalno in proračunsko upravljanje RS z vidika uresničevanja dolgoročnih nacionalnih strateško-razvojnih ciljev in strateških ciljev EU je nazorno opisan v revizijskem poročilu Uresničevanje Strategije razvoja Slovenije 2030 in Agende za trajnostni razvoj do leta 2030.⁷⁵

Področje strateško-razvojnega načrtovanja ter področje ekonomskega upravljanja sta vsebinsko prepleteni.⁷⁶ V letu 2009 je Služba Vlade RS za razvoj in evropske zadeve začela s povezovanjem strateško-razvojnega načrtovanja in priprave proračuna, saj je ob pregledu takratnih sektorskih in drugih strategij spoznala, da med sabo niso usklajene, ne temeljijo na realnih virih in da je bil proces priprave proračuna zelo oddaljen od izvajanja ukrepov iz teh strategij. To je vodilo k pripravi novih razvojnih politik in k novemu procesu priprave proračuna. Na ravni predpisov se je to dogajanje leta 2010 odrazilo v novi Uredbi o dokumentih razvojnega načrtovanja⁷⁷ in leta 2011 v predlogu Zakona o razvojnem načrtovanju⁷⁸ (ZRazNačrt). Uredba o dokumentih razvojnega načrtovanja iz leta 2010 je uvedla nov pristop k razvojnemu načrtovanju, v delu, ki ureja postopke za pripravo predloga državnega proračuna, pa se je prilagodila novim pristopom, uporabljenim pri pripravi proračuna za leti 2010 in 2011, ki naj bi se na novo določili ob uveljavitvi sprememb Zakona o javnih financah (ZJF).⁷⁹ Eden izmed glavnih ciljev Uredbe o dokumentih razvojnega načrtovanja iz leta 2010 je bil urediti in povezati razvojno načrtovanje, oblikovanje politik ter določitve glede razvojnih prioritetah z načinom priprave proračunskega memoranduma (povezava razvojnega načrtovanja in priprave proračuna).

⁷⁵ Računsko sodišče, št. 420-3/2020/158.

⁷⁶ Več o tej temi gl. v Računsko sodišče, št. 420-3/2020/158.

⁷⁷ Uredba o dokumentih razvojnega načrtovanja in postopkih za pripravo predloga državnega proračuna (Uradni list RS, št. 54/10).

⁷⁸ Predlog ZRazNačrt, 12. 1. 2012, vladno gradivo, EPA: 52-VI. Dostopno na: https://www.dz-rs.si/wps/portal/Home/zakonodaja/izbran/lut/p/z1/04_Sj9CPykssy0xPLMnMz0vMAfJjo8zivSy9Hb283Q0N3E3dLQwCQ7z9g7w8nAwsnMz1w9EUGAWZGgS6GDn5BhsYGwQHG-pHEaPFAAdwNCBOPx4FUfiNL8gNDQ11VFQEAAxcoa4l/dz/d5/L2dBISEvZ0FBIS9nQSEh/?uid=8F76A21F0D6B89BDC1257982004BEF6A&db=kon_zak&mandat=V (14. 9. 2021).

⁷⁹ Povzeto po gradivu za sprejem Uredbe o dokumentih razvojnega načrtovanja, št. 00701-15/2010 z dne 8. 7. 2010, EVA 2010-1611-0008. Dostopno na: <http://vrs-3.vlada.si/MANDAT08/VLADNAGRADIVA.NSF/18a6b9887c33a0bdc12570e50034eb54/8A8B80AB2144FD5AC1257C2A005B2BC4?OpenDocument> (14. 9. 2021).

Že leta 2010 je Uredba o dokumentih razvojnega načrtovanja predvidela tudi Strategijo razvoja Slovenije kot krovni dolgoročni strateški dokument razvojnega načrtovanja države, s katerim morajo biti usklajeni vsi drugi dokumenti razvojnega načrtovanja.⁸⁰ Kot srednjeročni izvedbeni dokument razvojnega načrtovanja je bil sprva predviden program državnih razvojnih prioritet in investicij, ki naj bi bil preko projektov in ukrepov (ki naj bi bili med drugim usklajeni s cilji razvojnega načrtovanja in drugimi razvojnimi dokumenti in usmeritvami EU, vključno s cilji proračunskega memoranduma) povezan z načrtom razvojnih programov. Namesto prvotno predvidenega programa državnih razvojnih prioritet in investicij je ZJF-H⁸¹ v letu 2018 kot srednjeročni izvedbeni dokument uvedel državni program razvojnih politik (DPRP), s spremembami in dopolnitvami Uredbe o dokumentih razvojnega načrtovanja pa so bili v 11., 18. in 21. členu te uredbe določeni nosilci priprave, postopek usklajevanja in spremljanje uresničevanja DPRP.

Predlog ZRazNačrt je vlada predložila državnemu zboru leta 2011, vendar ta ni dobil ustrezne podpore in ga je državni zbor po drugi obravnavi 3. 2. 2012 s sklepom zavrnil kot neprimernega za sprejem. Kljub temu v nadaljevanju na kratko predstavljamo ključne rešitve v predlogu zakona, saj je obravnaval nekatera vprašanja na področju strateškega upravljanja RS, ki so še vedno nerešena.

Predlog ZRazNačrt je bil pripravljen sočasno s predlogom ZJF-G, ker gre za vzajemno povezana dokumenta, kjer prvi omogoča jasnejše definiranje prioritet in ustrežnejše načrtovanje razvojnih dokumentov, drugi pa načrtovanje podpore tem prioritetam z realnimi finančnimi viri. Prepletenost predloga ZRazNačrt in predloga ZJF-G je bila še toliko bolj pomembna, ker je EU konec leta 2011 sprejela t. i. šesterček ter novo Strategijo Evropa 2020. Ti dokumenti so medsebojno uskladili finančni in vsebinski okvir proračunskega načrtovanja za vse države članice EU v t. i. evropskem semestru, ki predstavlja usklajen in voden proces razvoja, kar je v praksi pomenilo poudarek na izboljšanju ekonomskega upravljanja.

Cilj predloga ZRazNačrt je bil zagotoviti učinkovito in transparentno strateško-razvojno načrtovanje in prispevati k bolj smotni porabi javnih sredstev na način, da se bo struktura izdatkov prilagajala razvojnim prioritetam držav.⁸² Izrecno je bila v predlogu ZRazNačrt postavljena zahteva, da morajo biti vsi dokumenti strateškega

⁸⁰ Določbe 3., 6. in 9. člena Uredbe o dokumentih razvojnega načrtovanja 2010 (načelo zveznosti).

⁸¹ Uradni list RS, št. 13/18.

⁸² Predlog ZRazNačrt, tč. 2.1.

razvojnega načrtovanja in DPRP usklajeni s Strategijo razvoja Slovenije (vertikalna usklajenost), drugi izvedbeni dokumenti razvojnega načrtovanja pa morajo biti usklajeni med seboj in z DPRP (horizontalna usklajenost).⁸³ Po predlogu ZRazNačrt naj bi Strategijo razvoja Slovenije na predlog vlade sprejel državni zbor za obdobje strategije, ki naj bi bilo prilagojeno večletnemu finančnemu okviru EU.⁸⁴

Cilj Strategije Evropa 2020 je bil zagotoviti, da bo gospodarska oživitvev EU po gospodarski in finančni krizi leta 2010 podprta z vrsto reform in bo do leta 2020 zgrajena trdna podlaga za rast in ustvarjanje delovnih mest. Kot okvir za izvajanje Strategije Evropa 2020 je bil predviden t. i. evropski semester – način izvajanja in spremljanja ekonomskega upravljanja in poročanja o doseganju ciljev na ravni EU v okviru Pakta za stabilnost in rast.

V nadaljevanju na kratko predstavljamo vpliv Pakta za stabilnost in rast od leta 2011, predvsem Direktive 2011/85, na ureditev in potrebne spremembe pravil javnofinančnega ekonomskega upravljanja RS.

RS je za namen stabilizacije javnih financ v letu 2013 sprejela Ustavni zakon o spremembi 148. člena Ustave Republike Slovenije⁸⁵ (Ustava RS), s katerim se je na ustavni ravni zavezala, da bodo prihodki in izdatki proračunov države srednjeročno uravnoteženi brez zadolževanja ali pa da bodo prihodki presegali izdatke. Od tega ustavnega načela se lahko začasno odstopi samo v izjemnih okoliščinah za državo. Leta 2015 je bil sprejet Zakon o fiskalnem pravilu⁸⁶ (ZFisP), ki določa izvedbo 148. člena Ustave RS.⁸⁷ Za dokončno implementacijo Direktive 2011/85 pa je bilo treba spremeniti in dopolniti še Zakon o javnih financah⁸⁸ (ZJF). Spremeniti se je moral tudi proces priprave proračuna RS, čemur so morali biti prilagojeni dokumenti, ki spremljajo proračunski memorandum.⁸⁹

⁸³ Določba 3. člena predloga ZRazNačrt.

⁸⁴ Drugi odstavek 4. člena predloga ZRazNačrt.

⁸⁵ Uradni list RS, št. 47/13.

⁸⁶ Uradni list RS, št. 55/15 in 177/20 – popr.

⁸⁷ Uradni list RS, št. 33/91-I, 42/97 – UZS68, 66/00 – UZ80, 24/03 – UZ3a, 47, 68, 69/04 – UZ14, 69/04 – UZ43, 69/04 – UZ50, 68/06 – UZ121,140,143, 47/13 – UZ148 in 47/13 – UZ90,97,99 in 75/16 – UZ70a.

⁸⁸ Uradni list RS, št. 13/18.

⁸⁹ Določba 4. člena ZJF-H.

Določiti je bilo treba ureditev, povezano s srednjeročnim načrtovanjem fiskalne politike, ker tudi ZFisP v več določbah napotuje na ureditev v ZJF.⁹⁰ Za področje načrtovanja fiskalne politike je bil s sprejemom ZFisP uveden instrument srednjeročne fiskalne strategije, ki ga sestavljata: okvir za pripravo proračunov sektorja država in program stabilnosti.

Z uvedbo teh dokumentov sta se priprava okvira in kasneje priprava državnega proračuna podaljšali. Iz Direktive 2011/85 izhajajo zahteve po srednjeročnem načrtovanju fiskalne politike in ukrepah, s katerimi se zagotavlja fiskalna disciplina vseh institucionalnih enot sektorja država, kar pomeni, da se želi preprečiti začasno izvrševanje proračunov, saj ne sledi srednjeročnemu načrtovanju fiskalne politike. Spremembe in dopolnitve, vsebovane v ZJF-H, so zato razširile obveznost priprave proračunov in finančnih načrtov za tekoče leto in naslednji dve leti na vse uporabnike proračuna, torej uvajajo srednjeročno načrtovanje, kot to zahtevajo predpisi EU. Ključna za ta proces (srednjeročno načrtovanje) sta predvsem: program stabilnosti in nacionalni reformni program.

V vsakoletnem programu stabilnosti vlada opredeli večletni (triletni) makroekonomski in fiskalni okvir, ključne fiskalne projekcije in njihove komponente ter ovrednoti javnofinančne cilje skladno z zahtevami Komisije EU in Pakta za stabilnost in rast. Program stabilnosti morajo države članice Komisiji EU poslati do 30. 4. za prihodnja tri leta. Komisija EU nato oceni program stabilnosti, tako da presodi, ali cilji in vsebina omogočajo doseganje srednjeročnega cilja javnih financ. Komisija EU po potrebi pozove državo članico k ukrepanju oz. prilagoditvi programa stabilnosti, če oceni, da ne bodo doseženi minimalni zahtevani napori.

V nacionalnem reformnem programu vlada opredeli načrtovane prednostne naloge in ukrepe (prioritete) za doseganje specifičnih priporočil ter glavnih ciljev krovne razvojne evropske strategije. Ob tem dokument predstavlja ključne usmeritve vlade v procesu evropskega semestra. Skladno s pravili mora RS vsako leto do 15. 4. pripraviti nacionalni reformni program za naslednji dve leti in ga poslati Komisiji EU. Gre za dokument, v katerem se opredeli vsebina ukrepov in projektov in bi ga zato po njegovi naravi lahko uvrstili med dokumente razvojnega načrtovanja.⁹¹

⁹⁰ Uradni list RS, št. 11/11 – uradno prečiščeno besedilo, 14/13 – popr., 101/13, 55/15 – ZFisP, 96/15 – ZIPRS1617, 13/18 in 195/20 – odl. US.

⁹¹ Položaj nacionalnega reformnega programa med različnimi vrstami dokumentov razvojnega načrtovanja v RS ni izrecno opredeljen. Glede na vsebino je najbližje dokumentom razvojnega načrtovanja, ki jih pripravljajo ministrstva

Skladno z določbami za spremljanje in ocenjevanje osnutkov proračunskih načrtov ter zagotavljanje zmanjšanja čezmernega primanjkljaja držav članic v območju evra vse članice Komisiji EU najpozneje do 15. 10. posredujejo osnutke proračunskih načrtov. V njih predstavijo glavne usmeritve in elemente glede javnofinančnih ciljev in ukrepov za prihodnje leto pred sprejemom v nacionalnih parlamentih.

Uresničevanje dolgoročnih strateško-razvojnih nacionalnih ciljev temelji na srednjeročnem načrtovanju, vezanem na srednjeročni fiskalni okvir, vzpostavljen pa bi moral biti tudi sistem izvedbenih dokumentov, ki so povezani z ZJF. To pomeni, da bi bil za uresničevanje in spremljanje uresničevanja dolgoročnih strateško-razvojnih nacionalnih ciljev uporabljen sistem, ki je bil vzpostavljen predvsem z ZJF-H in Uredbo o spremembah in dopolnitvah Uredbe o dokumentih razvojnega načrtovanja in postopkih za pripravo predloga državnega proračuna⁹² iz leta 2018, s čimer je bila v slovenski pravni red prenesena Direktiva 2011/85.

Srednjeročni fiskalni okvir in nanj vezano srednjeročno načrtovanje je bilo v slovenski pravni red delno uvedeno z ZFisP leta 2015 in nato dokončno februarja 2018 s sprejetjem ZJF-H. ZJF-H je določil pojme in okvire izvajanja srednjeročne uravnoteženosti. Z ZJF-H je bilo med drugim dodano novo poglavje 1.A Srednjeročno načrtovanje fiskalne politike in fiskalna disciplina, spremenjena pa sta bila tudi 13. in 14. člen ZJF.⁹³

Srednjeročno načrtovanje, kot je urejeno v predpisih, predstavlja način izvajanja srednjeročne uravnoteženosti, katere namen je zagotoviti, da so prihodki in izdatki proračunov države srednjeročno uravnoteženi brez zadolževanja.⁹⁴ To pomeni, da

in vladne službe ali sodelujejo pri njihovi pripravi v skladu s pravnim redom EU ali v skladu s pravili mednarodnih organizacij, se pripravljajo po postopkih, z vsebino in roki veljavnosti, kot jih določa pravni red EU ali pravila mednarodnih organizacij (tretji odstavek 9. člena Uredbe o dokumentih razvojnega načrtovanja). Na to je bilo dano opozorilo že v revizijskem poročilu o Lizbonski strategiji na področju raziskav in razvoja. Dostopno na: http://www.rs-rs.si/fileadmin/user_upload/revizija/1108/REF_PROG_SP05-01.pdf (14. 9. 2021).

⁹² Uradni list RS, št. 35/18. V tem poročilu praviloma povzemamo vsebino določb uredbe o dokumentih razvojnega načrtovanja, kot veljajo od leta 2018, kadar pa povzemamo besedilo iz osnovnega besedila iz leta 2010, je to primerno označeno.

⁹³ Z novelo ZJF-H je bil 13. člen ZJF spremenjen tako, da je v njem določeno, da vlada pripravi (in ne samo predloži) državnemu zboru proračunski memorandum, predlog proračuna države z obrazložitvami, predloge finančnih načrtov Zavoda za zdravstveno zavarovanje Slovenije in Zavoda za pokojninsko in invalidsko zavarovanje Slovenije ter predloge zakonov, ki so potrebni za izvedbo predloga proračuna države. Določba 14. člena ZJF je bila z novelo ZJF-H spremenjena tako, da natančneje določa obvezne vsebine proračunskega memoranduma. Med drugim zahteva, da vlada v proračunski memorandum vključi vsebine politik, ki sledijo prioriteta in ukrepom DPRP, ter opise strukturnih ukrepov za doseganje predvidenega ciljnega salda iz srednjeročne fiskalne strategije. S spremembami je predlagatelj proračunskega memoranduma vladi le minister, pristojen za finance. Spremenjen pa je bil tudi rok, do katerega mora vlada sprejeti proračunski memorandum.

⁹⁴ Prvi odstavek 3. člena ZFisP.

se ob upoštevanju predvidenega obsega prihodkov načrtovani obseg izdatkov sektorja država navzgor omeji na raven, s katero se zagotovi upoštevanje pravila o uravnoteženosti.⁹⁵

Okvir za pripravo proračunov je tisti akt, v katerem se za posamezna leta določita ciljni saldo sektorja država in najvišji obseg izdatkov sektorja država. Okvir za pripravo proračunov na predlog vlade sprejme državni zbor, in sicer vsako leto za najmanj tri prihodnja leta.⁹⁶ Sprejeti okvir za pripravo proračunov hkrati predstavlja obseg, znotraj katerega RS v okviru Pakta za stabilnost in rast pripravlja program stabilnosti. Okvir za pripravo proračunov predstavlja meje tudi za DPRP, ki je dokument, ki zajema politike, vire sredstev in ukrepe za doseg ciljnega salda država ter vsebinsko opredeljuje in finančno vrednoti prioritete vlade za naslednja štiri leta in je hkrati srednjeročni izvedbeni dokument (dolgoročnega strateško-razvojnega načrtovanja),⁹⁷ torej izvedbeni dokument za uresničevanje Strategije razvoja Slovenije 2030.⁹⁸

Proces priprave DPRP je podrobno urejen v ZJF in Uredbi o dokumentih razvojnega načrtovanja. Ukrepi in projekti, ki so predvideni v dokumentih razvojnega načrtovanja, morajo biti v delu, v katerem se bodo financirali oz. sofinancirali z javnimi sredstvi, usklajeni z javnofinančnimi možnostmi in bodo obravnavani pri pripravi proračuna.⁹⁹ Postopki in dokumenti srednjeročnega načrtovanja fiskalne politike so določeni v 9.a do 9.o členu ZJF in v Uredbi o dokumentih razvojnega načrtovanja iz leta 2018, iz katerih izhaja, da bi morali dokumenti srednjeročnega načrtovanja (DPRP in srednjeročna fiskalna strategija) povezovati srednjeročno načrtovanje s proračunskim (letnim) načrtovanjem in omogočati spremljanje uresničevanja ciljev prek spremljanja uresničevanja srednjeročnih in proračunskih (letnih) ciljev, tudi dolgoročnih ciljev na ravni nacionalne strategije.

Za pripravo DPRP ministrstva najpozneje do 15. 10. tekočega leta službi, pristojni za razvoj, na ravni podprograma posredujejo vrstni red prioritete ali njihove spremembe iz svoje pristojnosti za naslednja štiri leta. Prioritete se morajo ujemati s

⁹⁵ Drugi odstavek 3. člena ZFisP.

⁹⁶ Prvi odstavek 6. člena ZFisP.

⁹⁷ Določba 9.a. člena ZJF.

⁹⁸ Dostopno na: https://www.gov.si/assets/vladne-sluzbe/SVRK/Strategija-razvoja-Slovenije-2030/Strategija_razvoja_Slovenije_2030.pdf (14. 9. 2021).

⁹⁹ Določba 17. člena Uredbe o dokumentih razvojnega načrtovanja.

cilji, opredeljenimi v krovnem razvojnem dokumentu države, in vsebujejo tudi strukturne¹⁰⁰ ali institucionalne spremembe, ki so finančno ovrednotene tako, da so prioritete v skladu z omejitvami, ki jih določa ZFisP. Poleg prioritete ministrstva posredujejo tudi predlog ukrepov za doseg ciljnega salda sektorja država. Vlada na predlog predstojnika službe, pristojne za razvoj, in ministra, pristojnega za finance, do 30. 11. tekočega leta sprejme DPRP. V skladu z ZJF-H bi moral biti prvi DPRP sprejet do 30. 11. 2019 in bi se začel izvajati v letu 2020. Računsko sodišče je ugotovilo, da dokument ni bil pripravljen.¹⁰¹

Proces priprave DPRP je tesno prepleten s procesom priprave proračuna države in t. i. evropskim semestrom.¹⁰² Tesna povezanost procesa priprave DPRP s procesom priprave proračuna države in evropskim semestrom v pomeni, da se strateško-razvojni cilji RS pravzaprav uresničujejo skozi proces evropskega semestra in v obsegu sredstev državnega proračuna, ki ga dopuščajo pravila Pakta za stabilnost in rast. V RS so v letih 2018 in 2019 vse zakonske in druge prevzete obveznosti predstavljale približno 94 odstotkov sredstev državnega proračuna, kar pomeni, da je bilo za nove strateško-razvojne projekte na razpolago približno 6 odstotkov (približno 600 milijonov evrov) sredstev državnega proračuna.¹⁰³

4 Zaključek

Raziskovali smo, ali je RS v pretekli finančni perspektivi v obdobju med leti 2014 in 2020 v okviru proračunskega poslovanja uresničevala nacionalne strateško-razvojne cilje in strateške cilje EU.

Proračunsko poslovanje RS je poteka v okviru ekonomskega upravljanja EU in je določeno s PEU, PDEU in Paktom za stabilnost in rast. V PEU, PDEU in Paktu za stabilnost in rast so določeni tudi cilji EU, razmerja med njimi, način njihovega uresničevanja in stroga pravila ter postopki spremljanja uresničevanja v okviru t. i. evropskega semestra. Pregled in analiza predpisov sta razkrila, da je RS je za namen uskladitve nacionalne zakonodaje s Paktom za stabilnost in rast ter stabilizacije javnih financ v letu 2013 sprejela Ustavni zakon o spremembi 148. člena Ustave RS,

¹⁰⁰ Za strukturne spremembe se štejejo tiste spremembe, ki vsebujejo preverljive ter dolgoročne pozitivne učinke, ki prispevajo k doseganju srednjeročnega fiskalnega cilja (9.a člen ZJF).

¹⁰¹ Računsko sodišče, št. 420-3/2020/158.

¹⁰² Več o tem gl. v Računsko sodišče, št. 420-3/2020/158.

¹⁰³ Računsko sodišče, št. 420-3/2020/158.

s katerim se je na ustavni ravni zavezala, da bodo prihodki in izdatki proračunov države srednjeročno uravnoteženi brez zadolževanja ali pa da bodo prihodki presejali izdatke. Leta 2015 je bil za operacionalizacijo te zaveze sprejet ZFisP, ki podrobneje določa izvedbo 148. člena URS.

Za področje načrtovanja fiskalne politike je bil s sprejemom ZFisP uveden instrument srednjeročne fiskalne strategije, ki ga sestavljata: okvir za pripravo proračunov sektorja država in program stabilnosti. Spremeniti se je moral proces priprave proračuna RS, čemur so morali biti prilagojeni dokumenti, ki spremljajo proračunski memorandum.

Za uskladitev slovenskih predpisov s Paktom za stabilnost in rast je bilo treba implementirati tudi Direktivo 2011/85, iz katere izhajajo zahteve po srednjeročnem načrtovanju fiskalne politike in ukrepih, s katerimi se zagotavlja fiskalna disciplina vseh institucionalnih enot sektorja država, in dopolniti ZJF. Določiti je bilo treba ureditev, povezano s srednjeročnim načrtovanjem fiskalne politike. To je bilo storjeno v letu 2018 s sprejetjem ZJF-H. Spremembe in dopolnitve ZJF-H so razširile obveznost priprave proračunov in finančnih načrtov za tekoče leto in naslednji dve leti na vse uporabnike proračuna in uvajajo srednjeročno načrtovanje, kot to zahtevajo predpisi EU. Ključna dokumenta za srednjeročno načrtovanje sta program stabilnosti in nacionalni reformni program. V vsakoletnem programu stabilnosti vlada opredeli večletni (triletni) makroekonomski in fiskalni okvir, ključne fiskalne projekcije in njihove komponente ter ovrednoti javnofinančne cilje skladno z zahtevami Komisije EU in Pakta za stabilnost in rast. V nacionalnem reformnem programu vlada opredeli načrtovane prednostne naloge in ukrepe (prioritete) za doseganje specifičnih priporočil EU ter glavnih ciljev krovne razvojne evropske strategije. Ob tem dokument predstavlja ključne usmeritve vlade v procesu t. i. evropskega semestra.

ZJF od sprememb leta 2018 zahteva srednjeročno načrtovanje fiskalne politike in fiskalno disciplino, ki se izvajata na podlagi DPRP, ki zajema politike, vire sredstev in ukrepe za doseg ciljnega salda sektorja država v skladu z ZFisP ter vsebinsko opredeljuje in finančno vrednoti prioritete vlade za naslednja štiri leta. DPRP in srednjeročna fiskalna strategija naj bi povezala dokumente razvojnega načrtovanja s proračunskim načrtovanjem in bi se letno podaljševala. Srednjeročni fiskalni okvir za izvajanje načela srednjeročne uravnoteženosti prihodkov in izdatkov proračunov države brez zadolževanja naj bi bil rezultat strateškega načrtovanja proračuna. Državni proračun pa naj bi odražal prednostne naloge cele države iz nacionalne

strategije razvoja. S temi predlaganimi orodji, ki naj bi se prvič odrazili v proračunu RS za leto 2020, bi se uvedel postopek priprave načrtov srednjeročnih makroekonomskih politik države. V skladu z ZJF bi moral biti prvi DPRP sprejet do 30. 11. 2019 in bi se začel izvajati v letu 2020. Računsko sodišče je ugotovilo, da dokument ni bil pripravljen.¹⁰⁴

Tesna povezanost procesa priprave DPRP, procesa priprave proračuna države in t. i. evropskega semestra pomeni, da bi se naj strateško-razvojni cilji RS pravzaprav uresničevali skozi proces evropskega semestra in v obsegu, ki ga dopuščajo pravila Pakta za stabilnost in rast.

V RS so v letih 2018 in 2019, ko je po dolgih letih brez spet imela formalno nacionalno Strategijo razvoja Slovenije, vse zakonske in druge prevzete obveznosti predstavljale približno 94 odstotkov sredstev državnega proračuna, kar pomeni, da je bilo ob spoštovanju Pakta za stabilnost in rast za vse nove strateško-razvojne projekte v RS letno na razpolago približno 6 odstotkov (približno 600 milijonov evrov) sredstev državnega proračuna.¹⁰⁵

V marcu 2020 je bila v RS razglašena epidemija covida-19. Marca 2020 je tudi Komisija EU ocenila, da se EU zaradi epidemije covida-19 nahaja v izrednih razmerah, in aktivirala splošno odstopno klavzulo v okviru Pakta za stabilnost in rast, na podlagi česar je v letih 2020 in 2021 omogočeno odstopanje od fiskalnih pravil¹⁰⁶ in pravil Pakta za stabilnost in rast.¹⁰⁷

V letih 2020–2023 se vzpostavljajo nova pravila in načrti za financiranje EU v prihodnjem programskem obdobju.

¹⁰⁴ Računsko sodišče, št. 420-3/2020/158.

¹⁰⁵ Računsko sodišče, št. 420-3/2020/158.

¹⁰⁶ Dostopno na: https://ec.europa.eu/slovenia/news/eu-general-escape-clause_sl (14. 9. 2021).

V RS je bil možen način ukrepanja v primeru nastopa izrednih oz. bistveno spremenjenih zunanjih okoliščin na področju ekonomskega upravljanja države predviden v 12. členu ZFisP, ki določa pogoje, pod katerimi je dopusten odstop od uravnoveženosti (pod pogojem, da to srednjeročno ne ogrozi fiskalne vzdržnosti), in v 13. členu ZFisP, ki določa, da obseg dopustnih odstopanj od srednjeročne uravnoveženosti v primeru ugotovljenih okoliščin iz prvega odstavka 12. člena določa državni zbor s sprejemom spremembe okvira. Določba 25. člena Uredbe o dokumentih razvojnega načrtovanja pa ureja pogoje glede dopolnitev, sprememb ali nadomestitve dokumentov razvojnega načrtovanja z novimi v primeru nastanka bistveno spremenjenih okoliščin.

¹⁰⁷ Več o tej temi gl. v A. Klajnšek, 2022, Strateško-razvojno načrtovanje Republike Slovenije in epidemija, str. 146–162.

Literatura

- Ahtik Meta, Ekonomska vloga evra, Podjetje in delo, *Let. 32* (2006), št. 6-7, str. 1318–1326.
- Ahtik Meta, Erent Sunko Zrinka, Pilipović Ozren, Država in suverenost v dobi globalizacije: vloga regionalnih ekonomskih integracij s posebnim poudarkom na Evropski uniji, *Zbornik znanstvenih razprav, Let. 71* (2011), str. 39–67.
- Anessi-Pessina Eugenio, Barbera Carmela, Sicilia Mariafrancesca, Steccolini Ileana, *Public Sector Budgeting: A European Review of Accounting and Public-Management Journals, Accounting, Auditing, & Accountability Journal, Let. 29* (2016), št. 3, str. 491–519.
- Asteriou Dimitrios, Spanos Konstantinos, *The Relationship Between Financial Development and Economic Growth During the Recent Crisis: Evidence From the EU, Finance Research Letters, Let. 28* (2019), str. 238–245.
- Bednaš, Marijana, *Reforma pakta stabilnosti in rasti, UMAR, Ljubljana 2006.*
- Bitenc Mira, Zakaj in kako poročati o delovanju uprave in javnih služb?, *Lex localis, Let. 2* (2004), št. 2, str. 155–170.
- Blume Lorenz, Voigt Stefan, *The Economic Effects of Constitutional Budget Institutions, European Journal of Political Economy, Let. 29* (2013), str. 236–251.
- Boboc Raluca Mariana, Alecu Ioan Iulian, *Financial Packages for EU Member States After the Moment of the Economic Crisis, Procedia Economics and Finance, Let. 6* (2013), str. 3–9.
- Casagrande Sara, Dallago Bruno, *Benchmarking Institutional Variety in the Eurozone: An Empirical Investigation, Economic Systems, Let. 45* (2021), št. 1, str. 1–13.
- Crescenzi Riccardo, Giua Mara, Sonzogno Giulia Valeria, *Mind the Covid-19 Crisis: An Evidence-Based Implementation of Next Generation EU, Journal of Policy Modeling, Let. 43* (2021), št. 2, str. 278–297.
- Cvikl Martin Milan, *Izzivi javnih financ v Sloveniji, v: Zbornik referatov 10. izobraževalnega seminarja o javnih finančah in državnem revidiranju: Proračun, proračunski uporabniki in revidiranje, H. Kamnar (ur.), Zveza ekonomistov Slovenije, Ljubljana 2008, str. 17–38.*
- Cvikl Martin Milan, Korpič-Horvat Eteka, *Proračunsko pravo, GV Založba, Ljubljana 2007.*
- Cvikl Martin Milan, Zemljič Petra, *Zakon o javnih finančah s komentarjem, Bonex Založba, Ljubljana 2005.*
- Dawson Mark, *The Legal and Political Accountability Structure of 'Post-Crisis' EU Economic Governance, Journal of Common Market Studies, Let. 53* (2015), št. 5, str. 976–993.
- De Vries Michiel S., Nemeč Juraj, Špaček David (ur.), *Performance-Based Budgeting in the Public Sector, Palgrave Macmillan, Cham 2019, str. 209–225.*
- Dermine Paul, Markakis Menelaos, *EU Economic Governance and the COVID-19 Crisis: Between Path-Dependency and Paradigmatic Shift, International journal of public law and policy, Let. 6* (2020), št. 4, str. 326–345.
- Hojnik Janja, *Pravni vidiki reforme gospodarskega upravljanja v EMU, Pravna praksa, Let. 31* (2012), št. 21, str. 31–33.
- Hojnik Janja, *Ordoliberalizem - teorija povezovanja prava in ekonomije, Lexonomica, Let. 1* (2009), št. 1, str. 3–32.
- Jovanović Tatjana, Vašiček Vesna, *The Role and Application of Accounting and Budgeting Information in Government Financial Management Process: A Qualitative Study in Slovenia, Public Money & Management, Let. 41* (2021), št. 2, str. 99–106.
- Kamnar Helena, Borak Neven, *Fiskalna pravila, Zveza ekonomistov Slovenije, Ljubljana 2013.*
- Klajnšek Aljanka, *Kakovost informacij za ekonomsko upravljanje, v: Zbornik 26. konference Dnevi slovenske informatike: Slovenija 4.0, Š. Urh Popovič (ur.), Slovensko društvo Informatika, Ljubljana 2019, str. 1–7.*
- Klajnšek Aljanka, *Revidiranje programske uspešnosti v obdobju med letoma 2001 in 2011, Revizor, Let. 23* (2012), št. 6, str. 7–25.
- Klajnšek Aljanka, *Uspešnost uveljavljanja k ciljem in rezultatom usmerjenega proračunskega procesa ministrstev v letih 2010-2011, v: Zbornik referatov: XXI Dnevi slovenske uprave 2014, A. Aristovnik (ur.), Fakulteta za upravo, Ljubljana 2014, str. 16.*

- Klajnšek Aljanka, Strateško-razvojno načrtovanje Republike Slovenije in epidemija, v: *Pravo in ekonomija: pravo, ekonomija in epidemija*, Repas, M. (ur.), Univerza v Mariboru, Maribor 2022, str. 146–162.
- Klužer Franci, Lautar Katja (ur.), Razvojno načrtovanje, spremljanje in vrednotenje ter zasnova programskega proračuna 2009–2011, Služba Vlade Republike Slovenije za razvoj in evropske zadeve, Ljubljana 2011.
- Ladi Stella, Tsarouhas Dimitris, EU Economic Governance and Covid-19: Policy Learning and Windows of Opportunity, *Journal of European Integration: Pandemic Politics and European Union responses*, *Let.* 42 (2020), št. 8, str. 1041–1056.
- Lautar Katja, Klužer Franci, Razvojno načrtovanje in vzpostavitev k ciljem usmerjenega proračuna, v: Zbornik 11. izobraževalnega seminarja o javnih finančah in državnem revidiranju: Kriza in javni sektor, N. Borak (ur.), Zveza ekonomistov Slovenije, Ljubljana 2009, str. 67–79.
- Lautar, Katja, Učinkovitost politike spodbujanja konkurenčnosti v Sloveniji, Fakulteta za management, Koper 2016.
- Levy David L., COVID-19 and Global Governance, *Journal of management studies*, *Let.* 58 (2021), št. 2, str. 562–566.
- Matei Ani, Calapod Andrei, Changes of the Decision Making Process in EU in the Context of the Financial and Economic Crisis, *Procedia Economics and Finance*, *Let.* 26 (2016), str. 254–260.
- Mencinger Jože, Strukture in druge reforme, *Pravna praksa*, *Let.* 32 (2013), št. 18, str. 34.
- Mičković Slaven, Srednjeročni finančni okvir za obdobje 2012–2015, v: Zbornik referatov 13. izobraževalnega seminarja o javnih finančah in državnem revidiranju: Utrjevanje javnih financ, N. Borak (ur.), Zveza ekonomistov Slovenije, Ljubljana 2011, str. 57–71.
- Mrak Mojmir, Evropski mehanizem gospodarskega upravljanja in konsolidiranja slovenskih javnih financ, v: Zbornik 44. simpozija o sodobnih metodah v računovodstvu, finančah in reviziji, I. Turk (ur.), Zveza ekonomistov Slovenije, Ljubljana 2012, str. 179–196.
- Mügge Daniel, Europe's Regulatory Role in Post-Crisis Global Finance, *Journal of European Public Policy*, *Let.* 21 (2014), št. 3, str. 316–326.
- Nahtigal Matjaž, Evropski fiskalni pakt - preveč tog in omejevalen, *Pravna praksa*, *Let.* 31 (2012), št. 12, str. II–VII.
- Quaglia Lucia, The 'Old' and 'New' Politics of Financial Services Regulation in the European Union, *New political economy*, *Let.* 17 (2012), št. 4, str. 515–535.
- Quaglia Lucia, The Politics of 'Third Country Equivalence' in Post-Crisis Financial Services Regulation in the European Union, *West European Politics*, *Let.* 38 (2015), št. 1, str. 167–184.
- Računsko sodišče Republike Slovenije, Revizijsko poročilo št. 420-3/2020/158 z dne 22. 6. 2021.
- Radman, Franc, K rezultatom usmerjen proračun kot sredstvo za večjo učinkovitost vladnih programov, Fakulteta za družbene vede, Ljubljana 2005.
- Renda Andrea, Castro Rosa, Towards Stronger EU Governance of Health Threats After the Covid-19 Pandemic, *European journal of risk regulation*, *Let.* 11 (2020), št. 2, str. 273–282.
- Savvakis Georgios A., Kenourgios Dimitris, Papageorgiou Theofanis, To EMU or Not to EMU: Can TFP "Provoke" the Capital Structure Puzzle of SMEs?, *International journal of finance and economics*, *Let.* 26 (2021), št. 2, str. 17.
- Sebastiao Dina, Covid-19: A Different Economic Crisis but the Same Paradigm of Democratic Deficit in the EU, *Politics and governance*, *Let.* 9 (2021), št. 2, str. 252–264.
- Strašek, Sebastjan, Ekonomska analiza in politika, Ekonomsko-poslovna fakulteta, Maribor 2006.
- Štiblar Franjo, (Ne)uspešna reforma gospodarskega in finančnega sistema, *Podjetje in delo*, *Let.* 38 (2012), št. 6-7, str. 1268–1289.
- Turk Ivan, Produktivnost, ekonomičnost in rentabilnost ali varčnost, učinkovitost in uspešnost kot temeljna načela in kazalniki, *Revizor*, *Let.* 17 (2007), št. 11, str. 70–75.
- Vintar Mirko, Aristovnik Aleksander, Klun Maja (ur.), Vidiki in dejavniki uspešnega izvajanja javnih politik v Sloveniji, Fakulteta za upravo, Ljubljana 2018.
- Vuksanović Igor, Ustava in ekonomska politika, *Pravna praksa*, *Let.* 30 (2011), št. 41-42, str. 18–22.
- Zafred, Jasna Ida, Prevzem mednarodnih računovodskih standardov za javni sektor v računovodske izkaze oseb javnega prava: primer Slovenije, Ekonomska fakulteta, Ljubljana 2010.

SUMMARY

With the accession of the Republic of Slovenia to the European Union and later the Monetary Union, a new fact was established for budget law and the entire public finances of the Republic of Slovenia. The European Union pursues a common monetary policy that requires closely coordinated economic policies of the Member States. The Economic and Monetary Union is based on the compliance with the criteria in the field of price stability, sound public finances and economic growth.

The economic policies of the Member States of the European Union are matters of common interest and must be coordinated at European Union level. They must contribute to the achievement of the European Union's objectives, which are set out in treaties and strategies, the key ones being those relating to the common market and economic growth.

The European Union budget and the budgets of the Member States are the main instrument through which the objectives of the European Union and the national objectives of the Member States are being achieved. This is possible through a modern approach to budget financing and public finance management, in which the strategic and development planning, budget operations as well as accounting are intertwined.

To successfully achieve the strategic and development objectives, it is first necessary to ensure efficient and transparent development planning, the basic purpose of which is to adapt the structure of budget expenditures to strategic and development priorities. To effectively achieve the strategic and development objectives of the Europe 2020 Strategy, a reformed economic governance framework (the European Semester) was established in the period between 2011 and 2013, which is a process of planning, implementing, and monitoring economic governance and reporting on the achievement of Member States' objectives at European Union level in the framework of the Stability and Growth Pact. It is in this way that the European Commission responded to the financial and economic crisis by introducing stricter rules that more strongly control developments in macroeconomic indicators as well as developments in public debt and fiscal deficit.

In 2020, the COVID-19 epidemic led to a significant deviation from the rules in place before the COVID-19 epidemic in terms of budget financing and management across the European Union. New rules and plans for financing the European Union in the coming programming period are being established.

The article, based on the analysis of regulations and audit report of the Court of Audit of the Republic of Slovenia, seeks to answer the question whether the Republic of Slovenia in the years 2018 and 2019 implemented national strategic and development objectives as well as strategic objectives of the European Union in the framework of its budget operations. With the help of audit report of the Court of Audit the analysis connects the theory with the practical aspect and substantiates the findings that might be the basis for further improvements of the system.

The analysis shows that the national strategic and development planning as well as the planning of the European Union in the years 2018 and 2019 were not adequately linked and integrated in the budget of the Republic of Slovenia. The article describes the key shortcomings and proposes solutions to the perceived shortcomings.

The article also draws attention to the gap in the scientific research of budget operations in the Republic of Slovenia and in the connection thereof with the policies and budget of the European Union. Finally, the article seeks to encourage further research in this field, especially within legal sciences.

VPLIV KONSOLIDIRANE DAVČNE OSNOVE DAVKA NA DOHODEK PRAVNIH OSEB NA PODPISANE DAVČNE POGODBE MED TRETJIMI DRŽAVAMI

MATJAŽ KOVAČ

Univerza v Mariboru, Pravna fakulteta, Maribor, Slovenija
matjaz.kovac@gov.si

Uvedba konsolidirane davčne osnove davka na dohodek pravnih oseb (CCCTB) v EU je odgovor na izziv evropskega gospodarskega povezovanja. Prispevek obravnava analizo okvira CCCTB za preprečevanje dvojnega obdavčevanja in za zaščito skupne konsolidirane davčne osnove ter njen vpliv na že podpisane davčne pogodbe. V praksi je bilo ugotovljeno, da uvedba davčnega odtegljaja za plačila hčerinskih družb s sedežem v tujini matični družbi iz tretje države po običajni davčni stopnji (stopnja neobdavčene pogodbe) krši pogodbene določbe, enakovredne drugemu odstavku 10. in 11. člena ter prvemu odstavku 12. člena Modela OECD. Dodelitev dohodka stalni poslovni enoti v EU, ki je v lasti tretje države, na podlagi prerazporeditvenega mehanizma CCCTB, je v nasprotju z drugim odstavkom 7. člena Modela OECD. Klavzula o varčevanju z davki, ki obstaja v davčnih pogodbah, sklenjenih med državami članicami CCCTB in tretjimi državami v razvoju, bi lahko bila problematična pri porazdelitvi »navideznega« kredita.

DOI
[https://doi.org/
10.18690/um.pf.1.2024.23](https://doi.org/10.18690/um.pf.1.2024.23)

ISBN
978-961-286-817-8

Ključne besede:
davčni sistem,
konsolidirana davčna
osnova,
davčne pogodbe,
predlog direktive CCCTB,
Model OECD



Univerzitetna založba
Univerze v Mariboru

DOI

[https://doi.org/
10.18690/um.pf.1.2024.23](https://doi.org/10.18690/um.pf.1.2024.23)

ISBN

978-961-286-817-8

Keywords:

tax system,
consolidated tax base,
tax contracts,
Proposal of CCCTB
Directive,
OECD model

IMPACT OF THE CONSOLIDATED CORPORATE INCOME TAX BASE ON TAX CONTRACTS SIGNED BETWEEN THIRD COUNTRIES

MATJAZH KOVAČ

University of Maribor, Faculty of Law Maribor, Slovenia
matjaz.kovac@gov.si

Introduction of the consolidated tax base of the corporate tax (CCCTB) in the EU is a response to the challenge of the European economic integration. The paper deals with the framework analysis CCCTB for the avoidance of double taxation and protection of common consolidated tax base and its impact on already signed tax agreements. In practice, it was found that introduction of withholding tax for payments of subsidiary companies with headquarters in a foreign parent company from a third country at the normal tax rate (level of tax-free contract) violates the contractual provisions, equivalent to the second paragraph of Articles 10 and 11 and the first paragraph 12 of the OECD Model. Allocation of permanent income to a business unit in the EU that is owned by a third country, on the basis of the CCCTB reallocation mechanism, is in conflict with the other paragraph 7 of Article 7 of the OECD Model. Savings clause with taxes that exist in tax treaties concluded between CCCTB members countries and developing third countries, could be problematic in the distribution of "virtual" credit.



University of Maribor Press

1 Uvod

Družbe, ki želijo čezmejno poslovati znotraj EU, se srečujejo z velikimi ovirami in izkrivljanjem trga zaradi 27 različnih sistemov obdavčevanja pravnih oseb. Davčne ovire pri čezmejnem poslovanju so zlasti velike za mala in srednje velika podjetja, ki običajno nimajo sredstev za odpravo tržne neučinkovitosti. Mreža konvencij o izogibanju dvojnemu obdavčenju med državami članicami ne zagotavlja ustrezne rešitve. Veljavna zakonodaja Evropske unije (EU) o obdavčevanju pravnih oseb obravnava le majhno število posebnih težav.

S sistemom, ki bi družbam omogočil, da v zvezi z davkom od dohodkov pravnih oseb EU obravnavajo kot enotni trg, bi se olajšala čezmejna dejavnost družb rezidentk v EU in spodbujal cilj, da postane EU konkurenčnejša za mednarodna vlaganja. Takšen sistem bi najbolje dosegli tako, da bi se skupinam družb, ki so davčne zavezanke v več kot eni državi članici, omogočilo, da svoje davčne zadeve v EU urejajo na podlagi enotnega sklopa predpisov za izračun davčne osnove ter sodelujejo z eno davčno upravo. Ti predpisi bi morali biti na voljo tudi subjektom, ki so zavezani za plačilo davka od dohodkov pravnih oseb v EU in niso del skupine. Tako se je pod okriljem Komisije EU in njenih delovnih teles oblikovala ideja o nastanku sistema skupne konsolidirane davčne osnove davka na dohodke pravnih oseb (CCCTB).¹

CCCTB se uporablja za reševanje nekaterih večjih davčnih ovir, ki omejujejo rast na enotnem trgu. V odsotnosti skupnih davčnih predpisov interakcije nacionalnih davčnih sistemov pogosto vodijo do prekomernega obdavčevanja in pojava dvojnega obdavčevanja. Podjetja se soočajo z velikimi administrativnimi in usklajevalnimi stroški. Takšno stanje ustvarja ovire za naložbe v EU in ima za posledico neizpolnjevanje prednostnih nalog, določenih v Strategiji Evrope 2020 - Strategija za pametno, trajnostno in vključujočo rast.² CCCTB je pomembna pobuda, ki prispeva k odpravi ovir pri dokončni vzpostavitvi enotnega trga.³

¹ M. Aujean, *The CCCTB Project and the Future of European Taxation*, v: *Common Consolidate Corporate Tax Base*, 2008, str. 11–37.

² Sporočilo Komisije »EVROPA 2020 – Strategija za pametno, trajnostno in vključujočo rast«, COM(2010) 2020 z dne 3. marca 2010.

³ Sporočilo Komisije »K aktu za enotni trg – Za visokokonkurenčno socialno tržno gospodarstvo – 50 predlogov za izboljšanje skupnega dela, poslovanja in izmenjav«, COM(2010) 608 z dne 27. oktobra 2010.

Predlagani sistem obdavčenja skupine podjetij bi tehnično potekal v treh korakih. Vsi obdavčljivi dobički in izgube posamezne skupine podjetij bi se uskupinili ne glede na lokacije posameznih podjetij iz skupine. Tako ugotovljena davčna osnova skupine podjetij bi se s pomočjo porazdelitvene formule pripisala posameznim podjetjem skupine. Davčna osnova, pripisana posameznemu podjetju skupine, bi se obdavčila po nacionalni davčni stopnji države, v kateri se podjetje nahaja. Države članice bi pri določanju davčne stopnje za ugotovljeni delež dobička podjetja, lociranega na njenem ozemlju, ostale samostojne.⁴

Konsolidacija je bistveni element CCCTB, saj se lahko glavne davčne ovire, s katerimi se srečujejo družbe v EU, obravnavajo le v tem okviru. S konsolidacijo se odpravljajo formalnosti v zvezi s prenosnimi cenami in dvojnimi obdavčevanjem znotraj skupin. Poleg tega se izguba, ki jo imajo davčni zavezanci, samodejno izravna z dobičkom, ki ga ustvarijo drugi člani iste skupine. Konsolidacija mora vključevati pravila za porazdelitev rezultata med države članice, v katerih imajo člani skupine svoje poslovne enote.⁵

Porazdelitvena formula konsolidirane davčne osnove vsebuje tri enako ponderirane faktorje (delo, sredstva in prodaja). Faktor dela se izračuna na podlagi plačila za delo in števila zaposlenih (vsaka postavka predstavlja polovico). Faktor sredstev sestavljajo vsa opredmetena osnovna sredstva. Neopredmetena in finančna sredstva je treba izključiti iz formule, zaradi njihove mobilne narave in tveganj za izogibanje sistemu. Končno je treba upoštevati prodajo, da se zagotovi poštena udeležba namembne države članice. Ti faktorji in ponderji morajo zagotoviti, da se dobički obdavčijo tam, kjer se zaslužijo. Kot izjema od splošnega načela, kadar rezultat porazdelitve ne predstavlja pravičnega obsega poslovne dejavnosti, je z zaščitno klavzulo določena nadomestna metoda.⁶

Prispevek je razdeljen na tri vsebinsko zaokrožena poglavja. Uvodno poglavje obravnava problematiko vpliva konsolidirane davčne osnove davka na dohodek pravnih oseb glede na veljavne davčne pogodbe med tretjimi državami, predvsem glede oblikovanja konsolidirane skupine in porazdelitvenega mehanizma. V drugem

⁴ M. Aujean, *The CCCTB Project and the Future of European Taxation*, v: *Common Consolidate Corporate Tax Base*, 2008, str. 35.

⁵ A. Oestreicher, *CCCTB – Methods of Consolidation*, v: *Common Consolidate Corporate Tax Base*, 2008, str. 517–547.

⁶ Komisija EU, 2007, *CCCTB; Possible Elements of the Sharing Mechanism*, Brussels.

poglavju je analizirana združljivost pravil CCCTB s pravili iz davčnih pogodb med državami članicami in tretjimi državami. V poglavju je izpostavljeno nasprotje med pravili CCCTB in davčnimi pogodbami o dvojnem obdavčenju iz tretjih držav ter nakazane rešitve. V nadaljevanju poglavja so analizirane vsebine, ki se nanašajo na obdavčevanje dohodkov stalnih poslovnih enot, plačil oz. obdavčitev rezidentov, na uporabo klavzule o varčnem obdavčenju v sistemu CCCTB, klavzule o prehodu in kršitvi davčnih pogodb o dvojnem obdavčenju iz tretjih držav, predstavljena in analizirana je tudi združljivost pravil o tujih nadzorovanih družbah s sistemom odprave dvojnega obdavčenja v davčnih pogodbah s tretjimi državami ter pravil o tanki kapitalizaciji v sistemu CCCTB in v sistemu davčnih pogodb o dvojnem obdavčenju. V zaključnem poglavju so podane možne rešitve glede kolizije med pravili CCCTB in pravili iz davčnih pogodb o dvojnem obdavčenju.

2 Združljivost pravil CCCTB z davčnimi pogodbami za odpravo dvojnega obdavčenja med tretjimi državami in državami članicami EU

2.1 Davčne pogodbe in sporazumi

Davčne pogodbe so mednarodni sporazumi med državami in večina jih je dvostranskih. Vendar obstaja veliko regionalnih večstranskih davčnih sporazumov, ki predstavljajo pomemben del mednarodnega davčnega prava.⁷ Dvojno obdavčevanje je posledica prekrivanja davčne pristojnosti dveh držav. Davčne pogodbe se uporabljajo kot pomembno sredstvo za boj proti mednarodnemu izogibanju davkom. Vzorčna konvencija OECD glede izogibanja dvojnega obdavčenja (Model OECD)⁸ izvira iz dela Lige narodov in je bila izdelana v dvajsetih letih prejšnjega stoletja, da bi razvila nekaj enotnosti v sporazumih, ki jih države uporabljajo za preprečevanje dvojnega obdavčevanja in davčnih utaj.⁹ Glavni cilj modela OECD je »pojasniti, standardizirati in potrditi fiskalni položaj davkoplačevalcev, ki se ukvarjajo s komercialnimi, industrijskimi, finančnimi ali drugimi dejavnostmi v drugih državah, in sicer tako, da vse države uporabljajo

⁷ M. Kobetsky, 2011, *International Taxation of Permanent Establishment*, str. 155.

⁸ OECD, 2017a, *Model Tax Convention on Income and on Capital: Condensed Version 2017*.

⁹ K. Vogel, 1997, *Klaus Vogel on Double Tax Conventions: A Commentary to the OECD-UN, and US Model Conventions for the Avoidance of Double Taxation of Income and Capital with Particular Reference to German Treaty Practice*, str. 11.

skupne rešitve za enake primere dvojnega obdavčevanja.¹⁰ Komentarji OECD so v veliko pomoč pri uporabi in razlagi davčnih pogodb v državah članicah OECD in državah, ki niso članice OECD, zlasti v državah, ki nimajo postopka za pridobitev vnaprejšnjega odločanja o davčnih zadevah od davčne uprave.

Predlog o direktivi o skupni konsolidirani davčni osnovi davka na dohodek pravnih oseb¹¹ (Predlog direktive CCCTB) enostransko določa skupna pravila za odpravo dvojnega obdavčevanja, ki bi neizogibno izhajala iz prekrivanja davčne pristojnosti skupine CCCTB in davčne jurisdikcije tretjih držav. Za zaščito skupne davčne osnove Predlog direktive CCCTB vsebuje nekatere skupne določbe o preprečevanju zlorab, ki se uporabljajo v zvezi s tretjimi državami, kot so klavzule o prehodu, pravila o CFC in pravila o tanki kapitalizaciji. Te določbe so nedvomno zadostne za zaščito skupne davčne osnove, vendar so verjetno v nasprotju z veljavnimi davčnimi sporazumi, podpisanimi med državami članicami in tretjimi državami.¹²

2.2 Združljivost sistema CCCTB z določbami modela OECD

Skladnost pravil CCCTB z modelom OECD bom preučil v zvezi s tremi pomembnimi pravili, in sicer: pravila o prenosnih cenah, odpravi dvojnega obdavčevanja in pravila proti zlorabi. V Predlogu direktive CCCTB so oblikovane prenosne cene po načelu neodvisnih strank, združljivost tega z 9. členom v Modelu OECD pa zasluži preučitev. Kar zadeva dohodek rezidentov v državi članici CCCTB od tretjih držav (dohodna plačila), je v Predlogu direktive CCCTB navedena oprostitev dvojnega obdavčevanja z oprostivitvijo in kreditom. To je lahko v nasprotju z 23. A, 23. B in 10., 11. ter 12. členom Modela OECD. Nasprotno pa v zvezi z obdavčitvijo nerezidentov (izhodna plačila) Predlog direktive CCCTB ne določa skupnih pravil. Kljub temu se v skladu z njo prihodki stalne poslovne enote, ki se nahajajo v državah članicah CCCTB in so v lasti nerezidenta, konsolidirajo in formalno porazdelijo. To je lahko v nasprotju s 7. členom Modela OECD, ki pripisuje dohodek stalni poslovni enoti na podlagi načela nepristranskosti, in 24. členom Modela OECD o nediskriminaciji. Poleg tega je v Predlogu direktive

¹⁰ K. Vogel, *Double Tax Treaties and Their Interpretation*, 1986, str. 11.

¹¹ Proposal for a Council Directive on a Common Corporate Tax Base, Strasbourg, 25. 10. 2016 COM(2016) 685 final 2016/0337(CNS).

¹² S. Douma, *The Three Ds of Direct Tax Jurisdiction: Disparity, Discrimination and Double Taxation*, 2006, str. 522–533.

CCCTB vzpostavljen mehanizem za prehod, ki bi lahko bil v nasprotju s 23. A členom Modela OECD.

Če je tretja država, s katero je država članica skupine CCCTB sklenila davčno pogodbo, država v razvoju, veljavni davčni sporazumi običajno vsebujejo mehanizem varčevanja. Pravila tanke kapitalizacije in pravila CFC so določena v predlagani direktivi o CCCTB. Ta dva ukrepa pa sta lahko v nasprotju z različnimi določbami Modela OECD, kot so 7., 9., 10. in 24. člen.¹³ Ob upoštevanju skladnosti pravil CCCTB s pogodbami o dvojnem obdavčevanju, ki temeljijo na modelu OECD, je pomembno razlikovati med pogodbami o dvojnem obdavčevanju, sklenjenimi med državami članicami skupine CCCTB, in pogodbami o dvojnem obdavčevanju med državami članicami skupine CCCTB in tretjimi državami.

V zvezi z davčnimi pogodbami, sklenjenimi med državami članicami skupine CCCTB, Predlog direktive CCCTB izrecno navaja, da bodo ti sporazumi prevladali nad določbami CCCTB, zlasti v zvezi s katerim koli sporazumom, kadar so določbe v nasprotju s pravili CCCTB.¹⁴ Sistem CCCTB naj bi se razlikoval od sedanjih domačih davčnih sistemov držav članic, na katerih temeljijo sedanji davčni sporazumi s tretjimi državami. Zato se pričakuje neskladje med pravili CCCTB in davčnimi pogodbami, sklenjenimi med državami članicami in tretjimi državami.

V pravilih CCCTB je treba upoštevati ravnovesje med zagotavljanjem ustrezne ravni varstva davčne osnove in najmanjšim možnim konfliktom z obstoječimi pogodbami. Delno odstopanje skupine CCCTB zaradi spoštovanja obveznosti, ki izhajajo iz davčnih pogodb s tretjimi državami, ne zadostuje in ni v skladu z mednarodnim pravom, zlasti z nekaterimi določbami Dunajske konvencije o pravu mednarodnih pogodb,¹⁵ kot sta 26. in 27. člen.¹⁶ Kratkoročna rešitev predvideva prehodno obdobje, v katerem bi države članice CCCTB lahko še naprej uporabljale svoje sedanje davčne sporazume s tretjimi državami, tudi če so v nasprotju s pravili

¹³ European Commission, 2001, 'Company Taxation in the Internal Market', COM (2001)582 final, str. 397

¹⁴ European Commission, 2010, 'Transaction and Dealing Between the Group and Entities Outside the Group', (CCCTB\RD\003\doc\en), tč. 3.

¹⁵ Uradni list RS, št. 13/2011.

¹⁶ E. C. C. M. Kemmeren, CCCTB and Exemption Method for Pes and Major Shareholding, v: Common Consolidated Corporate Tax Base, 2008, str. 657.

CCCTB.¹⁷ Kratkoročni pristop, tj. razširjenost pogodb o davkih na tretje države v primerjavi s pravili CCCTB, je v skladu s 351. členom Pogodbe o delovanju EU¹⁸ (PDEU). Če pa se CCCTB šteje za del prava EU, je to sekundarna zakonodaja EU, ki ne more razveljaviti davčnih pogodb tretjih držav, ki so bile sklenjene pred začetkom veljavnosti CCCTB. Takšen pristop bi spodkopal cilj CCCTB, po katerem za vse davkoplačevalce velja skupni sklop pravil v pristojnosti CCCTB. V nasprotju z interakcijo med nacionalno davčno zakonodajo določene države članice in njeno pogodbo o dvojnem obdavčevanju v zvezi s tretjo državo, interakcija med pravili CCCTB in pogodbami o dvojnem obdavčevanju iz tretjih držav ni dvostranska.¹⁹

Dolgoročno učinkovanje sistema CCCTB in delovanje EU kot pravil notranjega trga ter uresničevanje ciljev iz Predloga direktive CCCTB o usklajevanju z davčnimi sporazumi, sklenjenimi med državami članicami skupine CCCTB in tretjimi državami, bo za države članice sistema CCCTB bistvenega pomena, da se ponovno pogajajo o svojih davčnih sporazumih s tretjimi državami v zvezi z določbami o obdavčitvi pravnih oseb.²⁰

2.3 Potencialno nasprotje med pravili CCCTB in davčnimi pogodbami o dvojnem obdavčevanju iz tretjih držav

Konsolidacija in kasnejša prerazporeditev sta omejena na pogojna določila EU, pri čemer subjekt, ki prebiva v tretji državi, ni upravičen, da postane član konsolidirane skupine v EU. Območje razčlenjevanja v sistemu CCCTB bi bilo problematično, saj bi soobstoj porazdelitvenega mehanizma v EU in ločeno računovodstvo nasproti tretjim državam pomenilo uvedbo zapletenega sistema, ki bi ga domnevno odpravila uvedba CCCTB. Za uporabo pravil o prenosnih cenah v CCCTB se davčni zavezanec, ki prebiva v državi, ki je v sistemu CCCTB, obravnava kot pridruženo podjetje v zvezi s svojo stalno poslovno enoto v tretji državi in obratno. Ker pogodbe o izogibanju dvojnega obdavčevanja s tretjimi državami sprejemajo načelo nepristranskega obdavčevanja po Modelu OECD, določanje enakih pravil za prenosne cene v CCCTB ne bi zahtevalo ponovnih pogajanj o sedanjih davčnih

¹⁷ European Commission, 2008, 'Summary Record of the Meeting of CCCTB' (2. 7. 2008 CCCTB/WP/68/en), tč. 9; European Commission, 2010, 'Transaction and Dealing Between the Group and Entities Outside the Group', (CCCTB\RD\003\doc\en), tč. 3.

¹⁸ UL C 326, 26. 10. 2012.

¹⁹ P. Pistone, 2002, *The Impact of Community Law on Tax Treaties: Issues and Solutions*, str. 88.

²⁰ European Commission, 2006, 'An Overview of the Main Issues that Emerged at the First Meeting of the Subgroup on International Aspects' (CCCTB\WP\029\doc\en), tč. 3.

sporazumih s tretjimi državami v zvezi z določbami, podobnimi drugemu odstavka 7. in 9. člena Modela OECD.²¹

Prilagoditev transakcij povezanega podjetja v skladu s pravili o prenosnih cenah v CCCTB povzroča dvojno ekonomsko obdavčitev. Soobstoj formalne porazdelitve CCCTB in načela neodvisne stranke v zvezi s tretjimi državami je bolj zapletena, zaradi raznolikosti uporabe pravil o prenosnih cenah v državah članicah EU. Predlog direktive o CCCTB ne predvideva skupnega režima oblikovanja prenosnih cen, ampak samo določa načelo neodvisnih tržnih cen. Prav tako v predlogu direktive o CCCTB ni določbe za odpravo ekonomskega dvojnega obdavčevanja ali sekundarne prilagoditve in ni sklicevanja na enoten sklop dokumentacijskih pravil.²² Potrditev pristopa »funkcionalno ločenega subjekta« v skladu s 7. členom Modela OECD in sprejema koncepta neodvisnih strank v skladu s Predlogom direktive CCCTB v zvezi s tretjimi državami, se zdi ključnega pomena, da države članice skupine CCCTB in tretje države preučijo, kako uskladiti uporabo formalne porazdelitve znotraj skupine CCCTB in ločenega pristopa v odnosu do tretjih držav.²³ Prenos pravic do obdavčitve med državami članicami skupine CCCTB ni prepovedan z mednarodnim davčnim pravom. Zato se uporaba porazdelitve v pristojnosti CCCTB ne šteje za zavrnitev načela nepristranskega dogovora, ki se uporablja v zvezi s tretjimi državami. Ločeno računovodstvo je še vedno osrednji element pri določanju dobičkov, ki so porazdeljeni znotraj skupine CCCTB. Rešitev bi lahko bila izboljšanje in razvijanje sedanjih smernic OECD o načelu neodvisnega partnerja v mehanizmu delitve dobička in vključitev tega v skladu s predlogom direktive o CCCTB kot skupni pristop, ki se uporablja v tretjih državah.

Dohodek, ki so ga pridobile podružnice v tujini iz pristojnosti CCCTB, je predmet konsolidacije in kasnejše porazdelitve. Vključitev in obdavčitev takšnega dohodka sproža vprašanja združljivosti z obstoječimi pravili mednarodnega obdavčenja, ki temeljijo na načelu prebivanja ali vira. Če tuja podružnica pridobiva pasivni dohodek, kot so dividende, obresti in licenčnine, Predlog direktive CCCTB določa, da za davčne odtegljaje in druge vire obdavčitve odhodkov še naprej velja davčna stopnja,

²¹ S. Mayor, 2009, *Formulary Apportionment for the Internal Market*, str. 257.

²² M. Bourgeois, E. Von Frenckell, *Relation to Taxpayers Outside the Group*, v: *Common Consolidated Corporate Tax Base*, 2008, str. 195–202.

²³ H.I.J. Panayi Christiana, *The Common Consolidated Corporate Tax Base and the UK Tax System*, 2011, str. 25.

ki se uporablja v zadevni davčni pogodbi med državo članico plačnika CCCTB in tretjo državo prejemnika.²⁴

Zaradi prostega pretoka kapitala, ki je povečal konkurenco med državami in poskušal spodbuditi mednarodni finančni tok, so se v večini evropskih držav postopno odpravili davčni odtegljaji na izstopne obresti plačane nerezidentom.²⁵ Dividende, izplačane rezidentom v tretjih državah, so v večini primerov še vedno predmet davčnih odtegljajev. Kljub temu je več držav članic razširilo izvzetje davčnih odtegljajev v zvezi z dividendami, izplačanimi podjetjem, ki so rezidenti tretjih držav, z namenom spodbujanja njihove mednarodne konkurenčnosti ali zaradi skladnosti s sodno prakso Sodišča EU.²⁶ V nasprotju z odobritvijo odprave davčnih odtegljajev in zmanjšanjem odhodnih obresti in dividend v EU se lahko predlaga, da mora CCCTB zagotoviti skupno zmanjšano stopnjo davčnega odtegljaja.

V primeru, da rezident tretje države pridobi poslovni prihodek s strani države članice v sistemu CCCTB, ki je obenem v skladu z davčno pogodbo (7. člen Modela OECD), država članica vira ne bo mogla obdavčiti poslovnih prihodkov nerezidenta, razen če je dovolj povezana s svojo pristojnostjo v tretji državi. Če je zadostna povezava zastopana v obliki stalne poslovne enote, se lahko poslovni prihodek te stalne poslovne enote v EU, ki je v lasti nerezidenta, obdavči v skladu s sistemom CCCTB.

2.4 Obdavčevanje dohodkov stalnih poslovnih enot v EU

Družba, ki je rezident tretje države, se lahko odloči za shemo CCCTB glede stalne poslovne enote v državi članici CCCTB. Za stalno poslovno enoto EU bo veljal sistem CCCTB, zato bo dobiček obdavčen v skladu s pravili CCCTB. Prvi odstavek 7. člena Modela OECD vsebuje pravila za dodeljevanje pravic do obdavčitve dobička iz poslovanja, ki jih v državi gostiteljici pridobi podjetje, ki je rezident druge države pogodbenice. Če se opravljajo posli v državi članici sistema CCCTB prek stalne poslovne enote, je ta država upravičena do obdavčitve dobička stalne poslovne enote. V skladu z drugim odstavkom 7. člena Modela OECD se

²⁴ A. Russo, *Formulary Apportionment for Europe: An Analysis and A Proposal*, 2005, str. 2–30.

²⁵ A. Maglic, A. San, *Should Outbound Dividends Remain Taxed at Source in the European Union? Some Hints From the Italian Example*, 2009, str. 199–214.

²⁶ G. T. K. Meussen, *Denkavit International: The Practical Issues*, 2007, str. 241.

pripisovanje dobička stalne poslovne enote izvaja v skladu s tržnim načelom, po katerem so dobički, ki jih je mogoče pripisati stalni poslovni enoti, tiste vrste dobički, ki bi jih lahko pričakovali, če bi bil ločen in neodvisen subjekt vključen v enake ali podobne dejavnosti pod enakimi ali podobnimi pogoji.²⁷ Uporaba drugega odstavka 7. člena Modela OECD je pomembna tako za državo rezidenta kot za državo, v kateri je stalna poslovna enota. Pravica do obdavčevanja države gostiteljice nad dobičkom, ki ga je mogoče pripisati stalni poslovni enoti v njej, ni izključna, saj gre za pravico do obdavčitve, ki si jo delijo država gostiteljica in država rezidenta, kar pomeni, da lahko država rezidenta obdavči dobiček, ki se pripiše stalni poslovni enoti.

Če med državo članico CCCTB in tretjo državo obstaja veljavna davčna pogodba, se davčna obveznost stalne poslovne enote EU običajno izračuna v skladu z veljavno davčno pogodbo. Po drugi strani pa se obdavčljivi dohodek, ki ga je mogoče pripisati tej stalni poslovni enoti, določi na podlagi porazdelitve v sistemu CCCTB. Kratkoročna rešitev za zgoraj navedeno situacijo bi bila v določenih primerih neodvisno tržno načelo. Z drugimi besedami, če obstoječa davčna pogodba, sklenjena med tretjo državo in državo članico EU, pripisuje dobiček stalni poslovni enoti EU po neodvisnem tržnem načelu, bi pravilo neodvisnega tržnega subjekta razveljavilo formalno porazdelitev le v zvezi z obveznostjo tretje države, da bi olajšala dvojno obdavčevanje.²⁸ V skladu s tem pristopom bi lahko država članica, v kateri se nahaja stalna poslovna enota, še vedno obdavčila več dohodka, kot je znesek, izračunan na podlagi tržnih razmer. Kljub dejstvu, da ta pristop na praktičen način poskuša rešiti težave, ki izhajajo iz konflikta med formalno porazdelitvijo CCCTB in načelom neodvisnih strank, pa se vseeno s teoretičnega vidika pripisujejo dohodki stalne poslovne enote EU na podlagi formalne porazdelitve, ter se s tem krši 7. člen Modela OECD, saj ne upošteva metode izvzeta v drugem odstavku 7. člena Modela OECD.

Prejšnji 7. člen Modela OECD je vseboval določbo, ki je določala alternativne načine dodeljevanja dobička stalni poslovni enoti na podlagi porazdelitve celotnega dobička podjetja na različne dele.²⁹ Prav tako je določala, da mora alternativna metoda

²⁷ H. J. Ault, B. J. Arnold, G. Gest, 2010, *Comparative Income Taxation: A Structural Analysis*, str. 395–400.

²⁸ European Commission, 2010, 'Transaction and Dealing between the Group and Entities outside the Group' (CCCTB\RD\003\doc\en), tč. 4.

²⁹ P. Arginelli, *The Discriminatory Taxation of Permanent Establishments by the Host State in the European Union: A Too Much Separate Entity Approach*, 2007, str. 82–91.

porazdelitve dobička povzročiti nepristranskost. S tem se postavlja vprašanje, ali so zneski, dobljeni v skladu s porazdelitvijo v skupini CCCTB, skladni s pristopom ločenega subjekta, ki je primarna metoda za dodeljevanje dobička iz drugega odstavka 7. člena Modela OECD. Priznava se, da alternativna metoda, ki temelji na porazdelitvi celotnega dobička mednarodnega podjetja, prinaša rezultate, ki se lahko razlikujejo od rezultatov, ki temeljijo na pristopu ločenih subjektov. Četrty odstavek 7. člena Modela OECD določa, da mora alternativna metoda za določitev prihodka stalne poslovne enote vključevati porazdelitev celotnega dobička mednarodnega podjetja na njegove različne dele, vključno s stalno poslovno enoto. V četrtem odstavku 7. člena Modela OECD je določeno, da je treba alternativno metodo uporabiti le, če je to običajno v poslovni praksi subjektov. Prav tako je treba metodo uporabiti, kadar je v preteklosti običajna in jo je v zadevni državi sprejela tako davčna uprava kot davkoplačevalci.³⁰ Eden od možnih pristopov za odpravo sporov o davčnih pogodbah, ki so posledica nasprotujočih si metod dodelitve dohodka stalnih poslovnih enot, je, da se države skupine CCCTB ponovno pogajajo o svojih davčnih sporazumih s tretjimi državami.

Davčno obravnavo stalne poslovne enote EU v okviru sistema CCCTB je treba preučiti tudi z vidika nediskriminacije. Tretji odstavek 24. člena Modela OECD varuje stalno poslovno enoto tujih podjetij v primerjavi z domačimi podjetji, ki opravljajo iste dejavnosti. Področje uporabe načela enakega obravnavanja iz te določbe je omejeno na primerjavo med pravili, ki urejajo obdavčitev dejavnosti stalne poslovne enote, in pravili, ki veljajo za podobne dejavnosti, ki jih izvaja neodvisno rezidentno podjetje. Komentar OECD izrecno navaja, da je uporaba načela nepristranskega dogovora v zvezi s posli med sedežem in stalno poslovno enoto ali obratno določena v drugem odstavku 7. člena Modela OECD. Zato obravnavanja stalne poslovne enote na ta način ni mogoče obravnavati kot diskriminatorno v skladu s tretjim odstavkom 24. člena Modela OECD.³¹

2.5 Davčna obravnavo dohodnih plačil - obdavčitev rezidentov

Dohodek rezidentov v sistemu CCCTB iz tretjih držav (dohodek iz tujine) je vključen v konsolidirano davčno osnovo in razdeljen med člane skupine. Predlog direktive CCCTB načeloma predvideva kombinacijo metode oprostive s progresijo

³⁰ J. Hey, *EU Common Consolidated Corporate Tax Base: Guided Variety versus Strict Uniformity*, 2008, str. 50.

³¹ R. A. Papotti, *Treaty Non-Discrimination Clauses in Group Consolidation Situations*, 2003, str. 320–328.

in običajne kreditne metode. Kar zadeva Model OECD, so metode za odpravo dvojnega obdavčevanja omejene na dve metodi; oprostitev s progresijo in običajno kreditno metodo. V skladu s pristopom v modelu OECD za obdavčevanje stalnih poslovnih enot, kjer se stalna poslovna enota nahaja v državi, ki ni država sedeža svoje glavne uprave, se dohodek, ki se pripiše taki stalni poslovni enoti, obdavči v državi, kjer se le ta nahaja (država izvora) (prvi odstavek 7. člena Modela OECD). Dohodek se pripisuje stalni poslovni enoti na podlagi neodvisnega tržnega načela (drugi odstavek 7. člena Modela OECD). Če želi država rezidentsva obdavčiti dohodek, ki se pripiše stalni poslovni enoti, mora odpraviti dvojno obdavčitev z uporabo metode kreditiranja ali izvzetja (23. A in 23. B člen Modela OECD). V okviru sistema CCCTB se tuja stalna poslovna enota obravnava kot ločena pravna oseba, zato ji je dohodek pripisan na prostem trgu in je v njem obdavčen.

V skladu z 10. členom Modela OECD je pravica do obdavčitve dividend razdeljena med državo izvora in državo rezidentstva. Dividende so podvržene omejeni obdavčitve v državi izvora. Država rezidentstva se lahko odloči, da ne bo obdavčila dividend (npr. v skladu s klavzulo o varčnosti, ki je vključena v davčno pogodbo in jih obdavči z metodo oprostitve). Vendar, če država rezidenta raje uporabi pravico do obdavčitve dividend, ne more razbremeniti dvojnega obdavčevanja z metodo oprostitve, tj. oprostitvijo s progresijo, ker bi se v celoti odrekla svoje pravice do obdavčitve dohodka na dividende.³² Skupni izid uporabe prvega in drugega odstavka 10. člena ter drugega odstavka 23. A člena Modela OECD je, da kadar je matični družbi dovoljeno obdavčiti dividende hčerinske družbe, ki nastanejo v državi izvora, z davčnim kreditom po znižani stopnji, ki se uporablja v drugem odstavku 10. člena, je treba le tej dodeliti pravico za odpravo dvojnega obdavčevanja. Ob upoštevanju dejstva, da ureditev CCCTB uporablja kombinirani pristop, je metoda izvzetja glavna metoda, kreditna metoda pa se uporablja samo za določene postavke prihodkov. Vendar pa režim CCCTB obdavčuje dividende družbe rezidentke tretje države in uporablja metodo oprostitve za odpravo dvojnega obdavčevanja. Obdavčitev dividend prejetih od tretjih držav z metodo oprostitve je v nasprotju z Modelom OECD glede obdavčitve dividend, ker so v skladu z vzorcem OECD dividende prihodki, za katere se uporablja kreditna metoda, dokler so obdavčljive v državi rezidentstva. Če se npr. od države članice CCCTB v skladu z davčno pogodbo s tretjo državo zahteva, da odobri odbitek davka za hčerinsko podjetje tretje države

³² H. J. Ault, J. Sasseville, *Taxation and Non-discrimination: A Reconsideration*, 2010, str. 101–125.

zaradi zmanjšane davčnega odtegljaja, ki je bil naložen na dividende, potem mora skupina CCCTB preiti na metodo oprostitve.

V skladu z 11. členom Modela OECD je država izvora upravičena do davčnega odtegljaja od dohodka od obresti do omejenega odstotka. Poleg tega je državi prejemnici dovoljeno, da obdavči tak dohodek. V tem primeru je ena od možnosti za odpravo dvojnega obdavčevanja v državi rezidenta, da odobri omejen davek na obresti v državi izvora. Ta možnost je določena v 23. členu Modela OECD, v skladu s katerim lahko država rezidentstva sprejme kombinacijo obeh metod za odpravo dvojnega obdavčevanja, tj. splošno metodo izvzetja in kreditno metodo za obresti in dividende, zlasti ker so postavke dohodka predmet omejene obdavčitve v državi izvora.³³ Konflikt bi nastal v dveh situacijah. Davčna pogodba med tretjo državo in državo članico sistema CCCTB uporablja celoten kreditni odbitek v nasprotju z običajno kreditno metodo. Predlog direktive o CCCTB zagotavlja rešitev za takšen konflikt in navaja, da bi se običajna kreditna metoda uporabljala za dohodek od obresti, prejetih od tretje države, razen če davčna pogodba med tretjo državo in državo članico sistema CCCTB ne določa drugače. Tuje davčne olajšave, ki jih odobri samo država članica, v kateri ima prejemnik prebivališče, se delijo med člani skupine v različnih državah članicah skupine CCCTB v skladu s porazdelitvijo CCCTB.

Če je tuji davek, ki ga je uvedla tretja država (kot država vira) na pasivni dohodek, v celoti knjižen v rezidentni državi članici skupine CCCTB, razdelitev tujih davčnih dobropisov med druge člane skupine, ki se nahajajo v različnih državah članicah, ni mogoč. Možna rešitev za zgoraj omenjeni problem je razvoj skupne davčne pogodbe EU, ki bi temeljilo na skupni kreditni metodi. V skladu s tako rešitvijo se lahko člani konsolidirane skupine v več različnih državah članicah izenačijo s tretjimi državami.

2.6 Klavzula o varčnem obdavčevanju in sistem CCCTB

Drug pomemben potencialni konflikt med pravili CCCTB in oprostitvi dvojnega obdavčevanja, zlasti v zvezi s kreditno metodo in veljavnimi davčnimi sporazumi tretjih držav, se nanaša na klavzulo o varčnem obdavčevanju (spare tax clause). Mehanizmi varčevanja z davki se pojavljajo v več davčnih sporazumih, vendar

³³ P. Baker, I. Mitroyanni, *The CCCTB Rules and Tax Treaties*, v: *Common Consolidated Corporate Tax Base*, 2008, str. 640.

Predlog direktive CCCTB tega mehanizma ne vsebuje.³⁴ Davčni sistem rezidentne države tujega vlagatelja lahko zmanjša ali v nekaterih primerih popolnoma odpravi davčne učinke davčnih spodbud, ki se ustvarijo v državi gostiteljici. Kadar rezidentna država tujega vlagatelja upravlja sistem obdavčitve, ki temelji na prebivališču, se razdeljeni dobiček, ustvarjen s tujimi naložbami, obdavči v tej državi. Klavzula o varčnem obdavčevanju je bila uvedena v dvostranske davčne sporazume. V skladu s to klavzulo rezidentna država vlagatelja prihrani davek, ki bi ga običajno upoštevali na nizko obdavčeni ali neobdavčeni dohodek in ga je ustvaril rezident v državi gostiteljici. Tuji krediti so enaki ali morda višji od davka, ki bi ga sicer imeli v državi gostiteljici.³⁵ Čeprav sedanja in prejšnje različice Modela OECD niso vsebovale izrecne določbe o varčnem obdavčevanju, je bil koncept varčevanja z davki priznan in podprt v komentarju Modela OECD. Države članice EU v svojih davčnih sporazumih z državami v razvoju uporabljajo mehanizme, ki varčujejo z davki, da bi zaščitile davčne ugodnosti davčnih spodbud, ki jih te države zagotavljajo. Združljivost pravil CCCTB in davčnih sporazumov postavlja vprašanje, ali bi lahko države članice skupine CCCTB, ki so v svojih davčnih sporazumih z državami v razvoju sprejele mehanizme o varčnem obdavčevanju, nadaljevale njihovo uporabo v sistemu CCCTB. Obstoječe davčne pogodbe med državami članicami CCCTB in tretjimi državami bi imele prednost pred pravili CCCTB.³⁶

Nekatere vrste dohodkov iz tujih virov (npr. obresti in licenčnine, ki jih pridobijo rezidenti CCCTB) se upoštevajo za dejanski davek, plačan v tujini, ne glede na stopnjo obdavčitve v izvorni državi. Druge oblike dohodkov iz tujine, kot so dividende, so upravičeni do oprostitve. V tem primeru se domneva, da klavzula o varčnem obdavčevanju ni uporabna, saj davčna spodbuda, ki jo je odobrila država izvora, ni obravnavana v okviru brezpogojne oprostitve. V skladu z obravnavo tujega dohodka v sistemu CCCTB (bodisi oprostitve bodisi kreditne metode), ki izvira iz države v razvoju, s katero ima država članica skupine CCCTB davčno pogodbo, je bistvenega pomena upoštevanje klavzule o varčnem obdavčenju. Glede davčno priznanega dohodka mora država članica skupine CCCTB dodeliti tuji davčni dobropis, ki je enak davku, ki bi ga sicer potrebovali v tretji državi v razvoju. Če države članice skupine CCCTB, ki so v svoje davčne sporazume vključile klavzulo o varčnem obdavčevanju, s tretjimi državami v razvoju še naprej uporabljajo sheme

³⁴ M. Meirelles, *Tax Sparing in Tax Treaties: The Future and the Effect on EC Law*, 2009, str. 263–273.

³⁵ D. Toaze, *Tax Sparing: Good Intentions, Unintended Results*, 2001, str. 879–924.

³⁶ W. M. Martin, *Treaty Tax-Sparing Credits*, 1998, str. 444–465.

CCCTB, bo to problematično za države članice skupine CCCTB, ki v danem obdobju niso imele obdavčljivih dohodkov vezanih na svoje davčne pogodbe. Ena od možnosti pri reševanju zgoraj navedenih problemov, zlasti na dolgi rok, je, da se države članice skupine CCCTB ponovno pogajajo o svojih davčnih sporazumih z državami v razvoju. Druga možnost je, da se državam članicam skupine CCCTB v zvezi s tem omogoči manevrski prostor. Sprejemanje ene od teh alternativ je v glavnem odvisno od argumentov v prid ali proti mehanizmu varčnega obdavčevanja.³⁷ Nekateri strokovnjaki so dvomili v učinkovitost davčnih spodbud za privabljanje dodatnih tujih naložb, saj se pričakuje, da bodo povezani stroški prihodkov za spodbude držav v razvoju precej visoki. Trdili so, da davčne spodbude same po sebi niso odločilna sestavina pri privabljanju neposrednih tujih naložb.³⁸ OECD je sklenila, da se njeni člani ne bi smeli nujno vzdržati pogajanj ali izvajanja določb o davčnih olajšavah v svojih davčnih sporazumih z državami v razvoju.³⁹ Z vidika EU argumenti proti varčnemu obdavčevanju temeljijo ne le na njegovi ranljivosti za izogibanje davkom, ampak tudi na nezdržljivosti s pravom EU.

Če se fiktivni krediti, ki jih države članice odobrijo z izvajanjem določb o varčnem obdavčevanju, obravnavajo kot posredna pomoč državam v razvoju, se mehanizem varčnega obdavčevanja izogiba paternalizmu, ki je neločljivo povezan s programi neposrednih donacij za tuje pomoči, ki so prepovedana z zakonodajo EU. Poudariti je treba, da uporaba določb o varčevanju z davki med samimi državami članicami skupine CCCTB ne bo več pomembna, saj konsolidacija odpravlja davčne odtegljaje in olajšave za posojila med člani konsolidirane skupine. Ena od možnih rešitev za zgoraj navedene težave, ki zmanjšujejo moč obdavčitev, je, da države članice skupine CCCTB, ki v svoji davčni pogodbi s tretjo državo že uporabljajo klavzulo o varčnem obdavčevanju, le to še naprej uporabljajo za to državo.⁴⁰

³⁷ K. Brooks, *Tax Sparing: A Needed Incentive for Foreign Investment in Low Income Countries or an Unnecessary Revenue Sacrifice?*, 2009, str. 505–564.

³⁸ C. Azemar, R. Desbordes, J. L. Mucchielli, *Do tax Sparing Agreements Contribute to the Attraction of FDI in Developing Countries?*, 2007, str. 543–562.

³⁹ V. Tanzi, H. H. Zee, 2000, *Tax Policy for Emerging Markets: Developing Countries*, str. 24.

⁴⁰ K. Brooks, *Tax Sparing: A Needed Incentive for Foreign Investment in Low Income Countries or an Unnecessary Revenue Sacrifice?*, 2009, str. 505–564.

2.7 Klavzula o prehodu in kršitev davčnih pogodb o dvojnem obdavčevanju iz tretjih držav

Med določbami o preprečevanju izogibanja dvojnega obdavčenja, predvidenimi v Predlogu direktive CCCTB, je določba o prehodu iz metode oprostitve na kreditno metodo za posebne postavke dohodka, ki so v tretjih državah nizko obdavčene. Klavzula o prehodu je skupni mehanizem v okviru mednarodnega davčnega prava v zvezi z nekaterimi vrstami dohodka. Vključena je v Model OECD v okviru uporabe metod za odpravo dvojnega obdavčevanja v določbi, ki obravnava metodo izvzetja. Klavzula o prehodu upravičuje, da je pravica do obdavčitve dividend in obrestnih prihodkov porazdeljena med državo rezidenta in državo vira.

Določeno je, da lahko država rezidentstva, ki uporablja metodo oprostitve, preide na kreditno metodo glede na postavke dohodka, ki so upravičene do preferencialne davčne obravnave v izvorni državi na podlagi davčnega ukrepa, ki ga je ta država zagotovila, ko je davčna pogodba začela veljati, vendar je treba to zahtevo izrecno navesti v ustrezni konvenciji. Za razliko od predloga direktive o CCCTB se klavzula o prehodu v Modelu OECD lahko obravnava kot splošni mehanizem proti zlorabi, ker ni usmerjena v posebne zlorabe. Kljub dejstvu, da je koncept prehoda v glavnem vključen v mednarodno davčno zakonodajo kot v Modelu OECD, gre za vprašanje, ali klavzula o prehodu CCCTB krši pogodbe o izogibanju dvojnega obdavčevanja, sklenjene med državami članicami in tretjimi državami. To vprašanje se pojavlja tam, ker je glavni cilj sporazumov o dvojnem obdavčevanju odpraviti pravno dvojno obdavčevanje in ne preprečiti ekonomskega dvojnega obdavčevanja. Model zlorabe, kot je razširjenost posebnega davčnega režima ali nizka davčna stopnja v tretjih državah, ni določen v Modelu OECD. Zato so potrebna ponovna pogajanja o davčnih sporazumih med državami članicami, ki sodelujejo v sistemu CCCTB, in tretjimi državami, da bi se prilagodili mehanizmu za prehod v sistemu CCCTB.⁴¹

⁴¹ D. Weber, A. Russo, The 'Switch-Over' Clause, v: Common Consolidated Corporate Tax Base, 2008, str. 766.

2.8 Združljivost pravil tujih nadzorovanih družb (Pravila CFC) v sistemu CCCTB glede davčnih pogodb o dvojnem obdavčevanju

Pravila CCCTB o CFC so mehanizem proti izogibanju dvojenga obdavčenja, po katerem se delničarji tujih družb obdavčijo na delež nerazporejenega dobička teh družb. Sodišča različnih držav so sprejela nasprotujoče si odločitve o združljivosti pravil CFC z davčnimi pogodbami. Pravila CFC ne nasprotujejo pogodbam o dvojnem obdavčevanju, saj so del domačih pravil za določanje davčne obveznosti, ki spadajo v okvir nacionalnega davčnega prava.⁴² Zakonodaja CFC ni v nasprotju s pogodbami o dvojnem obdavčevanju.

Namen prvega odstavka 7. člena Modela OECD je omejiti pravico obdavčevanja ene države pogodbenice, da obdavči poslovni dobiček družbe rezidentke v drugi državi pogodbenici. Poslovni dobiček po sistemu CFC bo obdavčen samo v državi rezidentstva, tako da pravila CFC ne preprečujejo državi rezidentstva, da bi obdavčila svoje rezidente v skladu z nacionalno davčno zakonodajo o dobičku, ki ga je kot rezident pridobil s podjetjem v skupini CCCTB, ki je rezident druge države pogodbenice.⁴³ V skladu s sedanjo različico Modela OECD so nekatere države sprejele pripombe h komentarju Modela OECD glede uporabnosti domačih pravil CFC. Nacionalna sodišča nekaterih držav članic ostajajo razdeljena v stališčih glede uporabe pravil CFC v primerih davčnih pogodb.⁴⁴

Nekateri strokovnjaki se strinjajo, da so pravila CFC skladna s pogodbami o dvojnem obdavčenju, ki temeljijo na Modelu OECD,⁴⁵ medtem ko drugi menijo, da zakonodaja o CFC ni združljiva s pogodbami o dvojnem obdavčevanju.⁴⁶ Argument v prid Modelu OECD, da so pravila CFC del domačega prava in zato niso predmet davčnih pogodb, nima trdne utemeljitve. Določbe o razdelitvi dobička v davčnih pogodbah vplivajo na obdavčljivi dogodek, zlasti glede njegovega ozemeljskega področja uporabe. Omejuje se npr. načelo izvora ali ozemeljski učinek načela stalnega prebivališča. Drugi strokovnjaki so skeptični, da je cilj davčnih pogodb

⁴² B. J. Arnold, S. van Weeghel, *The Relationship between Tax Treaties and Domestic Anti-abuse Measures*, v: *Tax Treaties and Domestic Law*, 2006, str. 81–120.

⁴³ R. Matteotti, *Interpretation of Tax Treaties and Domestic General Anti-abuse Rules - A Sceptical Look at the 2003 Update to the OECD Commentary*, 2005, str. 336–350.

⁴⁴ M. Lang, H. J. Aigner, U. Scheuerle, M. Stefaner, 2004, *CFC legislations, Tax treaties and EC Law*, str. 31.

⁴⁵ M. Helminen, *National report Finland*, v: *CFC Legislations, Tax treaties and EC Law*, 2004, str. 200.

⁴⁶ M. Helminen, *Is There a Future for CFC-Regimes in the EU?*, 2005, str. 117-123.

odpraviti izogibanje davkom, čeprav je to navedeno v Komentarju Modela OECD.⁴⁷ Preprečevanje izogibanja davkom ni med cilji davčne pogodbe, saj je ta tematika v komentarju Modela OECD nejasno navedena in ni vključena v določbe davčnih pogodb. Ob predpostavki, da je namen davčnih pogodb odpraviti izogibanje davkom ali vsaj ne olajšati prakse davčnih zlorab, nekateri avtorji ugotavljajo, da je glavni problem združljivosti pravil o CFC z davčnimi pogodbami posledica razlik med domačimi davčnimi sistemi in razlikami v pravni obravnavi zlorabe s strani držav pogodbenic v okviru svojih davčnih pogodb.⁴⁸

Komentar OECD je poskušal vzpostaviti standardno pravilo proti zlorabi davčnih pogodb, ki določa, da bi se v okviru davčne pogodbe transakcija štela za zlorabo in bi zato bila predmet domačih pravil proti zlorabi, če je taka transakcija v glavnem namenjena pridobitvi pogodbenih dajatev in pridobitvi ugodnosti v nasprotju z namenom ustrezne določbe davčne pogodbe. Doslednost pravil CFC z davčnimi pogodbami v večini primerov še zdaleč ni rešena. Predlaga se, da je edini način za reševanje vseh teh težav vključitev posebnih določb CFC v davčne pogodbe, ki prepovedujejo dostop do pogodbenih dajatev na podlagi zlorab.

Pred zgoraj navedenimi argumenti ni mogoče iskati odločitve o tem, ali se pravila o CCCTB za davke v zvezi s CFC uporabljajo v davčnih sporazumih. Ker Predlog direktive CCCTB določa skupna pravila proti zlorabi, vključno s predpisi o CFC, bi ta skupni pristop ublažil vprašanje združljivosti. To pomeni, da zadevno vprašanje ne bi pomenilo korelacijskega pomanjkanja homogenosti pri pravni obravnavi zlorab s strani CFC v različnih državah članicah EU.⁴⁹

Režim CFC v sistemu CCCTB dovoljuje obdavčitev nerazdeljenega dohodka CFC rezidenta v tretji državi z vključitvijo takih dobičkov v davčno osnovo davčnega zavezanca CCCTB. Davčni zavezanec delničar je sam ali skupaj s svojim pridruženim podjetjem dolžan obdavčiti del nerazporejenega dobička iz sistema CFC, ki ustreza njegovi poziciji upravičenca v sistemu CFC. Odločitve o tem, v kolikšni meri so pravila CCCTB o CFC v nasprotju z določbami davčnih pogodb,

⁴⁷A. J. Martín Jiménez, Domestic Anti-Abuse Rules and Double Taxation Treaties: a Spanish Perspective - Part II, 2002, str. 620–626.

⁴⁸S. Van Weeghel, 1998, The Improper Use of Tax Treaties: With Particular Reference to the Netherlands and the United States, str. 35.

⁴⁹K. Perrou, The Judicial Application of Anti-avoidance Doctrine in Greece and its Impact on International Tax Law, 2006, str. 101–108.

so odvisna od dveh parametrov. Prvič, za katere oblike dohodkov CFC, ki se lahko razdelijo, se upošteva obdavčitev v državi stalnega prebivališča delničarja. Zakonodaja CCCTB o CFC je oblikovana na tak način, da je dobiček vključno z dividendami obdavčen tako, da se lahko upoštevajo pravila 10. člena Modela OECD. Drugič, sistem je odvisen od osnovnega koncepta zakonodaje o CFC, torej ali temeljijo pravila CFC na prebojnem pristopu ali predvidenem pristopu distribucije.⁵⁰ V skladu s pristopom predvidene distribucije pravila CCCTB za CFC priznavajo CFC rezidenta v tretji državi kot ločeno obdavčljiv subjekt in se nanašajo le na distribucijo. CFC pa se obravnava kot ločeno obdavčljivi subjekt tako v državi svojega stalnega prebivališča in tudi kot podjetje, ki je davčni zavezanec rezidentne države delničarja. Pravila CCCTB o CFC so pripravljena na podlagi fiktivnega pristopa distribucije, ki CFC obravnava kot ločen subjekt od njenega delničarja. Določba 7. člena Modela OECD državam članicam skupine CCCTB ne preprečuje, da bi obdavčila dohodek svojega delničarja rezidenta v skladu z zakonodajo CFC, tj. dohodek, ki ga pridobi rezident CFC v tretji državi.

V skladu z 10. členom Modela OECD lahko država rezidenta delničarja obdavi izplačilo dividend, ki ga plača družba, ki je rezident države izvora. Kljub temu je državi izvora mogoče dovoliti, da uvede omejen vir davka na razdeljene dividende. Med prihodki, ki so obdavčeni v skladu s pravili CCCTB, so lahko tudi nerazdeljene dividende.⁵¹ Prvi odstavek 10. člena Modela OECD zahteva dejansko izplačilo dividend, da se lahko obdavčijo za delničarja v državi rezidentstva, vendar obdavčitev na CFC za CCCTB velja samo za dividende.⁵² Pravila CCCTB o CFC bi lahko nasprotovala petemu odstavku 10. člena Modela OECD. Določba 10. člena Modela OECD obravnava dividende, ki jih družba, rezidentka države pogodbenice, izplača delničarju, ki je rezident druge države pogodbenice.⁵³ V zvezi z združljivostjo petega odstavka 10. člena Modela OECD v zvezi s pravili CFC OECD zavzema stališče, da je ta določba namenjena samo obdavčitvi vira (v tem primeru državi rezidenta CFC), zato ne vpliva na uporabo CFC pravila.

⁵⁰ D. Sandler, 1998, *Tax Treaties and Controlled Foreign Company: Pushing the Boundaries*, str. 108.

⁵¹ M. J. Peter, *National Report the Netherlands, v: CFC legislations, Tax Treaties and EC law, 2004*, str. 433–462.

⁵² P. J. Wattel, O. Marres, *Characterization of Fictitious Income Under OECD-Patterned Tax Treaties, 2003*, str. 66–79.

⁵³ M. Lang, 2003, *CFC Regulations and Double Taxation Treaties*, str. 33.

Uporaba pravil o CFC lahko izpopolnjuje uporabo določb davčne pogodbe o odpravi dvojnega obdavčevanja. Izvajanje pravil CFC lahko ima za posledico ekonomsko dvojno obdavčevanje zaradi davka na dohodek na državni ravni, ki ga plača CFC v državi stalnega prebivališča, in davkov, ki se naložijo na isti dohodek, če se pripišejo delničarjem v državi stalnega prebivališča. Določbe OECD, ki se nanašajo na odpravo dvojnega obdavčevanja, niso namenjene preprečevanju mednarodnega gospodarskega dvojnega obdavčevanja v zvezi s prihodki CFC, če spadajo v področje uporabe 10. člena Modela OECD. V zvezi z odpravo dvojne obdavčitve Predlog direktive CCCTB določa, da se nerazdeljeni dohodek CFC, ki bo vključen v davčno osnovo delničarja v skladu s pravili CFC, izračuna v skladu z določbami Predloga direktive CCCTB. Obravnava dejanske porazdelitve prihodkov CFC je problematična glede pogodb o dvojnem obdavčevanju. Nerazdeljeni dohodek CFC je lahko predhodno obdavčen v državi rezidentstva delničarjev. OECD je predlagal, da se davčni odtegljaj na dividende pripiše v rezidenčni državi delničarjev le zato, da se izogne spornim položajem iz davčnih pogodb.

2.9 Pravila CCCTB o tanki kapitalizaciji in davčne pogodbe o dvojnem obdavčevanju

Pravila CCCTB o tanki kapitalizaciji se uporabljajo samo za obresti, plačane pridruženemu podjetju, rezidentu tretje države, ki jih zagotovi nerezident. Pravila bodo verjetno vplivala na sporazume o dvojnem obdavčevanju iz tretjih držav. Če obstaja davčna pogodba, ki temelji na Modelu OECD med državami članicami skupine CCCTB in državo rezidenta, je treba uporabo pravila o tanki kapitalizaciji preizkusiti glede na 9. in 24. člen Modela OECD. Določba 9. člena Modela OECD omogoča davčnim organom, da prilagodijo dobiček družbe rezidentke, kjer transakcije, sklenjene med takšno družbo in tujo povezano družbo, ne spoštujejo načela tržne cene. Glede na stališče OECD se prvi odstavek 9. člena Modela OECD uporablja tako za znesek obresti, plačanih za določeno posojilo, kot za znesek posojila, kar pomeni, da se določba uporablja v položajih s tanko kapitalizacijo.⁵⁴ Prvi odstavek 9. člena Modela OECD ne preprečuje uporabe pravil o tanki kapitalizaciji, če je njihov učinek približevanje dobička, ki bi nastal zaradi transakcij

⁵⁴ F. C. de Hosson, G. M. M. Michielse, Treaty Aspects of Thin Capitalisation, Issue: A Review of the OECD Report, 1989, str. 476–484.

med podjetji, ki poslujejo na prostem trgu.⁵⁵ V primeru, da se pravila o tanki kapitalizaciji oblikujejo na podlagi »fiksne razmerja«, tj. kadar skupni dolg podjetja presega razmerje njegovega kapitala, upoštevanje obresti na posojila, ki presegajo fiksno razmerje, ni dovoljeno kot odbitek. Pravila CCCTB o tanki kapitalizaciji ne temeljijo niti na preizkusu tržnega načela niti na pristopu »fiksne razmerja«, temveč je odbitek plačila obresti tretjim državam z nizkim davkom zavržen zaradi domneve, ker je plačilo izvršeno izključno za davčne namene.⁵⁶

Koncept nediskriminacije je določen v prvem odstavku 2. člena in 24. členu Modela OECD ter prepoveduje diskriminacijo, ki temelji na štirih različnih situacijah:

- državljanstvu davčnega zavezanca;
- stalni poslovni enoti nerezidenta v drugi davčni jurisdikciji;
- izplačilu obresti in drugih premijah nerezidentom in
- imetništvu nerezidentov v delniški strukturi rezidenčne družbe.

V skladu s četrnim odstavkom 24. člena Modela OECD se morajo obresti, ki jih družba države pogodbenice plača rezidentu druge države pogodbenice, odbiti na enak način, kot če bi bil znesek obresti plačan rezidentu prve države.⁵⁷ Peti odstavek 24. člena Modela OECD preprečuje državi pogodbenici, da obravnava podjetje manj ugodno, če je kapital te družbe v lasti ali pod nadzorom, v celoti ali delno, neposredno ali posredno, pri enem ali več rezidentov drugega pogodbenega podjetja.⁵⁸ Peti odstavek 24. člena Modela OECD tudi izrecno izključuje le diskriminacijo, ki temelji na nadzoru lastništva. Kadar pravila o tanki kapitalizaciji obravnavajo družbo različno glede na to, ali plačuje obresti rezidentu ali nerezidentu, se to v glavnem nanaša na razmerje med dolžnikom in upnikom. Z uporabo te analize za sistem CCCTB veljajo pravila o tanki kapitalizaciji za obresti, ki jih družba

⁵⁵ Commentary to Art. 9(1) OECD Model, 2010, dostopno na: <https://www.oecd.org/berlin/publikationen/43324465.pdf>, tč. 3.

⁵⁶ J. Li, D. Sandler, *The Relationship Between Domestic Anti-Avoidance Legislation and Tax Treaties*, 1997, str. 891–958.

⁵⁷ J. Avery Jones, K. Bobbett K, 2008, *Interpretation of the Non-discrimination Article of the OECD Model*, str. 50–55.

⁵⁸ C. Elliffe, *Thin Capitalisation Rules and Treaties: Does the Ratio in the New Zealand Thin Capitalisation Rules Contravene New Zealand's Tax Treaty Obligations?*, 2012, str. 4.

rezidentka plača pridruženemu podjetju, rezidentu tretje države, ne glede na to, kdo nadzoruje ali ima v lasti rezidenčno družbo.⁵⁹

3 Zaključek

V zvezi s tretjimi državami, ob upoštevanju nasprotja med pravili CCCTB in sporazumi o davkih iz tretjih držav, bi predlagani enostranski ukrepi v skladu s Predlogom direktive CCCTB zahtevali vsaj dvostranska ponovna pogajanja o vseh pogodbah, ki jih sklenejo države članice, zlasti tistih, ki predvidevajo metodo oprostitve kot oprostitve za dvojno obdavčitev, da se jim omogoči uporaba kreditne metode, vsaj kar zadeva jurisdikcije z ugodnejšim davčnim sistemom. Poleg tega bi bilo treba v obstoječe davčne sporazume vključiti tudi določbe CCCTB, ki državam članicam EU dovoljujejo uporabo zakonodaje o CFC in pravilih o tanki kapitalizaciji, čeprav tega ne zahteva, saj številne države članice menijo, da so zakonodaja o CFC in pravila o tanki kapitalizaciji v nasprotju z določbami Modela OECD. Vendar dvostranska ponovna pogajanja o davčnih sporazumih držav članic ne bi odpravila vseh težav CCCTB. V nekaterih navzkrižjih med pravili CCCTB in davčnimi sporazumi tretjih držav, kot je konflikt v zvezi z razdeljevanjem tujih davčnih dobropisov, morajo vse države članice CCCTB sprejeti skupno kreditno metodo. Zato je priporočena celovita rešitev.

Temeljna zamisel o taki celoviti rešitvi je, da države članice EU izberejo sistem CCCTB, da se dogovorijo o skupnih pravilih, ki jih je treba uporabljati na mednarodni ravni, kot je metoda za odpravo dvojnega obdavčevanja in pravil proti zlorabi, ki veljajo za tretje države. Dolgoročno bi bila zato možna rešitev za vse zgoraj navedene težave zamenjava davčnih pogodb med državami članicami CCCTB in tretjimi državami z enim davkom, sklenjena med vsako tretjo državo in vsemi državami članicami CCCTB. Model OECD se lahko uporabi kot izhodišče za vzpostavitev takšne večstranske davčne pogodbe. Poleg tega bi sporazum o skupnem davčnem sistemu v EU postal najboljše potencialno območje za sklenitev večstranske davčne pogodbe. Ta ukrep bi bil podoben rezultatu delovanja sindikata carin, v skladu s katerim skupina neodvisnih držav na mednarodni ravni deluje kot en organ za uvedbo davkov, medtem ko je predlagani vodilni sistem bolj podoben območju proste trgovine.

⁵⁹ O. Thoemmes, R. Stricof, K. Nakhai, *Thin Capitalisation Rules and Non-Discrimination Principle*, 2004, str. 126–137.

Literatura

- Arginelli Paolo, The Discriminatory Taxation of Permanent Establishments by the Host State in the European Union: A Too Much Separate Entity Approach, *Intertax*, *Let.* 35 (2007), št. 2, str. 82–116.
- Arnold Brian J., van Weeghel Stef, The Relationship between Tax Treaties and Domestic Anti-abuse measures, v: *Tax Treaties and Domestic Law*, Guglielmo Maisto (ur.), IBFD, Amsterdam 2006.
- Aujean Michel, The CCCTB Project and the Future of European Taxation, v: *Common Consolidate Corporate Tax Base*, M Lang, P. Pistone, J. Schuch, C. Strainger (ur.), Linde Verlag, Dunaj 2008.
- Ault Hugh J., Arnold Brian J., Gest Guy, *Comparative Income Taxation: A Structural Analysis*, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn 2010.
- Ault Hugh J., Sasseville Jacques, Taxation and Non-discrimination: A Reconsideration, *World Tax Journal*, *Let.* 2 (2010), št. 2, str. 101–125.
- Avery Jones John, Bobbett Catherine, *Interpretation of the Non-Discrimination Article of the OECD Model*, Bulletin For International Taxation, 2008.
- Azemar Celine, Desbordes Rodolphe, Mucchielli Jean-Louis, Do Tax Sparing Agreements Contribute to the Attraction of FDI in Developing Countries?, *International Taxation and Public Finance*, *Let.* 14 (2007), št. 5, str. 543–562.
- Baker Philip, Mitroyanni Joanna, The CCCTB Rules and Tax Treaties, v: *Common Consolidated Corporate Tax Base*, M Lang, P. Pistone, J. Schuch, C. Strainger (ur.), Linde Verlag, Dunaj 2008.
- Bourgeois Marc, Von Frenckell Eric, Relation to Taxpayers Outside the Group, v: *Common Consolidated Corporate Tax Base*, M Lang, P. Pistone, J. Schuch, C. Strainger (ur.), Linde Verlag, Dunaj 2008.
- Brooks Kim, Tax Sparing: A Needed Incentive for Foreign Investment in Low Income Countries or an Unnecessary Revenue Sacrifice?, *Queen's Law Journal*, *Let.* 34 (2009), št. 2.
- Commentary to Art. 9(1) OECD Model, 2010, dostopno na: <https://www.oecd.org/berlin/publikationen/43324465.pdf>.
- De Hosson Fred C., Michielse Geerten M.M., Treaty Aspects of 'Thin Capitalisation, Issue: A Review of the OECD Report', *Intertax*, *Let.* 17 (1989), št. 11, str. 476–484.
- Douma Sjoerd, The Three Ds of Direct Tax Jurisdiction: Disparity, Discrimination and Double Taxation, *European Taxation*, *Let.* 46 (2006), št. 11, str. 522–533.
- Elliffe Craig, Thin Capitalisation Rules and Treaties: Does the Ratio in the New Zealand Thin Capitalisation Rules Contravene New Zealand's Tax Treaty Obligations?, *New Zealand Business Law Quarterly*, *Let.* 18 (2012), št. 4, str. 307–332.
- European Commission, 2006, 'An Overview of the Main Issues That Emerged at the First Meeting of the Subgroup on International Aspects' (CCCTB\WP\029\doc\en).
- European Commission, 2001, 'Company Taxation in the Internal Market', COM (2001)582 final.
- European Commission, 2008, 'Summary Record of the Meeting of CCCTB' (CCCTB/WP/68/en).
- European Commission, 2010, 'Transaction and Dealing between the Group and Entities outside the Group', (CCCTB\RD\003\doc\en).
- Helminen Marjaana, Is There a Future for CFC-Regimes in the EU? *Intertax*, *Let.* 33 (2005), št. 3, str. 117–123.
- Helminen Marjaana, National Report Finland, v: *CFC Legislations, Tax treaties and EC Law*, M. Lang, H. J. Aigner, U. Scheuerle, M. Stefaner (ur.), Kluwer Law International, Haag 2004.
- Hey Johanna, EU Common Consolidated Corporate Tax Base: Guided Variety Versus Strict Uniformity, New York University School of Law, Working Paper 02/08, 2008.
- Kemmeren Eric C.C.M., CCCTB and Exemption Method for PEs and Major Shareholding, v: *Common Consolidated Corporate Tax Base*, M. Lang, P. Pistone, J. Schuch, C. Staringer, A. Storck (ur.), Linde Verlag, Dunaj 2008.

- Kobetsky, Michael, *International Taxation of Permanent Establishment*, Cambridge University Press, Cambridge 2011.
- Komisija EU, CCCTB; Possible elements of the sharing mechanism, Brussels, 13 November 2007.
- Lang, Michael, *CFC Regulations and Double Taxation Treaties*, IBFD, Amsterdam 2003.
- Lang Michael, Aigner Hans-Jürgen, Scheuerle Ulrich, Stefaner Markus, *CFC legislations, Tax treaties and EC Law*, Kluwer Law International, Haag 2004.
- Lang Michael, Brugger Florian, *The role of the OECD Commentary in Tax Treaty Interpretation*, 23 *Australian Tax Forum*, (2008), št. 2, str. 95–108.
- Li Jinyan, Sandler Daniel, *The Relationship Between Domestic Anti-Avoidance Legislation and Tax Treaties*, *Canadian Tax Journal*, Let. 45 (1997), št. 5, str.
- Litwinczuk Hanna, Supera-Markowska Maria, *Depreciation Rules in CCCTB*, v: *Common Consolidate Corporate Tax Base*, M. Lang, P. Pistone, J. Schuch, C. Staringer, A. Storck (ur.), Linde Verlag, Dunaj 2008.
- Maglic Antonella, Sanelli Alessandra, *Should Outbound Dividends Remain Taxed at Source in the European Union? Some Hints from the Italian Example*, *European Taxation*, Let. 49. (2009), št. 4, str. 199–214.
- Martín Jiménez Adolfo., *Domestic Anti-Abuse Rules and Double Taxation Treaties: A Spanish Perspective - part II*, *Bulletin for International Fiscal Documentation*, Let. 56 (2002), št. 12.
- Martin William J., *Treaty Tax-Sparing Credits*, *Tax Management International Journal*, Let. 27 (1998), št. 9, str. 44–465.
- Matteotti Rene, *Interpretation of Tax Treaties and Domestic General Anti-Avoidance Rules - A Sceptical Look at the 2003 Update to the OECD Commentary*, *Intertax*, Let. 33 (2005), št. 8-9, str. 336–350.
- Mayor, Stefan, *Formulary Apportionment for the Internal Market*, IBDF, Amsterdam 2009.
- Meirelles Morvan, *Tax Sparing in Tax Treaties: The Future and the Effect on EC Law*, *European Taxation*, Let. 49 (2009), št. 5.
- Meussen Gerard T. K., *Denkavit International: The Practical Issues*, *European Taxation*, Let. 47 (2007), št. 5.
- OECD, 2017a, *Model Tax Convention on Income and on Capital: Condensed Version 2017*.
- Oestreicher Andreas, CCCTB – *Methods of Consolidation*, v: *Common Consolidate Corporate Tax Base*, M. Lang, P. Pistone, J. Schuch, C. Staringer, A. Storck (ur.), Linde Verlag, Dunaj 2008.
- Panayi Christiana H. J. I., *The Common Consolidated Corporate Tax Base and the UK Tax System*, *The Institute for Fiscal Studies Discussion TLRC Discussion Paper No. 9*, London 2011.
- Papotti Raul-Angelo, *Treaty Non-Discrimination Clauses in Group Consolidation Situations*, *Intertax*, Let. 31 (2003), št.10, str. 320– 28.
- Perrou Katerina, *The Judicial Application of Anti-Avoidance Doctrine in Greece and Its Impact on International Tax Law*, *Intertax*, Let. 34 (2006), št. 2, str. 101–111.
- Peter M J., *National Report the Netherlands*, v: *CFC legislations, Tax treaties and EC law*, M. Lang, H. J. Aigner, U. Scheuerle, M. Stefaner (ur.), Kluwer Law International, Haag 2004.
- Pistone, Pasquale, *The Impact of Community Law on Tax Treaties: Issues and Solutions*, Kluwer Law International, Haag 2002.
- European Commission, 2016, *Proposal for a Council Directive on a Common Corporate Tax Base*, COM(2016) 685 final 2016/0337(CNS).
- Russo Antonio, *Formulary Apportionment for Europe: An Analysis and a proposal*, *Intertax*, Let. 33 (2005), št. 1, str. 1–31.
- Sandler, Daniel, *Tax Treaties and Controlled Foreign Company: Pushing the Boundaries* (2. Izdaja), Kluwer Law International, Haag 1998.
- Sporočilo Komisije „EVROPA 2020 – Strategija za pametno, trajnostno in vključujočo rast“, COM(2010) 2020 z dne 3. marca 2010.
- Sporočilo Komisije „K aktu za enotni trg – Za visokokonkurenčno socialno tržno gospodarstvo – 50 predlogov za izboljšanje skupnega dela, poslovanja in izmenjav“, COM(2010) 608 z dne 27. oktobra 2010.

- Tanzi Vito, Zee Howell H., Tax Policy for Emerging Markets: Developing Countries, Working paper WP/00/35, International Monetary Fund IMF, 2000.
- Tenore Michele, Requirements to Consolidate and Changes in the Level of Ownership, v: Common Consolidate Corporate Tax Base, M Lang, P. Pistone, J. Schuch, C. Strainger (ur.), Linde Verlag, Dunaj 2008.
- Thoemmes Otmar, Stricof Robert, Nakhai Katja, Thin Capitalisation Rules and Non-Discrimination Principle, Intertax, Let. 32 (2004), št. 3, str. 127–137.
- Toaze Deborah, Tax Sparing: Good Intentions, Unintended Results, Canadian Tax Journal, Let. 49 (2001), št. 4, str. 879–924.
- Van Den Hurk Hans, Korving Jasper, The “D” Case Against the Netherlands and the ECJ’s Decision- Is There Still a Future for MFN Treatment, Bulletin for International Fiscal Documentation, Let. 60 (2006), št. 8.
- Van Weeghel Stef, The Improper Use of Tax Treaties: With Particular Reference to the Netherlands and the United States, Kluwer Law International, London 1998.
- Vogel Klaus, Double Tax Treaties and Their Interpretation, International Tax and Business Lawyer, Let. 4 (1986), št. 1, str. 4–84.
- Vogel, Klaus, Klaus Vogel on Double Tax Conventions: A commentary to the OECD-, UN-, and US Model Conventions for the Avoidance of Double Taxation of Income and Capital With Particular Reference to German Treaty Practice (3. Izdaja), Kluwer Law International, London 1997.
- Wattel Peter J., Marres Otto, Characterization of Fictitious Income Under OECD-Patterned Tax Treaties, European Taxation, Let. 43 (2003), št. 3, str. 66–79.
- Weber Dennis, Russo Antonio, The ‘Switch-Over’ Clause, v: Common Consolidated Corporate Tax Base, M. Lang, P. Pistone, J. Schuch, C. Staringer, A. Storck (ur.), Linde Verlag Dunaj 2008.

SUMMARY

The introduction of the CCCTB into the EU is a response to the challenge of the European economic integration. Globalisation has broadened the scope of economic relations. Moreover, the internal organisation of companies operating in international markets has changed as well. Nevertheless, tax systems in the EU have not kept up with these developments, and remain highly fragmented with 27 regimes that mostly collide. The paper analyses the CCCTB’s unilateral framework for the avoidance of double taxation and for the protection of the common consolidated tax base. It reveals that, by means of ordinary credit and exemption methods provided in the CCCTB Directive, international double taxation will be eliminated in relation to third countries. The CCCTB’s anti-abuse rules are effective in protecting the common tax base and in eliminating non-double taxation. The unilateral measures are in conflict with a number of important provisions of bilateral tax treaties, based on the OECD Model, concluded between the potential CCCTB-Member States and third countries.

A common tax jurisdiction of the CCCTB Member States is defined in the Proposal of CCCTB Directive, i.e. worldwide taxation of residents and source taxation of non-residents. A proposal of CCCTB Directive unilaterally provides common rules for the elimination of double taxation, which would inevitably result from the overlapping of the CCCTB tax jurisdiction and the third countries’ tax jurisdiction. For the purposes of protection of the common tax base, a proposal of CCCTB Directive contained certain common anti-abuse provisions, applicable in relation to third countries, such as switch-over clauses, CFC rules and thin capitalisation rules. Arguably, these provisions are sufficient for protecting the common tax base, but they are likely to be in breach of the current tax treaties signed between the CCCTB Member States and third countries.

In this paper, I examine the territorial scope of the CCCTB system in relation to third countries, and the consequences of limiting the CCCTB scope to the water's edge of the EU. It shows that limiting the scope of the consolidated group to the water's edge of the EU, and hence excluding third country entities from consolidation, is justifiable, based on the US experience. This is compatible with the setting in the EU market, as the choice of worldwide consolidation is far reaching at least in the current stage.

I also examine the influence of the international CCCTB taxation rules on the OECD-based tax treaties concluded between the CCCTB-Member States and third countries. It is established that the arm's length concept provided in the CCCTB Directive, which is applicable only in relation to third countries, would raise complexity and cause high compliance costs: firstly, as the CCCTB Directive does not provide for common transfer pricing rules; and secondly, due the coexistence of the arm's length concept and the CCCTB-Formulary apportionment that apply only within the EU boundaries.

It is found that imposing withholding tax on payments made by foreign-based subsidiaries to a third-country parent company at ordinary tax rate (non-tax treaty rate) is in breach of treaty provisions equivalent to Art.10 (2), Art.11 (2) and Art.12 (1) of the OECD Model. Moreover, allocating income to an EU-permanent establishment owned by a third country on the basis of formulary apportionment is in breach of Art. 7 (2) of the OECD. In addition, tax-sparing clause existing in the tax treaties concluded between the CCCTB-Member States and developing third countries would be problematic in respect to the apportionment of the 'fictitious' credit and it contravenes the CCCTB's switch-over clauses. As regards inbound payments, it is evident that exempting foreign permanent establishment income is in line with Art. 7 of the OECD. However, the exemption of dividends received from third countries is contrary to Arts. 10 (1, 2) and 23 A (2) OECD Model.

PRAVILO OBRESTNE OMEJITVE - DIREKTIVA EU O DOLOČITVI PRAVIL PROTI PRAKSAM IZOGIBANJA DAVKOM, KI NEPOSREDNO VPLIVAJO NA DELOVANJE NOTRANJEGA TRGA

MARKO KERIN

Univerza v Mariboru, Pravna fakulteta, Maribor, Slovenija
kerin.m@gmail.com

S 1. 1. 2019 so bile nekatere države članice EU zavezane implementirati pravilo obrestne omejitve na podlagi Direktive proti izogibanju davkom (ATAD), druge države članice, vključno s Slovenijo, s primerljivo učinkovitim pravilom tanke kapitalizacije, pa morajo to napraviti najkasneje do 1. 1. 2024. Namen prispevka je obravnavati pravne dileme na ravni EU v zvezi s pravilom obrestne omejitve, zlasti z vidika njegove skladnosti s primarnim pravom EU. Članek osvetli problematiko preko sodne prakse Sodišča EU. Prikaže tudi potencialno neustavnost pravila obrestne omejitve v Nemčiji. V zadnjem delu najprej proučim sodbe slovenskih sodišč v zvezi s tanko kapitalizacijo. Sledi pregled slovenskih sodb v zvezi z davčnim načelom plačila davka na podlagi ekonomske sposobnosti in objektivnega neto načela. Na podlagi analize sodb Ustavnega sodišča RS lahko sklenemo, da bo z implementacijo pravila obrestne omejitve tudi v Sloveniji takšno pravilo diskriminiralo davčne zavezance. V zaključku prispevka je podanih nekaj predlogov zakonodajalcu.

DOI
[https://doi.org/
10.18690/um.pf.1.2024.24](https://doi.org/10.18690/um.pf.1.2024.24)

ISBN
978-961-286-817-8

Ključne besede:
pravilo obrestne omejitve,
Direktiva proti zlorabam,
BEPS,
primarno pravo EU,
ustavnost omejitvenega
pravila



Univerzitetna založba
Univerze v Mariboru

DOI

[https://doi.org/
10.18690/um.pf.1.2024.24](https://doi.org/10.18690/um.pf.1.2024.24)

ISBN

978-961-286-817-8

Keywords:

interest limitation rule,
Anti-tax Avoidance
Directive,
BEPS,
primary law EU,
constitutionality of the
limitation rule

INTEREST LIMITATION RULE – EU DIRECTIVE LAYING DOWN RULES AGAINST TAX AVOIDANCE PRACTICES THAT DIRECTLY AFFECT THE FUNCTIONING OF THE INTERNAL MARKET

MARKO KERIN

University of Maribor, Faculty of Law Maribor, Slovenia
kerin.m@gmail.com

As of 1 January 2019, some EU Member States were obliged to implement the interest limitation rule on the basis of the Anti-Tax Avoidance Directive (ATAD). Some Member States, including Slovenia (with a comparatively effective thin capitalization rule) must implement interest limitation rule by 1 January 2024 at the latest. The purpose of this paper is to address the legal dilemmas at EU level surrounding the interest limitation rule, particularly in terms of its compliance with EU primary law. The article sheds light on the issue through the jurisprudence of the Court of Justice of the EU. It also demonstrates the potential unconstitutionality of the interest limitation rule in Germany. In the last part, I first examine the judgments of the Slovenian courts on thin capitalization. This is followed by an overview of Slovenian judgments concerning the violation of the principle of ability to pay taxes and the objective net principle. Based on the analysis of the judgments of the Constitutional Court of the Republic of Slovenia, it can be concluded that the implementation of the interest limitation rule in Slovenia will also discriminate against taxpayers. The paper concludes with some suggestions to the legislator.



University of Maribor Press

1 Uvod

Članek predstavlja razvoj presoje Sodišča EU in Ustavnega sodišča RS na področju omejevalnih pravil proti davčnemu izogibanju in agresivnemu davčnemu načrtovanju. Natančneje, v fokusu raziskave je pravilo tanke kapitalizacije oz. njegov podtip, imenovan obrestna omejitev, ki je bila na evropski ravni uveljavljena z Direktivo št. 2016/1164 z dne 12. julija 2016 o določitvi pravil proti praksam izogibanja davkom, ki neposredno vplivajo na delovanje notranjega trga¹ (ATAD), v Sloveniji pa bo takšno pravilo uveljavljeno leta 2024, zato v članku analiziramo ustavnosodno prakso dosedanje tanke kapitalizacije. Opravljena analiza odločitev Sodišča EU in Ustavnega sodišča RS bo ob upoštevanju nemške sodne prakse, ki se je že soočila z obrestno omejitvijo, skušala odgovoriti na vprašanje kompatibilnosti obrestne omejitve s temeljnimi evropskimi svoboščinami ter ustavnimi pravicami v Republiki Sloveniji (RS). Problematika je na evropski ravni povezana predvsem z dejstvom, da je Sodišče EU v večini sodb dopuščalo poseg v temeljne pravice s pravili proti zlorabam, pod pogojem, da se omejevalno pravilo nanaša na popolnoma umetne sheme. Na nacionalni ravni pa bo obrestna omejitev zaradi kršitve načela plačila po ekonomski sposobnosti trčila v načelo enakosti pred zakonom.

V prispevku v ta namen najprej v drugem poglavju obravnavam določbe pravila obrestne omejitve, ki so bile uveljavljene z ATAD ter spremenjene leta 2017.² V tretjem poglavju analiziram obrestno omejitev z vidika potencialne neskladnosti tega pravila s primarnim pravom EU, kjer izhajam iz dosedanjih sodb Sodišča EU, ki so obravnavala davčno izogibanje in zlorabe, ter konflikt glede na uveljavljene temeljne svoboščine EU. V četrtem poglavju predstavim obrestno omejitev uveljavljeno v Nemčiji ter njeno potencialno neustavnost z nemško ustavo. V petem poglavju obravnavam dosedanje sodno prakso na temo tanke kapitalizacije v RS s poudarkom na ustavnosodni praksi. Na tej podlagi naredim sklepe glede potencialne neustavnosti obrestne omejitve, saj bo s 1. 1. 2024 to pravilo uveljavljeno tudi v Sloveniji. V šestem poglavju podam predlog o tem, kakšna konstrukcija bi za slovensko ureditev predstavljala ustrezno obliko tega pravila. V zadnjem poglavju podam sklepne besede.

¹ ULL 193, 19. 7. 2016.

² ULL 144, 7. 6. 2017.

2 ATAD – Pravilo obrestne omejitve

2.1 Splošno

Določba 4. člena ATAD opredeljuje pravilo davčnega prava, imenovano obrestna omejitev.³ Z izrazom tanka kapitalizacija se največkrat pojmuje davčna pravila, ki omejujejo obseg dolžniškega financiranja, kar pomeni, da je obrestno pravilo podtip tanke kapitalizacije, zato v splošnem izraz »tanka kapitalizacija« zajema tudi pravilo obrestne omejitve. Vendar prav zato, ker obstaja več pravil tanke kapitalizacije in je obrestna omejitev le-eno od njih, v prispevku zaradi jasnosti uporabljam izraz obrestno pravilo ali obrestna omejitev in klasična tanka kapitalizacija.⁴

2.2 Projekt BEPS

OECD je leta 2013 pripravil Akcijski plan za zmanjšanje erozije davčne osnove (BEPS). V ta namen je v akcijskem planu načrtoval 15 strateških aktivnosti.⁵ Glavna osredotočenost prenove projekta BEPS je bila na omejitvi davčne konkurence, ki omogoča davčno evazijo. V pomembnem delu se je OECD neposredno in posredno ukvarjala s področjem obresti iz posojil in njegovih ekvivalentov, ki ustvarjajo finančne odhodke. Zastavljen cilj BEPS je bil zagotoviti, da je davek pobran tam, kjer se ekonomske aktivnosti dejansko odvijajo. Z manipulacijami multinacionalke premikajo dobičke v države, ki imajo nizke ali ničelne davčne stopnje, kar pomeni, da nobena država nima davčnih koristi (preprečitev dvojne neobdavčitve). Takšna praksa pomeni poseg v pravičnost in integriteto mednarodnega davčnega sistema. OECD je kot minimalni standard opredelila sicer le štiri ukrepe⁶ in vsi so bili implementirani skozi različne akte v EU.

2.3 Osnovne značilnosti ATAD

Iz uvoda ATAD izhaja, da je za dobro delovanje notranjega trga EU bistveno, da države članice izpolnijo svoje zaveze v okviru pobude BEPS ter sprejmejo ukrepe za preprečevanje praks izogibanja davkom ter zagotavljanje pravičnega in učinkovitega obdavčevanja v EU na dovolj dosleden in usklajen način.

³ Obrestna meja ali obrestna omejitev (angl. Interest Limitation ali Interest Barrier ali Earnings Stripping Rule).

⁴ Dolgo časa najbolj razširjen podtip razmerja med dolgom in kapitalom (D/K).

⁵ OECD, BEPS, Action 4, Final Report.

⁶ Boj proti škodljivim davčnim praksam, preprečevanje zlorab davčnih konvencij, transferne cene – dokumentacija, učinkovitost mehanizmov za reševanje sporov.

Določba 3. člena ATAD določa, da direktiva ne preprečuje uveljavljanja nacionalnih pravil ali sporazumov, ki so namenjeni varovanju davčne osnove na višjem (strožjem) nivoju, kot je to predpisano z ATAD.

ATAD mora biti obvezno implementirana v nacionalno zakonodajo, da bodo njeni učinki lahko veljavni, saj omejuje pravice davčnih zavezancev. Davčnemu zavezancu v posamezni državi članici se ne bo smelo omejiti pravic, dokler direktiva tam ne bo implementirana.

2.4 Določbe 4. člena ATAD

Omejitev obresti je določena s pravilom 4. člena ATAD, po katerem se presežni stroški izposojanja⁷ priznajo v davčnem obdobju, v katerem nastanejo, vendar le do 30 odstotkov dobička davčnega zavezanca pred obrestmi, davki in amortizacijo (EBITDA).⁸

Dovoljen koridor med 10 in 30 odstotki EBITDA je namenjen preprečevanju davčne erozije in premikanja dobičkov. Pri podjetjih v skupini, ki so bolj zadolžena in imajo presežne obresti, lahko ekonomsko gledano pride do dvojne obdavčitve. Iz tega namena je smiselno, da država najprej določi ustrezno obrestno pravilo na ravni podjetja in ga kombinira s skupinskim pravilom, saj slednji omogoča več manevrskega prostora.⁹

EBITDA se izračuna tako, da se dohodku, za katerega se plača davek od dohodkov pravnih oseb v državi članici davčnega zavezanca, ponovno prištejejo za davek prilagojeni zneski presežnih stroškov izposojanja in za davek prilagojeni zneski za amortizacijo. Dohodek, ki je izvzet iz obdavčitve, je izključen iz EBITDA davčnega zavezanca.

⁷ Določba 2. člena ATAD jih opredeljuje kot znesek, za katerega odbitni stroški izposojanja davčnega zavezanca presegajo prihodke od obresti in druge ekonomsko enakovredne obdavčljive prihodke, ki jih prejme davčni zavezanec v skladu z nacionalnim pravom. Stroški izposojanja pa so opredeljeni kot obrestni odhodki od vseh oblik dolgov, drugi stroški, ki so ekonomsko enakovredni obrestim in stroškom, nastalim v povezavi z zbiranjem finančnih sredstev, kot je opredeljeno v nacionalnem pravu.

⁸ Angl. *Earnings before interests, taxes, depreciation and amortization*.

⁹ OECD, BEPS, Action 4, Final Report.

Države članice lahko opcijsko dovolijo naslednje izjeme:

- priznanje presežnih stroškov izposojanja do 3 milijone evrov (to lahko velja tudi za celotno skupino);
- popolnoma se priznajo stroški izposojanja, če je davčni zavezanec samostojen subjekt;¹⁰
- izključijo se finančna podjetja, tudi če so takšna finančna podjetja del konsolidirane skupine za namene finančnega računovodstva.

Države članice lahko iz področja uporabe izključijo presežne stroške izposojanja, ki nastanejo na podlagi:

- posojil, ki so bila sklenjena pred 17. junijem 2016, pri čemer izključitev ne zajema nobenih naknadnih sprememb zadevnih posojil;
- posojil, ki se uporabljajo za financiranje dolgoročnega javnega infrastrukturnega projekta,¹¹ pri katerem so upravljavec projekta, stroški izposojanja, sredstva in dohodek v EU.

Če je davčni zavezanec del konsolidirane skupine za namene finančnega računovodstva, se mu lahko prizna pravica do bodisi:

- popolnega priznanja presežnih stroškov izposojanja, če lahko dokaže, da je njegov lastniški kapital glede na njegovo bilančno vsoto enak ali višji kot je enakovredno razmerje skupine;
- priznanja presežnih stroškov izposojanja v znesku, ki presega znesek, ki bi se lahko priznal v skladu s prej definiranimi pravili; višja omejitev priznavanja presežnih stroškov se nanaša na konsolidirano skupino za namene finančnega računovodstva, katere član je davčni zavezanec.

Prenos naprej za presežne stroške izposojanja je časovno neomejen, neporabljene obresti pa je možno prenašati naprej še pet let. Države članice lahko poleg tega pravila uvedejo tudi druga bolj splošna ali pa bolj specifična pravila. Dodatna pravila

¹⁰ Za namene te alineje je samostojen subjekt tisti davčni zavezanec, ki ni del konsolidirane skupine za namene finančnega računovodstva in nima povezanega podjetja ali stalne poslovne enote.

¹¹ Pomeni projekt za vzpostavitev, posodobitev, upravljanje in/ali vzdrževanje premoženja velike vrednosti, ki je v splošnem javnem interesu države članice.

so smiselna, če še vedno obstajajo visoka tveganja in je potrebno dodatno preprečevati premikanje dobičkov in zniževanje davčne osnove. Za poenoteno obravnavo pravila je pomembno, da so stroški izposojanja razumljeni za vse države na enak način, prav tako mora biti EBITDA izračunan po enotni formuli. Drugačna interpretacija stroškov izposojanja ali EBITDA vodi do nekonsistentne aplikacije pravila v različnih državah.

Vse naštete izjeme so pomembne, kajti iz dikcije 4. člena ATAD izhaja, da se v izračun presežnih stroškov izposojanja vključujejo posojila vseh subjektov in ne le povezanih oseb z izjemo finančnih podjetij.¹² Povedano drugače, v izračun presežnih stroškov izposojanja se vključijo tudi posojila tretjih oseb in bank; slednje lahko država članica opcijsko izloči.

3 Skladnost obrestnega pravila s primarnim pravom EU

3.1 Uvodno

Pravo EU predstavlja nads nacionalni pravni red, ki ga opredeljujejo pomembni pravni viri,¹³ prav tako pa tudi sama interpretacija pravnih pravil. Za interpretacijo omejitvenih pravil¹⁴ je ključnega pomena tudi razumevanje sodb Sodišča EU.¹⁵

Implementacija direktiv v nacionalni pravni red terja prilagoditev pravnih pravil tako, da le-ta ustrezajo jezikovni razlagi besedila direktive kot tudi ciljem sekundarne zakonodaje EU. Sekundarna zakonodaja pa se mora interpretirati v skladu s primarnim pravom EU.

Na področju direktnih davkov so države članice do sprejema ATAD same odločale, kakšna omejitvena pravila bodo implementirale, tj., kako se bodo spopadale z davčnim izogibanjem in davčnimi zlorabami. Z ATAD pa so bili narejeni določeni

¹² Peti odstavek 2. člena ATAD: kreditna institucija ali investicijsko podjetje, ali družba za upravljanje kolektivnih naložbenih podjetij za vlaganja v prenosljive vrednostne papirje; zavarovalnica, pozavarovalnica, institucija za poklicno pokojninsko zavarovanje; pokojninske institucije, ki upravljajo pokojninske sisteme, ki se obravnavajo kot sistemi socialne varnosti; alternativni investicijski sklad; centralna nasprotna stranka; centralno depotna družba.

¹³ Podrobneje gl. npr. E. Aaltonen, 2017, GAAR of the Anti-Tax Avoidance Directive, str. 6.

¹⁴ V jurisprudenci sodb Sodišča EU igra zelo pomembno vlogo teleološka razlaga (gl. več npr. K. Künnapas, Dysfunctionality From the Sovereignty Conflict in the ATAd GAAR, 2020, str. 100, 104–105).

¹⁵ T. W. Kollruss, The Freedom of Cross-Border Funding in Multinational Groups and European Union Law, 2021, str. 2.

premiki v smeri večje harmonizacije davčnih pravil, namenjenih boju proti izogibanju davkom.

3.2 Vpliv temeljnih svoboščin na sistem neposrednih davkov v EU

Na najvišji ravni prava EU, ki ga predstavlja primarno pravo, je za področje davkov pomemben koncept notranjega trga, ki zahteva prost pretok blaga, storitev, ljudi in kapitala. Gre za uveljavljanje temeljnih svoboščin,¹⁶ katerih cilj je v zagotavljanju tekočega delovanja notranjega trga. Tretji odstavek 6. člena Pogodbe o Evropski uniji¹⁷ (PEU) določa, da temeljne svoboščine konstituirajo splošne principe prava EU. Le-te pa varuje Sodišče EU. Varovanje temeljnih svoboščin prevlada nad nacionalno zakonodajo, kar ima preko koncepta notranjega trga vpliv na neposredne davke.

Temeljne svoboščine preprečujejo diskriminacijo¹⁸ in omejitve.¹⁹ Na eni strani omogočajo dostop do trgov drugih držav članic, hkrati pa ščitijo rezidente države članice, ki želijo opravljati dejavnost v drugi državi članici, pred diskriminatornimi ukrepi njihove države v primerjavi z davčnimi zavezanci nerezidenti, ki opravljajo le dejavnost v tej državi.²⁰ Izjema je pravica do prostega pretoka kapitala, na katero se lahko sklicujejo tudi rezidenti tretjih držav.²¹

Ne sekundarna zakonodaja EU ne nacionalna zakonodaja ne moreta biti neskladni s splošnimi principi prava EU. Kljub temu, da področje neposrednih davkov ni harmonizirano, morajo države članice EU upoštevati pravo EU, kar izhaja iz zadeve *Schumacker*.²²

¹⁶ Relevantne so naslednja: prost pretok blaga (26., 28. do 37. člen Pogodbe o delovanju EU; UL L C 326, 26. 10. 2012; PDEU); prost pretok oseb (21. člen PDEU); prost pretok kapitala (63. člen PDEU); pravica do ustanavljanja (49. do 55. člen PDEU); pravica do storitev (56. do 62. člen PDEU).

¹⁷ UL C 326, 26. 10. 2012.

¹⁸ Drugačno obravnavanje podobnih primerov.

¹⁹ Le-te vplivajo na manj privlačen vstop na trg.

²⁰ M. Keuthen, 2009, Die Vermeidung der juristischen Doppelbesteuerung im EG-Binnenmarkt, str. 30–31.

²¹ C. Wagner, 2010, Steuergleichheit unter Standortvorbehalt?, str. 40.

²² Zadeva C-279/93, Finanzamt Köln-Altstadt proti Roland Schumacker, ECLI:EU:C:1995:31 (*Schumacker*).

Glede davka na dobiček je najpomembnejša temeljna svoboščina pravica do ustanavljanja, ki je zagotovljena z 49. členom PDEU. Ta določa, da je restrikcija svobode do ustanavljanja s strani držav članic na teritoriju druge države članice prepovedana.

Davčni zavezanci se lahko pred nacionalnimi sodišči oprejo neposredno na pravo EU, kar izhaja iz zadeve *Van Gend en Loos*.²³ Ustavno sodišče RS v primeru neskladnosti nacionalne zakonodaje s pravom EU le-to razveljavi, enako kot v primeru neskladnosti nacionalne zakonodaje z Ustavo Republike Slovenije²⁴ (Ustava RS).²⁵ Nacionalni organi nimajo pristojnosti preverjati veljavnosti aktov prava EU. Lahko pa o neskladnosti s pravom EU in razveljavitvi akta odloča sodišče nacionalnega sistema, pri čemer ni potrebno, da je to ustavno sodišče. Pri tem upošteva zakonodajo EU, sodbe Sodišča EU ter nacionalno pravo.²⁶ Nacionalna sodišča pravzaprav predstavljajo redna sodišča EU splošne pristojnosti in s tem omogočajo spoštovanje načela nadrejenosti prava EU, pravilno uporabo načela neposrednega učinka in neposredne uporabljivosti.²⁷ Obveznost uporabe načela nadrejenosti prava EU velja za vse veje državne oblasti.²⁸

Načelo nadrejenosti prava EU praviloma terja absolutno prevlado vsakega pravnega akta EU nad določbami nacionalnega prava, tudi nad določbami ustavnega ranga.²⁹

Iz zadeve *Gerhard Köbler*³⁰ sledi obveznost sodnega dialoga, ki naj bo vzpostavljen, ko ustavna in druga nacionalna sodišča odločajo v okviru dometa pravnega reda EU, pri čemer se upošteva že obstoječa sodna praksa. Sodišče EU ima pristojnost izvajati konkretno presojo skladnosti ter odločiti o veljavnosti sekundarnega prava EU na podlagi postavljene vprašanja za predhodno odločanje po 267. členu PDEU ter

²³ Gl. zadevo C-26/62, *Van Gend en Loos* proti Nederlandse Administratie der Belastingen, ECLI:EU:C:1963:1 (*Van Gend en Loos*).

²⁴ Uradni list RS/I, št. 33/91, 42/97 - UZS68, 66/00 - UZ80, 24/03 - UZ3a, 47, 68, 69/04 - UZ14, 69/04 - UZ43, 69/04 - UZ50, 68/06 - UZ121,140,143, 47/13, 47/13, 75/16 - UZ70a, 92/21 - UZ62a.

²⁵ O tem je razpravljala npr. *Pecinova*, ki je ugotavljala, da se je sodna praksa Ustavnega sodišča RS spremenila, saj je v začetku pristopa k EU razlagalo nacionalno pravo v duhu skladnosti nacionalnega prava s pravom EU. Nato pa je v zadnjem času večkrat pojasnilo, da nima pristojnosti presojati skladnosti določb nacionalnega prava s pravom EU. Šlo je predvsem za določbe sekundarnega prava EU (S. Pecin, 2020, Načelo nadrejenosti prava Evropske unije skozi prizmo odločb najvišjih sodišč v državah članicah Evropske unije).

²⁶ Prav tam, str. 150–151.

²⁷ Prav tam, str. 162–163.

²⁸ Prav tam, str. 177.

²⁹ Izjemo predstavlja identitetna klavzula (več gl. npr. S. Pecin, 2020, Načelo nadrejenosti prava Evropske unije skozi prizmo odločb najvišjih sodišč v državah članicah Evropske unije, str. 182–186).

³⁰ Gl. zadevo C-224/01, *Gerhard Köbler* proti Republik Österreich, ECLI:EU:C:2003:513.

tudi nacionalnega prava z EU. Konkretno oceno skladnosti pa opravi v okviru posrednega nadzora na podlagi ugovora nezakonnosti, kot izhaja iz 277. člena PDEU.³¹

3.3 Skladnost 4. člena ATAD s pravom EU

Ko se presoja skladnost 4. člena ATAD s pravom EU, je potrebno najprej ugotoviti, ali je bilo z omejitvenim pravilom kršeno primarno pravo, natančneje, katera od temeljnih svoboščin. Relevantni sta svoboda do ustanavljanja (49. do 55. člen PDEU) in prost pretok kapitala (63. člen PDEU).³² Sodišče je interpretacijo opiralo tudi na 18. člen PDEU, ki prepoveduje diskriminacijo na podlagi državljanstva, vendar se zaradi primarnosti temeljnih svoboščin Sodišče EU prvenstveno nasloni bodisi na svobodo do ustanavljanja bodisi na prost pretok kapitala.³³ Katero temeljno svoboščino od navedenih dveh naj Sodišče EU uporabi, je vprašanje, na katerega sodišče odgovori skozi dva kriterija,³⁴ in sicer glede na primarni cilj pravila in namen pravila.³⁵ V ATAD je, kot sem že izpostavil, primarni cilj in namen omejevati prakse, s katerimi podjetja (skupine) premikajo dobičke in znižujejo davčno osnovo skozi plačila obresti z davčnim izogibanjem, ter doseči pravično in učinkovito obdavčenje v EU ter učinkovit notranji trg.³⁶

Svoboda do ustanavljanja pomeni prepoved omejevanja ustanavljanja agencij in podružnic oz. odvisnih podjetij s strani države članice, vključuje pravico do začetka in opravljanja dejavnosti kot samozaposlena oseba ter pravico do ustanovitve in vodenja podjetij kot trajne in neprekinjene dejavnosti pod enakimi pogoji, kot so za ustanovitev opredeljeni v zakonodaji zadevne države članice za njene državljane. Glede prostega pretoka kapitala pravica prepoveduje omejitve gibanja kapitala in plačil med državami članicami ter med državami članicami in tretjimi državami.

³¹ G.C.R. Iglesias, 1992, Der Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften als Verfassungsgericht Europarecht, str. 227.

³² G. Ginevra, The EU Anti-Tax Avoidance Directive and the Base Erosion and Profit Shifting (BEPS) Action Plan: Necessity and Adequacy of the Measures at EU level, 2017, str. 122–123.

³³ To izhaja iz npr. sledečih sodb: zadeva C-81/87, The Queen proti H. M. Treasury in Commissioners of Inland Revenue, ex parte Daily Mail, in General Trust plc., ECLI:EU:C:1988:456; zadeva C-196/04, Cadbury Schweppes plc in Cadbury Schweppes Overseas Ltd proti Commissioners of Inland Revenue, ECLI:EU:C:2006:544 (*Cadbury Schweppes*); zadeva C-503/14, Trustees of the P Panayi Accumulation & Maintenance Settlements proti Commissioners for HMRC, ECLI:EU:C:2017:682.

³⁴ H. M. Helminen, 2017, EU Tax Law -Direct Taxation, str. 133.

³⁵ Takšna opredelitev izhaja iz zadeve Cadbury Schweppes ter zadeve C-452/04, Fidium Finanz AG proti Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht, ECLI:EU:C:2006:631.

³⁶ ATAD, tč. 3, 5 in 16.

Katera kršitev PDEU se aplicira, je odvisno od okoliščin, v katerih je potrebno aplicirati svoboščino. Svoboda do ustanavljanja se nanaša na čezmejne situacije v EU, pravica do prostega pretoka kapitala pa ima širši domet, saj zajema tudi transakcije s tretjimi državami.³⁷ Deležniki, ki imajo dejanski vpliv na odločitve podjetja, zapadejo običajno pod pravico do ustanavljanja, medtem ko se pravica do prostega pretoka kapitala nanaša na deležnike, ki želijo imeti le naložbo brez nadzora na upravljanje.³⁸ Slednje pa pomeni, da se pravica do ustanavljanja ukvarja s podjetji iz ene države članice, ki imajo v drugi državi članici podjetje, ki ga obvladujejo.³⁹

Če se ugotovi omejitev pravic, Sodišče EU presoja poseg⁴⁰ v pravice skozi test razloga oz. motiva.⁴¹ Pri tem se Sodišče EU ne odmika od ozke interpretacije temeljnih svoboščin, opredeljenih v PDEU. Restriktiven pristop je pripisati dejstvu, da so temeljne svoboščine ključne za doseganje delovanja notranjega trga.⁴² Test zasleduje praktičnost in pravno gotovost in daje smernice za aplikacijo temeljnih svoboščin na enak način. Test⁴³ razloga je mogoče uporabiti za utemeljevanje neupravičenosti pravila, kjer utemeljitev ne izhaja neposredno iz besedila PEU. Ukrepi držav članic, ki znižujejo popolno izvajanje temeljnih svoboščin, ki jih zagotavlja PDEU, morajo v skladu s testom razloga zadostiti štirim pogojem:⁴⁴

³⁷ Povzeto po J. Wattel, H. Vermeulen, O. Marres, 2017, *European Tax Law*.

³⁸ Gl. zadevo C-282/12, *Itecar-Automóveis de Aluguer Lda proti Fazenda Pública*, ECLI:EU:C:2013:629.

³⁹ G. Colombaioni, 2017, *Compatibility with EU Law of Rules Limiting the Deductibility of Interest and Other Financial Payments*, str. 379.

⁴⁰ Za razumevanje zlorab davčnega sistema je potrebno ločiti dve kategoriji, to je zloraba prava (angl. Abuse of Law) in zloraba pravic (angl. abuse of rights): več gl. P. Piantavigna, *Tax Abuse in European Union law*, 2011, str. 134–147.

⁴¹ Gl. zadevo C-417/10, *Ministero dell'Economia e delle Finanze and Agenzia delle Entrate proti 3M Italia SpA*, ECLI:EU:C:2012:184 in zadevo C-55/94, *Reinhard Gebhard proti Consiglio dell'Ordine degli Avvocati e Procuratori di Milano*, ECLI:EU:C:1995:411.

⁴² L. De Broe, 2008, *International Tax Planning and Prevention of Abuse: a Study Under Domestic Tax Law, Tax Treaties and EC Law in Relation to Conduit and Base Companies*, str. 776.

⁴³ Sodišče EU je tako na drugih področjih kot na področju davkov razvilo večje število sodnih primerov, ki prepovedujejo zlorabo pravic. Doktrina zlorabe pravic se je pričela razvijati na drugih (nedavnih) področjih. Prvi primer doktrine izvira iz zadeve C-33/74, *Johannes Henricus Maria van Binsbergen proti Bestuur van de Bedrijfsvereniging voor de Metaalnijverheid*, ECLI:EU:C:1974:131. Sodišče EU je to doktrino razvijalo naprej v npr. zadevah C-115/78, *J. Knoors proti Staatssecretaris van Economische Zaken*, ECLI:EU:C:1979:31; zadeva C-229/83, *Association des Centres distributeurs Édouard Leclerc in drugi proti SARL "Au blé vert" in drugi*, ECLI:EU:C:1979:31; zadeva C-39/86, *Sylvie Lair proti Universität Hannover*, ECLI:EU:C:1988:322; zadeva C-367/96, *Alexandros Kefalas in drugi proti Ellíniko Dimosio (Greek State) in Organismos Oikonomikis Anasykrotisis Epicheiriseon AE (OAE)*, ECLI:EU:C:1998:222; C-212/97, *Centros Ltd proti Erhvervs- og Selskabsstyrelsen*, ECLI:EU:C:1999:126. Iz področja direktnih davkov pa je bila prva odločitev Sodišča EU v zadevi C-312/05, *TeleTech Holdings, Inc. proti Office for Harmonisation in the Internal Market (Trade Marks and Designs) (OHIM)*, ECLI:EU:C:2007:189, kjer izhaja bistvena opredelitev, da splošno načelo evropskega prava prepoveduje zlorabo pravic.

⁴⁴ B. J. M. Terra, P. J. Wattel, 2012, *European Tax Law*, str. 664, in L. De Broe, 2008, *International Tax Planning and Prevention of Abuse: a Study Under Domestic Tax Law, Tax Treaties and EC Law in Relation to Conduit and Base Companies*, str. 806–810.

- ukrep se ne sme uporabiti tako, da povzroči diskriminacijo;
- ukrep se mora uporabiti v javno korist;⁴⁵
- ukrep mora biti sposoben zagotoviti doseganje cilja, ki se ga zasleduje;
- ukrep ni strožji od tistega, kar je potrebno za doseganje cilja (sorazmernost).⁴⁶

Če si pogledamo najprej utemeljitev javnih koristi, je Sodišče EU v sodbah kot upravičen razlog pri tanki kapitalizaciji izpostavilo preprečevanje zlorab ter bolj uravnoteženo alokacijo davčnih pravic.⁴⁷

Glede preprečevanja zlorab je sodišče EU postopoma razvijalo kriterij utemeljitve. Tako je lahko ukrep, ki omejuje temeljno svoboščino, upravičen, pod pogojem, da preprečuje zlorabe,⁴⁸ ki se nanašajo na čisto umetne dogovore.⁴⁹

V zadevi *Kofoed*⁵⁰ in *Foggia*⁵¹ je Sodišče EU izpostavilo, da zlorabo predstavlja transakcija, ki ne odseva ekonomske realnosti⁵² oz. je izvedena izven konteksta

⁴⁵ Sodišče EU je zavrnilo kot upravičen razlog izgubo prihodkov in administrativne težave. Upravičeni razlogi pa so: učinkovitost fiskalnega nadzora, bolj uravnotežena alokacija davčnih pravic, preprečitev zlorab, koherentnost davčnega sistema, načelo teritorialnosti, preprečitev dvojne uporabe izgub. Tako S. van Thiel, 2008, *Justification in Community Law for Income Tax Restrictions on Free Movement*, str. 279–290.

⁴⁶ Tako v zadevi C-55/94, *Reinhard Gebhard proti Consiglio dell'Ordine degli Avvocati e Procuratori di Milano*, ECLI:EU:C:1995:411, in zadevi C-524/04, *Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation proti Commissioners of Inland Revenue*, ECLI:EU:C:2007:161 (*Thin Cap Group Litigation*).

⁴⁷ OECD, BEPS Action 4 Final Report, str. 85.

⁴⁸ Sodišče EU se je v zadnjih 40-ih letih soočilo s konceptom zlorabe in preprečevanja davčnega izogibanja. V zadevi C-270/83, *Komisija Evropskih skupnosti proti Francoski republiki*, ECLI:EU:C:1986:37, je nasprotovalo uporabi nacionalnih pravil proti davčnemu izogibanju, saj naj bi bili ukrepi v nasprotju s temeljno pravico PEU o ustanavljanju. Že v zadevi C-264/96, *Imperial Chemical Industries plc (ICI) proti Kenneth Hall Colmer (Her Majesty's Inspector of Taxes)*, ECLI:EU:C:1998:370, je Sodišče EU dopustilo možnost, da bi pravilo, katerega specifičen namen je v preprečevanju popolnoma umetnih dogovorov (angl. *Wholly Artificial Arrangement*), lahko bilo sprejemljivo za pravo EU. Tudi v zadevi C-446/03, *Marks & Spencer plc proti David Halsey (Her Majesty's Inspector of Taxes)*, ECLI:EU:C:2005:763 (*Marks & Spencer*), je Sodišče EU akceptiralo pravilo proti zlorabam kot še skladno s PEU, ko je davčna uprava sprejela odločitev o davčnem nepriznanju prenosa izgub iz tuje podružnice z namenom preprečitve davčnega izogibanja.

⁴⁹ Zadeva *Cadbury Schweppes*; zadeva C-324/00, *Lankhorst-Hohorst GmbH proti Finanzamt Steinfurt*, ECLI:EU:C:2002:749 (*Lankhorst-Hohorst*), ter zadeva *Marks & Spencer*.

⁵⁰ Zadeva C-321/05, *Hans Markus Kofoed proti Skatteministeriet*, ECLI:EU:C:2007:408 (*Kofoed*).

⁵¹ Zadeva C-126/10, *Foggia - Sociedade Gestora de Participações Sociais SA proti Secretário de Estado dos Assuntos Fiscais*, ECLI:EU:C:2011:718 (*Foggia*).

⁵² V zadevi *Thin Cap Group Litigation* je Sodišče EU opredelilo, da ekonomsko realnost utemeljuje večje število objektivnih dejavnikov, ki so odvisni od primera in se presojajo v vsakem primeru temu prilagojeno.

normalnega komercialnega ravnanja.⁵³ V zadevi *Cadbury Schweppes*⁵⁴ je izpostavilo transakcijo (shemo), ki je v celoti umetna.⁵⁵ Odstrani se del ugodnosti,⁵⁶ ki pomeni zlorabo. Pri tem mora biti edini namen v davčni zlorabi, kar pa je v nekaterih odločitvah nekoliko ublažilo.⁵⁷ Dejansko mora priti do pridobitve davčne ugodnosti, kar predstavlja subjektivni pogoj, oblikovan v zadevi *Emsland-Stärke*⁵⁸ ter *Cadbury Schweppes*.⁵⁹ Za izpolnitev pogoja davčne ugodnosti mora davčna ugodnost izničevati cilj ali namen veljavnega davčnega prava.⁶⁰

Kot kriterij, s katerim je mogoče ovreči, da gre za popolnoma umetno shemo, je Sodišče EU davčnim zavezancem omogočilo dokazovanje po pristopu neodvisnega tržnega načela.⁶¹

⁵³ Obstoj tehničnih komercialnih razlogov hkrati izkazuje ekonomsko realnost, obratno pa to ni nujno. Možno bi bilo narediti konstrukcijo, ki sicer odraža ekonomsko realnost, vendar brez komercialne logike. Obstoj davčnih namenov ne pomeni, da transakcija nima komercialnih namenov, kar pa velja le do takrat, dokler davčni nameni niso prevladujoči.

⁵⁴ V zadevi Sodišče EU definira zlorabo na področju evropske direktne obdavčitve. Takšno definicijo davčne zlorabe je Sodišče EU ponovilo v večjem številu sodb, ki so sledile, med drugim v zadevah C-105/07, *Lammers & Van Cleeff NV* proti Belgische Staat, ECLI:EU:C:2008:24, C-303/07, *Proceedings brought by Aberdeen Property Fininvest Alpha Oy*, ECLI:EU:C:2009:377, C-330/07 *Jobra Vermögensverwaltungs-Gesellschaft mbH* proti Finanzamt Amstetten Melk Scheibbs, ECLI:EU:C:2008:685, C-182/08, *Glaxo Wellcome GmbH & Co. KG* proti Finanzamt München II, ECLI:EU:C:2009:559, in C-80/12, *Felixstowe Dock and Railway Company Ltd* in drugi proti *The Commissioners for Her Majesty's Revenue & Customs*, ECLI:EU:C:2014:200.

⁵⁵ V primeru zlorab je lahko dopustno omejevati svobodo do ustanavljanja, kadar gre za popolnoma umetne dogovore.

⁵⁶ Zadeva *Thin Cap Group Litigation*, tč. 92.

⁵⁷ V zadevi C-255/02, *Halifax plc*, *Leeds Permanent Development Services Ltd* in *County Wide Property Investments Ltd* proti *Commissioners of Customs & Excise*, ECLI:EU:C:2006:121 (*Halifax*), kjer gre sicer za primer davka na dodano vrednost, je Sodišče EU zapisalo, da zloraba nastopi, ko je iz večjega števila objektivnih faktorjev razvidno, da je ključni cilj (angl. essential aim) transakcije doseči davčno ugodnost. Podobno terminologijo je uporabilo v zadevi C-425/06, *Ministero dell'Economia e delle Finanze* proti *Part Service Srl*, ECLI:EU:C:2008:108 (*Part Service*), tč. 40, in v primeru davka na dodano vrednost, kjer je izpostavilo besedo »bistveni cilj ali glavni cilj« transakcije (angl. Principal aim). To pomeni, da je Sodišče EU v sodbah posrednih davkov potrdilo, da lahko pride do odklona od »edinega cilja«, če je davčni motiv prevladujoč (esencialen, ključen).

⁵⁸ Zadeva C-110/99, *Emsland-Stärke GmbH* proti *Hauptzollamt Hamburg-Jonas*, ECLI:EU:C:2000:695 (*Emsland Stärke*), v kateri je Sodišče EU opredelilo, da zlorabo opredeljujejo trije elementi. Prisoten mora biti objektivni element, kar pomeni, da morajo biti zagotovljeni dokazi o obstoju okoliščin, ki kažejo na umetno pridobitev koristi. To pa bo takrat, ko bo iz ustreznih dokazov mogoče ugotoviti, da komercialni posel ni bil izpeljan iz ekonomskih razlogov, ampak izključno iz finančnih koristi, ki nimajo ekonomske substance. Kot drugo, prisoten mora biti subjektivni element, ki kaže, da je bil komercialni posel izpeljan za pridobitev finančne koristi, ki je neskladna s cilji prava EU. Tretji element se nanaša na procesni element, povezan z dokaznim bremenom, po katerem mora breme dokaznega postopka nositi relevantna državna uprava. Tako tudi v *Cadbury Schweppes* in *Halifax* (gl. zgoraj).

⁵⁹ Namen je pridobiti davčno ugodnost, ki izhaja iz popolnoma umetne sheme.

⁶⁰ E. Aaltonen, 2017, *GAAR of the Anti-Tax Avoidance Directive*, str. 26–30; F. A. Garcia Prats, 2010, *The 'Abuse of Tax Law': Prospects and Analysis*, str. 118–122; L. De Broe, 2008, *International Tax Planning and Prevention of Abuse: A Study Under Domestic Tax Law, Tax Treaties and EC Law in Relation to Conduit and Base Companies*, str. 320 in 773.

⁶¹ *Test Claimants in the Thin Cap Group*, tč. 92.

Mogoče je ugotoviti, da v zvezi z obrestnim pravilom kot tudi drugimi omejitvenimi pravili ATAD, ki morajo tudi prestat test razloga oz. motiva, obstaja odprto vprašanje, ali bo Sodišče EU sledilo strogemu pogledu koncepta »popolnoma umetne sheme« in »edinega cilja« ali pa bo sledilo nižjemu standardu npr. »tehnih komercialnih razlogov« in »glavnemu namenu ali enemu od glavnih namenov«. ⁶² Pri tem bo pomembno vlogo igrala presoja, ali je mogoče cilje direktive dosegati le z nižjim standardom. ⁶³ Iz zadnjega primera *Lexel AB* ⁶⁴ izhaja, da bo Sodišče EU dejansko vztrajalo na visokem standardu popolnoma umetne sheme.

Uravnotežena alokacija davčnih pravic znotraj držav članic je drugi mogoči razlog za poseganje v temeljne svoboščine z obrestnim pravilom. Sodišče EU se je na ta razlog oprlo v primeru *Marks & Spencer*. V isti zadevi se je kot razlog za poseganje v temeljne svoboščine naslonilo še na preprečitev dvojne uporabe izgub in tveganje davčnega izogibanja, podobno pa tudi v primeru *Oy AA*. ⁶⁵ Kot samostojni razlog je bila alokacija davčnih pravic znotraj držav članic prvič zadostna v primeru *X Holding*. ⁶⁶ Namen ATAD je v preprečevanju davčne erozije in premikanja dobičkov, zato osnovno pravilo 4. člena ATAD, tj. brez diskrecijskih izjem, v osnovni prestane test javne koristi zaradi razloga alokacije davčnih pravic znotraj držav članic. Navedeno velja tudi za skupinsko pravilo ATAD, saj je sodišče ovrglo sklepanje, ⁶⁷ da je lahko dovoljeno posamičnim podjetjem znotraj države dosegati nekatere davčne prednosti, ki izvirajo iz skupinskega izravnalnega sistema, ⁶⁸ zunanji pa ne, saj se v slednjem primeru preprečuje nastanek dvojnih izgub. Slednje razlikovanje pa bi lahko kršilo svobodo do ustanavljanja. ⁶⁹ V zvezi s takšnim razlikovanjem je Sodišče EU odločilo, ⁷⁰ da tveganje izkoriščanja skupinskega pravila ni nič večje v

⁶² Kot smo videli, je v zadevi *Part Service* že nekoliko znižalo strogost na bistveni cilj.

⁶³ Sodišče EU se je v dosedanjih primerih izogibalo konfliktom med sekundarno in primarno zakonodajo tako, da je sodbe o uporabi sekundarne zakonodaje vezalo na temeljne svoboščine primarne zakonodaje, ki se jih ne sme prekoračiti. Iz tega razloga večina sodb Sodišča EU v zvezi z davčnimi zlorabami sloni na konceptu »popolnoma umetnih shem«. S tem pristopom Sodišče EU zagotavlja, da sodbe ne bi posegale v temeljne svoboščine. Kot smo že zapisali, se je Sodišče EU v nekaterih sodbah že nekoliko oddaljilo od čistega koncepta »popolnoma umetne sheme«.

⁶⁴ Zadeva C-484/19, *Lexel AB* proti Skatteverket, ECLI:EU:C:2021:34 (*Lexel AB*).

⁶⁵ Zadeva C-231/05, *Oy AA* proti Keskusverolautakunta, ECLI:EU:C:2007:439 (*Oy AA*).

⁶⁶ Zadeva C-337/08, *X Holding BV* proti Staatssecretaris van Financiën, ECLI:EU:C:2010:89 (*X Holding BV*).

⁶⁷ Zadeva C-386/14, *Groupe Steria SCA* proti Ministère des Finances et des Comptes publics, odstavek 28, ECLI:EU:C:2015:524.

⁶⁸ Zadeva C-398/16 in C-399/16, *X BV & X NV*, odstavka 39 in 40, EU:C:2018:110 (*X BV and X NV*).

⁶⁹ M. Hilling, *Justifications and Proportionality: An Analysis of the ECJ's Assessment of National Rules for the Prevention of Tax Avoidance*, 2013, str. 299.

⁷⁰ Sodišče je poleg razloga alokacije davčnih pravic znotraj držav članic preizkusilo ta razlog tudi v povezavi z davčnim izogibanjem, saj sta cilja povezana, pri čemer se je naslonilo tudi na zadevo C-311/08, *Société de Gestion Industrielle*, ECLI:EU:C:2010:26, tč. 66 (*SGI*).

primeru čezmejnih transakcij kot v primeru domačih transakcij, zato v primeru davčnih izgub tujega posojilodajalca ne moremo trditi, da posojilo dano v takih okoliščinah samo po sebi ne izraža resničnih ekonomskih transakcij in da ima namen umetno dosegati neobdavčitev.⁷¹ Zanihanje ugodnosti skupinam s tujimi poslovnimi enotami napram domačim zato ni skladno s pravom EU.⁷² Tako bodo pravkar omenjene sodbe pripomogle, da bodo države članice s fiskalnimi enotami, kjer imajo koristi le notranji člani, obrestno pravilo morale zasnovati tako, da ne bodo razlikovale med domačimi in čezmejnimi transakcijami glede možne izravnave davčnih izgub na ravni fiskalne enote. Sodišče EU je v zadevi *Lexel AB* izrazilo tudi stališče, da je treba dati davčnim zavezancem priložnost, da podajo dokaze o komercialni upravičenosti,⁷³ saj je le transakcija, ki nima ekonomske utemeljitve, lahko opredeljena kot popolnoma umetna shema.^{74, 75} Če pa ima elemente popolnoma umetne sheme, se zavrne ugodnost le v tem delu, ki nima komercialne utemeljitve.⁷⁶

Zadeva *Lexel AB* se nanaša na specifično švedsko pravilo, ko v drugi državi prihodek od obresti ni obdavčen vsaj 10-odstotno, zato na podlagi stališča Sodišča EU, da je potrebno dati zavezancu možnost dokazovanja pristnosti transakcije, še ni mogoče narediti ustreznega sklepanja o vplivu na obrestno pravilo ATAD.

Obrestno pravilo mora hkrati prestati tudi test sorazmernosti,⁷⁷ kar pomeni, da mora biti v sorazmerju s cilji, ki jih želi doseči, ter brez ukrepov, ki presegajo raven, potrebno za doseg ciljev. Zahteva tudi jasno oblikovano pravilo, ki ne pušča dvomov. ATAD ima namen preprečevati davčno izogibanje z omejevanjem davčne erozije in premikanje dobičkov. Cilj kot tak seveda predstavlja legitimen cilj, saj je pravzaprav celotna sodna praksa utemeljena z ugotavljanjem obstoja (neustreznega) davčnega izogibanja. V prispevku pa sem že izpostavil, da obrestno pravilo ni naperjeno le proti popolnoma umetnim shemam in tudi ne izključno proti transakcijam, ki bi imele namen v izogibanju ali zlorabi.

⁷¹ Zadeva C-135/17, X-GmbH proti Finanzamt Stuttgart - Körperschaften, odstavek 86, ECLI:EU:C:2019:136 ter zadeva *Lexel AB*.

⁷² Zadeva *X BV in X NV*, tč. 24.

⁷³ Zadeva *Lexel AB*, tč. 50.

⁷⁴ Prav tam, tč. 51.

⁷⁵ Tako že Opinion Statement ECJ-TF 1/2021 on the CJEU decision of January 20, 2021, in zadeva C-484/19, *Lexel AB*, concerning the application of Swedish interest deductibility rules, tč. 8.

⁷⁶ Zadeva *Lexel AB*, tč. 51.

⁷⁷ M. Berglund, K. Cejic, 2014, *Basics of International Taxation – From a Methodological Point of View*, str. 123.

Problem pravila je torej v tem, da četudi Sodišče EU zniža standard⁷⁸ glede »popolnoma umetne sheme«⁷⁹ in posledično »edinega cilja«, pravilo samo po sebi zajema tudi transakcije, ki nimajo namena v zlorabi.⁸⁰ To pa seveda pomeni, da pravilo posega tudi v »zdrave«⁸¹ transakcije, zato obstaja določen dvom, da pravilo preneha test sorazmernosti in dvom glede uresničevanja načela pravne gotovosti,⁸² ki ga razumemo kot enega od testov sorazmernosti, o čemer se je izreklo Sodišče EU.⁸³ Dodatno pa tudi izjeme k osnovnemu pravilu, kot so samostojna podjetja, infrastrukturni projekti, *de minimis*, ki so diskrecijske narave, v določenem »manj tveganem« delu, izničujejo razlog alokacije davčnih pravic znotraj držav članic, saj so v tem delu izven dosega pravila.⁸⁴ Pravilo zajema tudi transakcije, izvedene izključno znotraj države članice, zato cilj alokacije davčnih pravic znotraj držav članic v tem delu ni v ničemer ogrožen. Testu sorazmernosti tudi v primeru alokacije davčnih pravic znotraj držav članic ni v celoti zadoščeno.⁸⁵

Kot že izpostavljeno, test razloga oz. motiva terja tudi, da pravilo ne povzroča diskriminacije. Drugačna obravnava domačih in tujih rezidentov je prepovedana zaradi diskriminacije, kar je potrdilo Sodišče EU v zadevi *Schumacker*. Nasprotno pa je Sodišče EU odločilo, da v kolikor ima zavezanec davčne koristi zaradi poslovanja v različnih državah članicah in je poslovna enota v drugi državi članici ustanovljena tudi iz davčnih motivov, to samo za sebe še ne pomeni, da se takšne transakcije opredelijo kot zloraba.⁸⁶ Ker 4. člen ATAD ne loči med notranjimi in zunanji

⁷⁸ Zadeva *Lexel AB*, tč. 52 in 67, temu ne pritrjuje, saj je Sodišče EU izreklo, da so ukrepi zoper agresivno davčno planiranje v obliki obrestnih odhodkov relevantni, dokler ciljajo na popolnoma umetne sheme. Preprečevanje davčne erozije preko razloga alokacije davčnih pravic znotraj držav članic tako ni zadosten razlog v okviru zasledovanja javne koristi, ki bi dovoljeval takšen ukrep.

⁷⁹ Več gl. S. Baerentzen, *Danish Cases on the Use of Holding Companies for Cross-Border Dividends and Interest*, 2020, ter J. Englisch, *The Danish Tax Avoidance Cases: New Milestone in the Court's Anti-Abuse Doctrine*, 2020, str. 528–530, ki razpravljata o možni preusmeritvi testa iz pravne substance v ekonomsko substanco pri opredeljevanju »popolnoma umetne sheme«.

⁸⁰ Prim. C. Meyer, *Art. 4 ATAD*, 2018, str. 22 in A.P. Dourado, *The Interest Limitation Rule in the Anti-Tax Avoidance Directive (ATAD) and the Net Taxation Principle*, 2017, str. 119.

⁸¹ *Englisch* razpravlja o možnosti, da se bo razširila domneva možnega obstoja zlorabe ter znižal dokazni nivo glede obstoja komercialnih razlogov. J. Englisch, *The Danish Tax Avoidance Cases: New Milestone in the Court's Anti-Abuse Doctrine*, 2020, str. 528–529.

⁸² S. Douma, *Limitations on Interest Deduction*, 2015, str. 364.

⁸³ Zadeva C-318/10, *Société d'investissement pour l'agriculture tropicale SA (SIAT) proti Belgiji*, ECLI:EU:C:2012:415, in zadeva C-282/12, *Itelcar—Automóveis de Aluguer Lda proti Fazenda Pública*, ECLI:EU:C:2013:629.

⁸⁴ A. P. Dourado, *The Interest Limitation Rule in the Anti-Tax Avoidance Directive (ATAD) and the Net Taxation Principle*, 2017, str. 118.

⁸⁵ Izključno kršitev sorazmernosti še ni bila zadostna podlaga za razveljavitev direktive: Gl. A. de Graaf, K. J. Visser, *ATA Directive: Some Observations Regarding Formal Aspects*, 2016, str. 99–210.

⁸⁶ Zadeva *Centros*; zadeva C-294/97, *Eurowings Luftverkehrs AG proti Finanzamt Dortmund-Unna*, ECLI:EU:C:1999:524, zadeva C-136/00, *Rolf Dieter Danner proti Silinjärven Verotuksen Oikaisulautakunta*,

situacijami, ampak velja za obe situaciji na enak način, skozi ta kriterij ne povzroča diskriminacije.

Sodišče EU je v zadevi *Societe Arcelor Atlantique*⁸⁷ izvedlo presojlo kršitve temeljne svoboščine enake obravnave oz. povzročanja diskriminacije, saj iz nje izhaja, da enaka obravnava različnih podjetij v različnih okoliščinah pomeni neenako obravnavo. Takšni opredelitvi pa ustreza tudi 4. člen ATAD, saj vse (različne) davčne zavezanke v različnih okoliščinah obravnava enako, pri tem pa predpostavlja, da so (vse) presežne obresti davčno motivirane ter predstavljajo zlorabo. Kriterij za razlikovanje med zdravimi in le davčno motiviranimi transakcijami je razmerje med neto obrestmi in EBITDA. Dejansko ne obstaja nikakršne podlage, ki bi potrjevala takšen zaključek. Obrestno pravilo zato ne predstavlja zadostnega objektivnega merila za predpostavko zlorabe. Ob odsotnosti preverjanja pristnosti transakcij se zdi, da je obrestno pravilo oddaljeno od cilja preprečevanja zlorab.

V primeru obrestnega pravila se lahko srečamo tudi s prikrito diskriminacijo, kar je lahko v neskladju z 49. členom PDEU. Prikrita diskriminacija čezmejnih in notranjih transakcij pri obrestnem pravilu lahko nastopi v dejanskih okoliščinah v npr. državah z majhnimi in srednje velikimi podjetji, saj lahko varni pristan in izjeme vplivajo na učinek omejevanja tako, da so čezmejne transakcije bistveno bolj prizadete kot notranje transakcije zaradi različnosti v poslovanju.⁸⁸

Presojlo skladnosti ATAD s primarnim pravom lahko sproži Komisija EU ali država članica. Slednja⁸⁹ bo sprožila postopek pred Sodiščem EU, če bo tožbo vložil davčni zavezanec, prva pa najverjetneje ne zaradi svoje vključenosti v sprejem ATAD. Pomembno pa je poudariti, da Sodišče EU ne bo nujno presojalo skladnost 4. člena ATAD s primarnim pravom, ampak bo predmet presoje skoraj zagotovo le nacionalno pravo države članice EU in skladnost le-tega z ATAD.⁹⁰

ECLI:EU:C:2002:558, zadeva C-422/01, Försäkringsaktiebolaget Skandia (publ) in Ola Ramstedt proti Riksskatteverket, ECLI:EU:C:2003:380, zadeva C-167/01, Kamer van Koophandel en Fabrieken voor Amsterdam proti Inspire Art Ltd., ECLI:EU:C:2003:512, in zadeva *Cadbury Schweppes*.

⁸⁷ Zadeva C-127/07, Societe Arcelor Atlantique et Lorraine in drugi proti Premier Ministre, Ministre de l'Ecologie et du Developpment Durable, Ministre de l'Economic, des finances et de l'Industrie, ECLI:EU:C:2008:728.

⁸⁸ G. Ginevra, The EU Anti-Tax Avoidance Directive and the Base Erosion and Profit Shifting (BEPS) Action Plan: Necessity and Adequacy of the Measures at EU Level, 2017, str. 123–124.

⁸⁹ V redkih primerih je nacionalno sodišče zaprosilo Sodišče EU, da presoja implementacijo direktive v nacionalno pravo z vidika skladnosti s pravom EU kot npr. v zadevi C-210/03, The Queen, on the application of: Swedish Match AB and Swedish Match UK Ltd proti Secretary of State for Health, ECLI:EU:C:2004:802 (*Swedish Match*).

⁹⁰ Zadeva *Swedish Match*, tč. 81.

V zvezi s pravico do ustanavljanja lahko povzamemo, da osnovno obrestno pravilo izrecno ne razlikuje med notranjimi in čezmejnimi transakcijami,⁹¹ ni pa mogoče povsem izključiti prikrite diskriminacije. Skupinsko pravilo bi lahko v določenih okoliščinah povzročalo razlikovanje med notranjimi in čezmejnimi transakcijami, saj lahko v določeni kombinatoriki pride do notranjih izvzemov v primerjavi s čezmejnimi transakcijami.⁹² Problematičen je arbitraren varni pristan, saj je lahko denimo en milijon evrov ali tri milijone evrov,⁹³ zato lahko med državami prihaja do občutnih razlik glede davčne obravnave presežnih obresti. Prav tako so lahko problematične izjeme glede samostojnih podjetij, finančnih institucij ter infrastrukturnih podjetij, saj se lahko kot posledica diskrecije pri implementaciji izjem, dosežejo različni pogoji v državah članicah, kar ima vpliv na razlikovanje med notranjimi in čezmejnimi transakcijami.⁹⁴ Obrestno pravilo vse različne davčne zavezance v različnih okoliščinah obravnava enako in jim ne daje možnosti, da bi dokazali pristnost njihovih transakcij.

Prost pretok kapitala se ne nanaša na transakcije med povezanimi osebami, ampak na samostojna podjetja v čezmejnih transakcijah, ki zajemajo članice EU ali tretje države. Potencialna kršitev 63. člena PDEU lahko nastane, če država članica ne implementira izjeme za samostojna podjetja. V takem primeru lahko pride do situacije, ko so domača samostojna podjetja v slabši situaciji kot čezmejne transakcije, npr. ko slednje izravnajo presežne obresti s skupinskim pravilom. Videli smo, da 4. člen ATAD ni najbolj odporen na test razloga oz. motiva (sorazmernost, namen zlorabe, alokacija davčnih pravic znotraj držav članic), kar glede na test utemeljitve lahko pomeni neskladnost obrestnega pravila s primarnim pravom EU.

⁹¹ A. De Graaf, K. J. Visser, *ATA Directive: Some Observations Regarding Formal Aspects*, 2016, str. 199–210.

⁹² G. Bizioli, *Taking EU Fundamental Freedoms Seriously: Does the Anti-Tax Avoidance Directive Take Precedence over the Single Market?*, 2017, str. 172.

⁹³ *Prav tam*, 2017, str. 172.

⁹⁴ G. Ginevra, *The EU Anti-Tax Avoidance Directive and the Base Erosion and Profit Shifting (BEPS) Action Plan: Necessity and Adequacy of the Measures at EU level*, 2017, str. 123.

4 Nemško obrestno pravilo

4.1 Pravna ureditev

Nemčija je bila ena izmed prvih držav EU, ki je zaradi razglasitve klasične tanke kapitalizacije za diskriminatorno in neskladno s temeljnimi svoboščinami EU uvedla pravilo obrestne omejitve leta 2008. Uvedla je pravilo, ki se nanaša tako na zadolževanje povezanih podjetij kot nepovezanih ter domačih in tujih.

Obrestno omejitev je Nemčija uredila v oddelku 4h Einkommensteuergesetz⁹⁵ (EstG) ter v oddelku 8a Körperschaftsteuergesetz⁹⁶ (KStG). Prvi zajema prihodke iz kmetijstva ter gozdarstva, podjetja ter samostojne podjetnike. Oddelek 8a KStG zajema vse gospodarske družbe, pri čemer se oddelek 4h EStG smiselno uporablja tudi za gospodarske družbe, ki jih obravnava KStG.

Osnovno obrestno pravilo je, da neto obresti,⁹⁷ ki v tekočem letu presegajo 30 odstotkov EBITDA, niso davčno priznane. Vendar pa se t. i. presežne obresti prenesejo v prihodnja leta in se lahko v primeru, da je saldo obresti v tekočem letu nižji od 30 odstotkov EBITDA, koristijo v tem letu. Nekorabljene obresti⁹⁸ je mogoče koristiti v naslednjih petih letih.

Za samostojna podjetja obrestna omejitev ne velja. Poleg tega obstajajo še tri izjeme glede na osnovno pravilo 30 odstotkov EBITDA.

Najpomembnejša izjema, ki štiti veliko malih in srednje velikih podjetij pred obrestno omejitvijo, je meja oprostitve oz. varni pristan ali *de minimis*. Meja je pri treh milijonih evrov na leto (nem. Freigrenze).

⁹⁵ Einkommensteuergesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 8. Oktober 2009 (BGBl. I S. 3366, 3862), das zuletzt durch Artikel 27 des Gesetzes vom 20. August 2021 (BGBl. I S. 3932).

⁹⁶ Bundesrecht konsolidiert: Gesamte Rechtsvorschrift für Körperschaftsteuergesetz 1988, Fassung vom 12. 08. 2021; URL: <https://www.ris.bka.gv.at/GeltendeFassung.wxe?Abfrage=Bundesnormen&Gesetzesnummer=10004569> (2. 9. 2021).

⁹⁷ Obrestni odhodki podjetja se znižajo za obrestne prihodke.

⁹⁸ Nem. *EBITDA-Vortrag* (presežek EBITDA).

Skupinska izjema (nem. Konzern-Klausel) velja za podjetje (osebna ali kapitalska družba), ki pravzaprav ne pripada skupini⁹⁹ ali pa ji pripada le deloma. Vendar ta izjema ne velja za kapitalsko družbo, če so kumulativno izpolnjeni naslednji pogoji:

- ima več kot 10 odstotkov vseh neto obrestnih odhodkov gospodarske družbe;
- gre za »škodljivega« posojilodajalca, ki ga predstavlja:
 - delničar oz. drug deležnik, ki neposredno ali posredno poseduje več kot 25 odstotkov kapitala,
 - oseba, ki je tesno povezana z osebo iz prejšnje podalineje, ali
 - povračilo tretji osebi, ki je upravičena do regresa.
- gospodarska družba ne dokazuje, da te zahteve ne veljajo zanj.

Omenjena izjema, veljavna za kapitalske družbe, pravzaprav pomeni, da za družbo ne velja osnovna obrestna omejitev, če gre za manj pomembno povezanost (do 25 odstotkov kapitala), družba ne plačuje obresti »škodljivim« posojilodajalcem ter ti obrestni odhodki ne presegajo 10 odstotkov vseh neto obrestnih odhodkov (nem. Zinssaldo).

Tretja izjema je izstopna klavzula (nem. Escapeklausel), določena v četrtem oddelku drugega odstavka prvega stavka EStG. Nanaša se na družbe, ki so del skupine. Obrestna omejitev za te družbe ne velja, ko je delež lastniškega kapitala glede na bilančno vsoto na koncu prejšnjega datuma bilance stanja enak ali višji od deleža v skupini. Dodatno je takšno kapitalsko razmerje davčnega zavezanca lahko nižje od deleža skupine za največ dve odstotni točki.

4.2 Neskladnost z nemško ustavo

Nemčija je uvedla obrestno pravilo vezano na EBITDA že s 1. 1. 2008 zaradi sodbe Sodišča EU *Lankhorst-Hoborst*,¹⁰⁰ saj je nemška tanka kapitalizacija različno obravnavala domača posojila od čezmejnih, pri tem pa pravilo ni bilo usmerjeno le

⁹⁹ Skupino tvorijo družbe, ki se konsolidirajo v skladu z računovodskimi standardi, če gre za enotno finančno in poslovno politiko.

¹⁰⁰ Zadeva *Lankhorst-Hoborst* obravnava priznane odhodke na obresti, če so plačane rezidentu in so bile v primeru čezmejnih plačil podvržene tanki kapitalizaciji. Sodišče EU je ta koncept štelo za diskriminacijo delničarjev ter nekompatibilnost s svobodo do ustanavljanja podjetij (Več gl. A. P. Dourado, 2017).

proti popolnoma umetnim shemam. Sodišče EU je v tem primeru tanko kapitalizacijo razglasilo za nekompatibilno s svobodo do ustanavljanja.

Že *Dourado* je v svoji diskusiji zaključila, da nemško obrestno pravilo formalno gledano izpolnjuje načelo nediskriminatornosti, ki je bilo izpostavljeno kot nedopustno v sodbi *Lankhorst-Hoborst*.¹⁰¹ Vendar pa je sprejeto nemško obrestno pravilo presojalo nemško Zvezno sodišče za davke 14 dni kasneje, kot je bila sprejeta ATAD. Tako je 14. 10. 2015 nemško Zvezno sodišče za davke (nem. Bundesfinanzhof – BFH) v primeru *Verfassungsmaessigkeit der sog. Zinsschranke – Billigkeitsmaßnahme*¹⁰² odločilo, da je nemško obrestno pravilo neustavno zaradi kršenja načela neto obdavčitve, saj za to ni podane zadostne utemeljitve za uvedbo takšnega pravila, hkrati pa je kršeno načelo sorazmernosti. Trenutno je pravilo še vedno v presoji pri nemškem Zveznem ustavnem sodišču (nem. Bundesverfassungsgericht - BVerfG). Nemčija ima namreč na ustavni ravni preko načela sposobnosti plačila davkov¹⁰³ uveljavljeno načelo o objektivni neto obdavčitvi,¹⁰⁴ tako da lahko zakonodajalec le v utemeljenih primerih omeji priznavanje odhodkov.

Konkretnjeje, obrestno pravilo krši prvi odstavek par. 3 Grundgesetz¹⁰⁵ (GG), ki konstituira osnovno načelo enakosti v Nemčiji zaradi kršenja objektivnega neto načela. BFH je skozi judikaturu odločilo, da je objektivno neto načelo konkretizacija ustavnega načela sposobnosti plačila davkov, ki jo mora upoštevati zakonodajalec, da na davčnem področju ne pride do kršenja ustavnega načela enakosti.¹⁰⁶ V osnovi pa pomeni, da je potrebno zagotoviti odštete vse stroškov, povezanih s prihodki. Ustavno skladnost izjem objektivnega neto načela se presoja o prvem odstavku par. 3 GG. Določba par. 3 GG v povezavi z objektivnim neto načelom zahteva, da morajo biti zadeve, ki so občutno enake, obravnavane enako (horizontalna enakost),

¹⁰¹ A. P. Dourado, *The Interest Limitation Rule in the Anti-Tax Avoidance Directive (ATAD) and the Net Taxation Principle*, 2017, str. 118.

¹⁰² BFH, I R 20/15, 14. 10. 2015.

¹⁰³ BVerfG, - 2 BvL 6/11, tč. 100–101.

¹⁰⁴ BFH Beschluss, I R 20/15 BStBl, tč. 9 in 13.

¹⁰⁵ Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland vom 23. Mai 1949 (BGBl. S. 1), zuletzt geändert durch Artikel 1 des Gesetzes zur Änderung des Grundgesetzes (Artikel 82) vom 19. Dezember 2022 (BGBl. I S. 2478).

¹⁰⁶ H. E. Kiehne, 2004, *Grundrechte und Steuerordnung in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts*, str. 30, in W. Doralt, H. G. Ruppe, G. Mayr, 2013, *Grundriss des österreichischen Steuerrechts*, str. 20.

in zadeve, ki so občutno različne, različno¹⁰⁷ (vertikalna enakost). Pregled kršitve nemške ustave vključuje primerljive korake pregledu kršitve temeljnih svoboščin primarnega prava EU (test omejitve in test motiva).¹⁰⁸

Par. 3 GG je povezan z načelom sposobnosti plačila davkov (angl. ability to pay principle), kar pomeni, da morajo biti davčni zavezanci, ki imajo enako plačljivo zmožnost, obdavčeni enako. Načelo konsistentnosti zahteva, da zakonodajalec načelo sposobnosti plačila davkov uporablja dosledno, od česar nemško ustavno sodišče zaenkrat ni odstopalo. Povezava med objektivnim neto načelom in par. 3 GG vodi do tega, da je kršitev neto načela varovana na nivoju nemške ustave. Načelo neto obresti se razume kot manifestacija načela sposobnosti plačila davkov tudi v drugih državah članicah.¹⁰⁹ Gre pravzaprav za podnačelo in tudi kriterij za oceno načela sposobnosti plačila davkov.¹¹⁰ Prav vsak odklon od objektivnega neto načela ne pomeni kršitve ustave, ampak je potrebno ponuditi objektivno utemeljitev za tak odklon.¹¹¹

BFH je obrazložilo, da obrestno pravilo, ki se osredotoča na obseg aktivnosti, ne upošteva razlik med sektorji, finančne situacije posojilojemalca, starosti podjetja in stanja podjetja.¹¹² To pomeni, da pravilo omejuje tudi podjetja, ki niso tvegana z vidika premikanja dobičkov. Obrestno pravilo je opustilo možnost dokazovanja skladnosti s tržnim načelom, zato ni mogoče, da bi podjetja imela možnost dokazovati, da ne gre za premikanje dobičkov. Podjetja so si tako različna in delujejo v različnih panogah, da ne glede na vezavo na ekonomsko aktivnost ne pride do izenačevanja pogojev na ravni podjetja.

Do kršitve neto načela, poenostavljeno zapisano, pride tako, da je davčni zavezanec, ki ima stroške obresti, v dosegu obrestnega pravila, kar pa ne velja za davčnega zavezanca, ki ima drug tip stroškov. Prvi presežnih obresti ne more koristiti, vsaj ne

¹⁰⁷ BFH Beschluss I R 20/15, tč. 13; S. Lampert, T. Meickmann, M. Reinert, Article 4 of the EU Anti Tax Avoidance Directive in Light of the Questionable Constitutionality of the German "Interest Barrier" Rule, 2016, str. 323 in 325.

¹⁰⁸ Zadeva BVerfG (80, 137 ff.), 1 BvR 921/85 ter zadeva BVerfG (7, 198), 1 BvR 400/51.

¹⁰⁹ A. P. Dourado, The Interest Limitation Rule in the Anti-Tax Avoidance Directive (ATAD) and the Net Taxation Principle, 2017, str. 112 in 114.

¹¹⁰ S. Lampert, T. Meickmann, M. Reinert, Article 4 of the EU Anti Tax Avoidance Directive in Light of the Questionable Constitutionality of the German "Interest Barrier" Rule, 2016, str. 323 in 325.

¹¹¹ Zadeva BVerfG, 2 BvL 1/07, tč. 63; S. Breinersdorfer, Abzugsverbot und objektives Nettoprinzip – Neue Tendenzen in der verfassungsrechtlichen Kontrolle des Gesetzgebers, 2010, str. 2492–2497.

¹¹² A. Breuer, The Interest Limitation Rule of the Proposed EU Anti-Tax Avoidance Directive, 2016.

v davčnem obdobju, v katerem obrestni stroški nastanejo. Takšna različna obravnava pa, kot omenjeno, ne zagotavlja spoštovanja načela plačila davka po sposobnosti,¹¹³ ki se meri bodisi s premoženjem, dohodkom ali porabo.¹¹⁴ Tudi opcija prenašati obresti naprej ne nevtralizira tega dejstva, saj ni nujno, da bo podjetje sploh kdaj izkoristilo to opcijo. Zgolj obstoj te možnosti torej ni zadosten pogoj za odpravo različne obravnave primerljivih položajev, v primeru preoblikovanja podjetja pa se ta možnost lahko izgubi.¹¹⁵ Nasprotno nemško ministrstvo za finance (BMF) meni, da možnost koristiti presežne obresti v kasnejših obdobjih pomeni le začasni odlog zmožnosti odbitka, zato je obrestno pravilo ustrezno.¹¹⁶ Že pri obravnavi potencialne kršitve temeljnih svoboščin prispevek opiše, da notranje transakcije niso grožnja davčni eroziji in premikanju dobičkov.

V zadevi I R 20/15 je BFH¹¹⁷ podal tudi stališče, da obrestno pravilo ne krši prvega odstavka par. 14 GG, ki se nanaša na zaščito lastnine. Učinek dušenja bi potencialno nastopil na daljši rok, če ne bi bilo implementirane možnosti prenosa presežnih obresti v naslednja davčna obdobja, vendar tudi to po mnenju BFH ne bi bil zadosten razlog za kršitev prvega odstavka par. 14 GG.

Navkljub odločitvi nemškega Zveznega sodišča je zaradi supremacije prava EU obrestno pravilo zavezujoče v nemški nacionalni zakonodaji. Ker ima Nemčija veljaven zakon z že implementiranimi primerljivimi določbami z nekaj posebnostmi, kot izhajajo iz ATAD, ne more prevladati ustavna odločitev, temveč lahko pride le do večje izenačitve določb z ATAD.^{118, 119}

Za države članice velja načelo sodelovanja in spoštovanja nacionalne identitete,¹²⁰ zato mora EU spoštovati temeljne značilnosti držav članic. Kršitev ključnih davčnih principov v tem oziru ne sledi spoštovanju 4. člena PEU. Tako bi neugoden razplet

¹¹³ J. Lang, J. Englisch, J., A European Tax Order Based on Ability to Pay, 2006, str. 256; Odločba USRS U-I-313/13, tč. 45.

¹¹⁴ K. Töpke, J. Lang, 2013, Steuerrecht, str. 74–75.

¹¹⁵ S. Lampert, T. Meickmann, M. Reinert, Article 4 of the EU Anti Tax Avoidance Directive in Light of the Questionable Constitutionality of the German "Interest Barrier" Rule, 2016, str. 323 in 325.

¹¹⁶ Sklep EFG 7 K 2372/13 in sklep EFG 7 K 3431/12.

¹¹⁷ BFH, I R 20/15, 14. 10. 2015, tč. 57.

¹¹⁸ Izjemo od popolne supremacije prava EU smo že obravnavali in velja za vse države članice.

¹¹⁹ A. P. Dourado, The Interest Limitation Rule in the Anti-Tax Avoidance Directive (ATAD) and the Net Taxation Principle, 2017, str. 112 in 121.

¹²⁰ Tretji in četrti odstavek 4. člena PEU.

v Nemčiji glede kršitve ustave in tudi v drugih državah članicah lahko vodil v spremembo obrestnega pravila, opredeljenega v ATAD.

5 Slovenska sodna praksa glede tanke kapitalizacije

5.1 Veljavna pravila za omejevanje v Sloveniji

Za omejevanje pretiranega zadolževanja med povezanimi osebami se v Sloveniji uporablja klasična tanka kapitalizacija, ki je opredeljena v 32. členu Zakona o davku od dohodkov pravnih oseb¹²¹ (ZDDPO-2). Pravilo se kombinira s pravilom o transfernih cenah, ki omejuje višino obrestne mere.

RS ima pravico svojo domačo davčno osnovo od dohodkov pravnih oseb ščititi z omejitvenimi pravili na višji ravni, kot to določa 4. člen ATAD. Zato z vidika ATAD ne bo sporno, če bo Slovenija ohranila klasično tanko kapitalizacijo, vendar pa bo v primeru, da obrestna omejitev ne bo implementirana s 1. 1. 2024, šlo za kršitev ATAD.¹²² Komisija EU je v sporočilu Commission Notice »Measures Considered Equally Effective to Article 4 of the Anti-Tax Avoidance Directive«¹²³ ocenila, da ima RS primerljivo učinkovito pravilo v nacionalnem pravnem redu, zato se ji omogoči implementacijo do 1. 1. 2024.

5.2 Slovenska sodna praksa glede tanke kapitalizacije

Slovenska sodišča nimajo pristojnosti odločati o skladnosti sekundarnega prava s pravom EU. Imajo pa pristojnost v konkretnih primerih poleg slovenske zakonodaje neposredno uporabiti pravo EU ter v primeru odprtih pravnih vprašanj predlagati Sodišču EU, da ga presoja z vidika prava EU.

Slovenska sodna praksa glede veljavne tanke kapitalizacije ni ravno izdatna. Davčni zavezanci na upravnem sodišču glede izpodbijanja odločitev davčnih organov v zvezi s tanko kapitalizacijo niso bili uspešni ali vsaj ne v celoti. To izhaja iz odločb

¹²¹ Uradni list RS, št. 117/06, 90/07, 76/08, 56/08, 92/08, 5/09, 96/09, 110/09 - ZDavP-2B, 43/10, 59/11, 30/12, 24/12, 94/12, 81/13, 50/14, 23/15, 82/15, 68/16, 69/17, 79/18, 66/19, 172/21, 105/22 - ZZNŠPP, 117/22 - ZVNDN-C, 95/23.

¹²² Končne določbe ATAD v šestem odstavku 11. člena določajo, da lahko države s primerljivo učinkovitim obrestnim pravilom le-tega uporabljajo do konca prvega polnega proračunskega leta po datumu objave sporazuma med članicami OECD o minimalnem standardu glede ukrepa 4, vendar ne dlje kot do 1. 1. 2024.

¹²³ UL L 441, 7. 12. 2018.

sodišča glede neuspešne uporabe neodvisnega tržnega načela za dokazovanje razmerja^{124, 125} in iz odločbe, v kateri je sodišče za leasing dejavnost navedlo, da se v skladu s tržnim pristopom dopusti razmerje, kot velja za bančni sektor v razmerju 12,5 : 1.¹²⁶

Nekaj primerov v zvezi s tanko kapitalizacijo je obravnavalo tudi Ustavno sodišče RS. Vsem primerom je skupno, da vsebujejo očitek kršitve 2. člena – pravna načela, drugega odstavka 14. člena – enakost pred zakonom in prvega odstavka 74. člena Ustave RS – svobodna gospodarska pobuda. V zadevi U-I-249/06¹²⁷ pobudnik ni izkazal ustreznega pravnega interesa, v zadevi U-I-44/05¹²⁸ je šlo za očitek neenake obravnave leasing hiš ter na drugi strani bank in zavarovalnic, v kateri je Ustavno sodišče RS odločilo, da ne gre za kršitev enakosti pred zakonom, saj gre za različne položaje, ki so z zakonodajo tudi različno urejeni (drugi odstavek 14. člena). V zadevi U-I-322/97¹²⁹ pa je Ustavno sodišče RS odločilo, da določitev davčne osnove na način, ki naj izenači konkurenčni položaj gospodarskih subjektov na trgu in prepreči izogibanje davčnim obveznostim, predstavlja dopustno omejitev svobodne gospodarske pobude (prvi odstavek 74. člena). Razlikovanje med povezanimi in nepovezanimi osebami temelji na njihovem drugačnem pravnem in dejanskem položaju, saj se lahko povezane osebe s prelivanjem dobičkov potencialno izognejo plačilu davčnih obveznosti, zato je zasledovani cilj ustavno dopusten, predpisano razlikovanje pa razumno sredstvo za doseg tega cilja. Prav tako je zapisalo, da po ustaljeni presoji Ustavnega sodišča RS načelo enakosti¹³⁰ pred zakonom ne pomeni, da predpis, kadar podlaga za različno urejanje niso okoliščine iz prvega odstavka 14. člena Ustave RS, ne bi smel različno urejati položajev pravnih subjektov, pač pa, da tega ne sme početi samovoljno, brez razumnega in stvarnega razloga.

¹²⁴ UPRS sodba I U 1570/2016-12 z dne 19. 9. 2017, ECLI:SI:UPRS:2017:I.U.1570.2016.12.

¹²⁵ UPRS sodba I U 1053/2017-13 z dne 11. 6. 2019, ECLI:SI:UPRS:2019:I.U.1053.2017.13.

¹²⁶ UPRS sodba I U 908/2017-7 z dne 5. 11. 2019, ECLI:SI:UPRS:2019:I.U.908.2017.7.

¹²⁷ USRS sklep U-I-249/06 z dne 10. 4. 2008, ECLI:SI:USRS:2008:U.I.249.06.

¹²⁸ USRS sklep U-I-44/05 z dne 11. 9. 2007, ECLI:SI:USRS:2007:U.I.44.05.

¹²⁹ USRS odločba U-I-322/97 z dne 9. 12. 1999, ECLI:SI:USRS:1999:U.I.322.97.

¹³⁰ Enako obravnavanje enakih položajev (horizontalna enakost) ter upoštevanje različnosti (vertikalna enakost), o čemer se je Ustavno sodišče RS izreklo v odločbi USRS U-I-18/11 z dne 19. 1. 2012, ECLI:SI:USRS:2012:U.I.18.11.

5.3 Implementacija 4. člena ATAD v Sloveniji in ustavnopravna kršitev

5.3.1 Splošno

Na podlagi supremacije prava EU in njenega neposrednega učinka na države članice bo s sprejetjem 4. člena ATAD v slovensko zakonodajo obstajala možnost, da prizadete osebe (davčni zavezanci) neposredno uveljavijo temeljne svoboščine EU pred slovenskimi sodišči, ki v tem smislu delujejo kot sodišča EU.

Davčni zavezanci bodo upoštevalje nacionalno zakonodajo lahko izpodbijali veljavnost zakonskih določb zaradi kršitve Ustave RS, in sicer zlasti s sklicevanjem na 2., 14. in 74. člen. Relevantni očitke zoper obrestno pravilo bo tudi v Sloveniji z njegovo uveljavitvijo vezan zlasti na diskriminacijo, kot je pojasnjeno v nadaljevanju prispevka.

Na začetku odločanja mora Ustavno sodišče RS ugotoviti, ali sploh gre za poseg v kakšno človekovo pravico ali temeljno svoboščino ali pa je zakonodajalec določil zgolj način izvrševanja ustavne pravice.¹³¹ Ustavno sodišče RS je zavzelo stališče, da tudi kadar Ustava RS zakonodajalca izrecno pooblašča za ureditev načina uresničevanja človekove pravice, mu s tem še ne daje pooblastila, da ustavno pravico omeji.¹³² Če gre za poseg v človekovo pravico, mora ureditev preizkusiti po testu sorazmernosti,¹³³ v primeru določitve načina izvrševanja ustavne pravice pa zadošča, da je ureditev »razumna«, »nearbitrarna« ali »v prevladujočem javnem interesu«. ¹³⁴ Ko govorimo o človekovih pravicah in temeljnih svoboščinah, se s tem razume, da gre za pravice posameznikov, državljanov oz. fizičnih oseb, in tudi za pravice, ki jih uživajo pravne osebe.¹³⁵

¹³¹ Gl. več D. Wedam Lukić, Načelo sorazmernosti v ustavnosodni presoji, 2009, str. 1350–1356. Podobno tudi B. Zabel, Svobodna gospodarska pobuda v praksi Ustavnega sodišča, 2009, str. 685–708.

¹³² USRS odločba U-I-47/94 z dne 19. 1. 1995, ECLI:SI:USRS:1995:U.I.47.94.

¹³³ Gl. več J. Novak, Načeli sorazmernosti in pro rata temporis, 2014, str. 447, ki navaja, da mora biti poseg nujen v smislu, da cilja ni mogoče doseči z nobenim blažjim posegom v ustavno pravico; poseg mora biti primeren za doseg želenega ustavno dopustnega cilja in mora biti sorazmeren v ožjem smislu. Slednje pa pomeni, da je pri presoji nujnosti potrebno upoštevati tudi pomembnost s posegom prizadete pravice v primerjavi s pravico, ki se s posegom želi zavarovati.

¹³⁴ F. Testen, 2002, Komentar Ustave Republike Slovenije, str. 196.

¹³⁵ P. Baucon, U-I-50/21-19, še eno nedokončano delo Ustavnega sodišča, 2021, str. 12–14.

5.3.2 Kršitev načela enakosti pred zakonom

Določba 2. člena Ustave RS je zelo tesno povezan z načelom sorazmernosti,¹³⁶ pravzaprav ima načelo sorazmernosti svoj temelj prav v tem členu.¹³⁷ Tako že *Wedam Lukić* zapiše, da je Ustavno sodišče RS načelo sorazmernosti uveljavilo kot eno temeljnih meril ustavnosodne presoje.¹³⁸ Določba 2. člena neposredno ne ureja človekovih pravic in temeljnih svoboščin, zato se na ta člen ne da sklicevati pri utemeljevanju ustavne pritožbe. Posameznik mora tako hkrati izkazati poseg v eno od ustavno zaščitenih človekovih pravic ali svoboščin, saj gre za temeljno ustavno načelo, katere vsebina se v sodnem postopku zrcali v posamezne človekove pravice.¹³⁹

Wedam Lukić je obravnavala tudi t. i. vprašanje »prave mere« v primerih presoje skladnosti zakonske določbe z načelom enakosti pred zakonom, ki je v Ustavi RS zagotovljena v 14. členu. Ustavno sodišče RS mora odgovoriti na vprašanje, kdaj gre za enaka razmerja,¹⁴⁰ ki jih je treba obravnavati enako, kdaj pa se med seboj toliko razlikujejo, da je dopustno različno obravnavanje. Pri tem pa tudi, v kolikšnem obsegu je različno obravnavanje enakih razmerij še ustavno dopustno in v katerih primerih pomeni enako obravnavanje različnih razmerij kršitev načela enakosti. Ustava RS na ta vprašanja ne daje dokončnega odgovora, zato je potrebno tehtati med različnimi, nasprotujočimi si argumenti in v vsakem primeru posebej odgovoriti na vprašanje, katera pravica ali pravno zavarovani interes ima večjo težo.¹⁴¹ Tudi v davčnih zadevah je potrebno kot merilo pri določanju bistveno enakih in bistveno neenakih primerov upoštevati predvsem ustavna načela.¹⁴² Najprej je potrebno opredeliti položaja, ki se ju primerja, ali torej gre za bistveno enake položaje, kjer se izhaja iz predmeta pravnega urejanja. Izbrano merilo razlikovanja mora biti v

¹³⁶ Gl. tudi J. Zobec, 2011, Komentar Ustave Republike Slovenije, str. 965.

¹³⁷ Tako že *Avbelj in Šturm* zapišeta: »Z vidika mednarodnopravne umeščenosti opredelitev RS kot pravne države pomeni ustavno zavezanost k političnemu sistemu, utemeljenemu na vladavini prava, ki ga najpomembnejši mednarodnopravni instrumenti vzpostavljajo kot univerzalni standard vladanja in upravljanja v svetu. Iz enakih izhodišč se napaja tudi pravo EU. PEU tako v svojem 2. členu poudarja, da EU, med drugim, temelji na vrednotah pravne države, ki so hkrati skupne vsem državam članicam«. M. Avbelj, L. Šturm, 2019, Komentar Ustave Republike Slovenije.

¹³⁸ D. Wedam Lukić, Načelo sorazmernosti v ustavnosodni presoji, 2009, str. 1350–1351.

¹³⁹ M. Avbelj, S. Bardutzky, A. Dežman, P. Farmany, A. Galič, F. Grad et al., Komentar Ustave Republike Slovenije, 2019.

¹⁴⁰ Odločba USRS sklep U-I-242/98 z dne 14. 3. 2002, ECLI:SI:USRS:2002:U.I.242.98, navaja, da ne gre za enostavno za splošno enakost vseh, pač pa za enako obravnavanje enakih dejanskih stanj.

¹⁴¹ D. Wedam Lukić, Načelo sorazmernosti v ustavnosodni presoji, 2009, str. 1350–1356.

¹⁴² A. Ferčič, Analiza ustavnosti ZDoh-1D, 2006, str. 666–687.

razumni povezavi s predmetom (različnega) pravnega urejanja. Predmet pravnega urejanja je tudi vrednostno merilo primerjave, glede na katero dva položaja primerjamo med seboj.

Ustavno sodišče RS terja od zakonskega ukrepa, da ima sredstvo razumno zvezo z njegovim motivom. Če se namen zakona ne dosega, je zakonodajalec izbral neustrezen ukrep. Ta razlog sam po sebi zadostuje za odločitev o neskladnosti izpodbijanih zakonskih določb z Ustavo RS. Na davčnem področju je sicer pomembno načelo zaupanja v pravo, vendar pa je pravzaprav omejitev tega načela z drugim (pod)načelom pravne države, tj. načelom prilagajanja prava družbenim razmeram, nujna. To načelo že od zakonodajalca terja, da zakonodajo prilagaja danim družbenim razmeram in jo tudi spreminja, če to narekujejo spremenjena družbena razmerja. Ustavno sodišče RS pa kot pomemben razlog za poseg v načelo zaupanja v pravo na davčnem področju vidi razlog ekonomske nezmožnosti države za pokrivanje prejemkov iz javnih sredstev.¹⁴³

Varovanje pravic iz 14. člena Ustave RS zavezuje vse nosilce javnih pooblastil v vertikalnih razmerjih, kakor tudi posameznike v horizontalnih razmerjih. Določba 14. člena je torej pomembna, saj zagotavlja pravico do enakopravnosti, ki po vsebini pomeni prepoved samovoljnega razlikovanja oz. diskriminacije. Tako se v komentarju k Ustavi RS pojasnjuje: »Različna obravnava enakih subjektov ter pravnih in dejanskih okoliščin pomeni poseg v pravico do enakopravnosti. Prav tako pa poseg v pravico do enakopravnosti pomeni tudi enaka obravnava različnih subjektov ter različnih pravnih in dejanskih okoliščin. V obeh primerih gre za kršitev pravice do enakopravnosti, torej za prepovedano diskriminacijo, razen če jo oblastveni organ lahko upraviči.«¹⁴⁴

Ustavno sodišče RS je v odločbi U-I-313/13-86¹⁴⁵ zapisalo, da mora biti davčno breme kolikor je mogoče enakomerno porazdeljeno med davčne zavezance. Poseg v premoženje davčnega zavezanca pa država upraviči prav z enako obremenitvijo davčnih zavezancev. Ustavno načelo enakosti pred zakonom tako predstavlja eno izmed jamstev, ki opredeljuje in omejuje zakonodajalčevo polje proste presoje na

¹⁴³ Povzeto po M. Avbelj, S. Bardutzky, A. Dežman, P. Farmany, A. Galič, F. Grad et al., 2019, Komentar Ustave Republike Slovenije.

¹⁴⁴ Prav tam.

¹⁴⁵ USRS odločba U-I-313/13-86 z dne 21. 3. 2014, ECLI:SI:USRS:2014:U.I.313.13.

davčnem področju. Iz ustavnega načela enakosti izhaja temeljno načelo davčnega prava – načelo davčne pravičnosti. Zahteva po enakomerni porazdelitvi davčnega bremena vključuje tudi upoštevanje neenakosti položaja davčnih zavezancev in tej sorazmerno različno obravnavo. To pa zato, ker se s tem lahko doseže vzpostavitev sorazmernosti med neenakimi in se na ta način vzpostavlja davčna enakost ter s tem enakost pred zakonom. Načelu enakosti pa ustreza samo takšna normativna različnost, ki ustreza različnosti dejanskih stanj, s tem da razlikovanje ne sme biti arbitrarno in mora predpis v okviru svojega namena izbrati sredstva, sorazmerna ugotovljeni različnosti položajev, ki so podlaga za normativno razlikovanje. Ni dovolj, da je izbrani kriterij razlikovanja v razumni povezavi s predmetom (različnega) pravnega urejanja. Tudi uporaba izbranega kriterija mora prestati preizkus razumnosti na način, da do konca izpelje logiko, ki upravičuje razlikovanje.¹⁴⁶ Na drugi strani pa skrajno pojmovanje enakosti, brez upoštevanja narave nekega dejanskega in pravnega položaja, lahko privede do neenakosti.¹⁴⁷ Načelo mora zagotavljati, da bo enakomernost v davčni obremenitvi v resnici učinkovala v vsakem posamičnem primeru odmere davka. Princip doslednosti,¹⁴⁸ ki naj zagotovi enakost dejanskega učinka davčne obremenitve, je zato bistveni sestavni del davčne enakosti. Podobno sta Ustavno sodišče RS in Vrhovno sodišče RS zapisala zadevah U-I-149/11¹⁴⁹ in X Ips 10/2018:¹⁵⁰ »Če zakonodajalec bistveno enake položaje ureja različno, mora za razlikovanje obstajati razumen razlog, ki izhaja iz narave stvari.«

Enakost se, kot smo zapisali že v zvezi s kršitvami nemške ustave, na davčnem področju kaže predvsem v tem, da je vsak dolžan prispevati k skupnim potrebam glede na merilo razlikovanja. Iz tega izhajata dve podnačeli, in sicer podnačelo splošnosti in podnačelo enakomerne porazdelitve davčnega bremena.¹⁵¹ Subjekti davke praviloma plačujejo glede na svojo ekonomsko (gospodarsko) sposobnost¹⁵²

¹⁴⁶ USRS odločba U-I-357/9, z dne 15. 3. 2001, ECLI:SI:USRS:2001:U.I.357.98, USRS sklep U-I-350/98 z dne 6. 4. 2000, ECLI:SI:USRS:2000:U.I.350.98, in USRS odločba U-I-46/05 11. 1. 2007, ECLI:SI:USRS:2007:U.I.46.05.

¹⁴⁷ USRS odločba U-I-57/92 z dne 3. 11. 1994, ECLI:SI:USRS:1994:U.I.57.92.

¹⁴⁸ Primerljivo VSRS sklep X Ips 133/2017 z dne 24. 10. 2018, ECLI:SI:VSRS:2018:X.IPS.133.2017, tč. 17.

¹⁴⁹ USRS odločba U-I-149/11 z dne 7. 6. 2012, ECLI:SI:USRS:2012:U.I.149.11.

¹⁵⁰ VSRS sodba X Ips 10/2018 z dne 14. 10. 2020, ECLI:SI:VSRS:2020:X.IPS.10.2018, tč. 22.

¹⁵¹ G. Ilić-Popov, 2000, Ekološki porezi, str. 291–298.

¹⁵² Gl. tudi R. Beiser, 2016, Steuern ein systematischer Grundriss, str. 30–32: »Iz načela plačevanja davkov po ekonomski sposobnosti je izvedenih več področnih načel, ki veljajo za posamezne vrste davkov. Najbolj tipično je t. i. neto (čisto) načelo na področju obdavčitve dohodkov. Obdavčljiv dohodek v ustavnem smislu je namreč le čisto povečanje premoženja v določenem obdobju, kar izključuje odhodke (stroške, izdatke), ki so potrebni za pridobivanje dohodka (objektivno neto načelo), in splošne stroške preživljanja zavezanca in oseb, ki jih je ta dolžan preživljati (subjektivno neto načelo). Le čisti prirast premoženja namreč odraža ekonomsko sposobnost zavezanca.«

(angl. ability to pay principle, nem. Leistungsfähigkeitsprinzip), kar zagotavlja enakost pred zakonom,¹⁵³ lahko pa zakonodajalec uvede tudi drugačen kriterij razlikovanja, npr. koristnost.¹⁵⁴

Tako kot smo ugotovili že za nemško ustavo (par. 3 GG), tudi Ustava RS (14. člen) izrecno ne ureja¹⁵⁵ načela plačevanja davkov po ekonomski sposobnosti, vendar pa se je Ustavno sodišče RS o tem že večkrat izreklo.¹⁵⁶ Objektivno neto načelo¹⁵⁷ je kot konkretnije davčno podnačelo plačevanja davkov po ekonomski sposobnosti uveljavljeno¹⁵⁸ tudi v Sloveniji,^{159, 160} izhaja pa tudi iz nekaterih odločitev Ustavnega sodišča RS (gl. odločbo U-I-77/94,¹⁶¹ U-I-296/95,¹⁶² U-I-332/97¹⁶³ in U-I-251/00.^{164, 165} Pri tem je treba razumeti, da nobeno od omenjenih davčnih načel ni absolutno, ampak so mogoči tudi odkloni v skladu z Ustavo RS.¹⁶⁶ Ne glede na to razvoj ustavnosodne prakse na davčnem področju kaže na vedno bolj dosledno upoštevanje načela plačevanja po sposobnosti in objektivnega neto načela.

¹⁵³ Gl. J. Englisch, *Ability to Pay*, 2014, str. 439–446.

¹⁵⁴ B. Koritnik, J. Podlipnik, *The Ability-to-Pay Principle As a Primarily Constitutional Basis for Tax Norms of a Financial Nature*, 2017.

¹⁵⁵ O tem tudi prav tam, str. 5.

¹⁵⁶ USRS odločba U-I-9/98 z dne 16. 4. 1998, ECLI:SI:USRS:1998:U.I.9.98, tč. 13, USRS odločba U-I-10/98 z dne 22. 4. 1999, ECLI:SI:USRS:1999:U.I.10.98, tč. 5, USRS odločba U-I-18/11 z dne 19. 1. 2012, ECLI:SI:USRS:2012:U.I.18.11, tč. 9, in USRS odločba U-I-313/13 z dne 21. 3. 2014, ECLI:SI:USRS:2014:U.I.313.13, tč. 44.

¹⁵⁷ Obdavči se lahko le neto prihodek (B. Škof, M. Wakounig, B. Tičar, S. Jerman, A. Kobal, A. Ferčič, 2007, *Davčno pravo*).

¹⁵⁸ Prim. sodbo, iz katere izhaja, da so stroški, ki znižujejo davčno osnovo predmet davčne politike: UPRS sodba I U 1248/2015 z dne 8. 11. 2016, ECLI:SI:UPRS:2016:I.U.1248.2015, tč. 15.

¹⁵⁹ VSRS sodba X Ips 367/2015 z dne 30. 8. 2017, ECLI:SI:VSRS:2017:X.IPS.367.2015: »Z vidika udejanjanja načela enake davčne obravnave kot temeljnega načela davčnega prava, ki velja tudi na področju obveznosti plačevanja davkov od dohodkov fizičnih in pravnih oseb, je nadalje pomemben tudi način opredelitve davčne osnove za plačilo dohodnine na podlagi pridobljenega dohodka. Pri tem pa je treba izhajati iz objektivnega neto načela obdavčitve, ki zagotavlja davčno pravičnost, ker terja, da se od dohodka odštejejo za njegovo pridobitev potrebni stroški, saj je le (pozitivna) razlika tista, ki dejansko pomeni povečanje premoženja (ekonomske moči) davčnega zavezanca.«

¹⁶⁰ Za razliko subjektivno neto načelo upošteva določene osebne okoliščine davčnih zavezancev in je pomembno zlasti pri dohodninskem davku. Gl. npr. UPRS sodba I U 1541/2017-10 z dne 30. 1. 2018, ECLI:SI:UPRS:2018:I.U.1541.2017.10 ter VSRS sklep X Ips 133/2017 z dne 24. 10. 2018, ECLI:SI:VSRS:2018:X.IPS.133.2017, tč. 18, kjer je sodišče kot način za doseg davčne pravičnosti preko načela zmožnosti plačevanja davkov uporabilo subjektivno neto načelo.

¹⁶¹ USRS odločba U-I-77/94 z dne 1. 12. 1994, ECLI:SI:USRS:1994:U.I.77.94.

¹⁶² USRS odločba U-I-296/95 z dne 27. 11. 1997, ECLI:SI:USRS:1997:U.I.296.95, tč. 11.

¹⁶³ USRS odločba U-I-332/97 z dne 19. 11. 1998, ECLI:SI:USRS:1998:U.I.332.97, tč. 9.

¹⁶⁴ USRS odločba U-I-251/00 z dne 23. 5. 2002, ECLI:SI:USRS:2002:U.I.251.00, tč. 20.

¹⁶⁵ Obdavči se dohodek, stroški pa ne. Vendar so mogoče razumne omejitve pri priznavanju stroškov oz. je mogoče stroške priznavati z različno strogostjo za doseganje ustavno dopustnih namenov davčnega sistema, ne le fiskalnega.

¹⁶⁶ J. Podlipnik, *Dohodninska obravnava naknadnih vplačil – davčnopolitično ali ustavnopravno vprašanje?*, 2017, str. 777.

Ustavno sodišče RS je glede ukrepov gospodarske politike zadržano in je na stališču, da ima zakonodajalec široko polje proste presoje,¹⁶⁷ vključno z davčno politiko.¹⁶⁸

Tudi Ustavno sodišče RS se bo verjetno po implementaciji obrestnega pravila iz 4. člena ATAD v slovenski pravni red soočilo z ustavno presojo. Kot smo videli iz obravnave obrestnega pravila na ravni EU in v Nemčiji, je pričakovati, da bo glavni očitke davčnih zavezancev povezan s kršitvijo drugega odstavka 14. člena Ustave RS.¹⁶⁹ Glavni izziv presoje bo povezan s tem, da za različna podjetja v različnih okoliščinah velja enako pravilo, kar lahko predstavlja vertikalno diskriminacijo, saj bi taka situacija lahko pomenila, da obrestno pravilo ni skladno z načelom plačevanja davka po načelu ekonomske sposobnosti.¹⁷⁰ Z obrestnim pravilom, če bo v slovenski pravni red implementirano na zgoraj opisani način, bi lahko bilo kršeno objektivno neto načelo. Neobstoj različne obravnave davčnih zavezancev pri porazdelitvi davčnega bremena, ki so različni in delujejo v različnih okoliščinah, bi lahko predstavljalo kršitev pomembnega davčnega načela obdavčitve po sposobnosti plačila davkov.¹⁷¹

V primeru splošnega načela enakosti pred zakonom iz drugega odstavka 14. člena Ustave RS nista potrebna pogoja neizogibnosti in sorazmernosti v ožjem smislu, ampak zadošča že, da ukrep ni arbitraren in da zanj obstaja razumen razlog.^{172, 173} Zgoraj opisano nerazlikovanje različnih davčnih zavezancev, ki delujejo v različnih

¹⁶⁷ USRS odločba U-I-313/13 z dne 21. 3. 2014, ECLI:SI:USRS:2014:U.I.313.13, tč. 43, in tudi: »V to polje sodi izbira predmeta obdavčitve, ki zato tudi praviloma ni predmet ustavne in sodne presoje. Prav tako ni predmet sodne presoje opustitev drugih možnih predmetov obdavčitve. Te zakonodajalčeve odločitve, če so pogojene s finančnopolitičnimi, narodnogospodarskimi, socialnopolitičnimi, pa tudi davčnotehničnimi motivi, ne prizadevajo ustavnega načela enakosti pred zakonom, četudi imajo skladno izbranemu predmetu obdavčitve za posledico različno davčno obremenitev posameznikov, ki pa ni nedopustno nesorazmerna.«

¹⁶⁸ USRS odločba U-I-59/03 z dne 13. 5. 2004, ECLI:SI:USRS:2004:U.I.59.03.

¹⁶⁹ Primerljivo 3. členu GG.

¹⁷⁰ *Koritnik in Podlipnik* pravzaprav ugotavljata, da se merilo ekonomske moči uporabi na točno določen trenutek v času (B. Koritnik, J. Podlipnik, 2017, *The Ability-to-Pay Principle As a Primarily Constitutional Basis for Tax Norms of a Financial Nature*, str. 7).

¹⁷¹ VSRS sklep X Ips 133/2017 z dne 24. 10. 2018, ECLI:SI:VSRS:2018:X.IPS.133.2017, tč. 18: »Temeljni kriterij obdavčitve posameznikova zmožnost plačevanja davkov, ki se v primeru dohodnine (davka od dohodka) odraža skozi višino njegovega razpoložljivega dohodka.«

¹⁷² L. Šturm, F. Arhar, K. Plauštajner, V. Rijavec, L. Toplak, M. Blaha et al., 2002, *Komentar Ustave Republike Slovenije*; M. Bošnjak, M. Cerar, A. Kmecl, N. Kogovšek, T. Kuzmanič, T. Strojan, 2005, *Enakost in diskriminacija*, str. 47. Gl. tudi npr. USRS odločba U-I-177/15 z dne 5. 5. 2016, ECLI:SI:USRS:2016:U.I.177.15, tč. 8; USRS odločba U-I-220/14-11 z dne 12. 11. 2015, ECLI:SI:USRS:2015:U.I.220.14, tč. 40.

¹⁷³ Nasprotno *Koritnik in Podlipnik*, ki menita, da je oddaljitev od načela plačevanja davkov po sposobnosti lahko ustavno dopustno, če preстане strogi test sorazmernosti, saj je potrebno upoštevati različna etična načela, ki so si lahko med seboj v konfliktu (B. Koritnik, J. Podlipnik, *The Ability-to-Pay Principle As a Primarily Constitutional Basis for Tax Norms of a Financial Nature*, 2017, str. 7).

okolščinah (vertikalna diskriminacija), bi bilo lahko torej ustavno dopustno, če bi obrestno pravilo prestalo test arbitrnosti,¹⁷⁴ kar pomeni, da bi lahko upravičeno trdili, da za tako nerazlikovanje obstaja razumen razlog, ki izhaja iz narave stvari (U-I-147/12).¹⁷⁵ Vertikalna diskriminacija mora služiti ustavno dopustnemu cilju, ta pa mora biti v razumni povezavi s predmetom urejanja v predpisu in je takšen ukrep primerno sredstvo za doseg tega cilja. Kot smo zapisali, ima obrestna omejitev ATAD primarni cilj in namen omejevati prakse, s katerimi podjetja (skupine) premikajo dobičke skozi plačila obresti z davčnim izogibanjem, kar samo po sebi predstavlja dopustno omejitev zaradi varstva javne koristi (15. člen Ustave RS). Vendar pa bi ob implementaciji obrestnega pravila v slovenski pravni red za vse davčne zavezance veljal enak kriterij plačevanja presežnih obresti - neto obresti v razmerju do EBITDA. Osnovni kriterij, ki bo implementiran tudi v slovensko zakonodajo, pa nima sposobnosti, da bi *de facto* ločeval med zlorabami in pristinimi transakcijami. Obstaja možnost za presojo, da izbrani kriterij (osnovno obrestno pravilo) ne bo razumno povezan s ciljem, saj zdrave transakcije zadane enaka pravna posledica kot zlorabe. Obrestno pravilo bi lahko pomenilo kršitev načela plačevanja davkov po ekonomski sposobnosti in izpeljanega objektivnega neto načela, o čemer se je slovenska sodna praksa že izrekla. Ob dejstvu, da bo lahko poseg hkrati kršil načelo vertikalne pravičnosti ter davčna načela, ki so postala merilo enakosti plačevanja v Sloveniji, ter da transakcije same po sebi ne predstavljajo zlorabe, ko presežejo obrestno pravilo, se zdi ukrep nesorazmeren cilju, ki se bo želel doseči. Domneva, na kateri temelji obrestno pravilo, namreč je, da presežek obresti predstavlja zlorabo. Po moji oceni bi moral predlagatelj zakona izkazati, kako realna je ta domneva oz. v kolikšnem deležu ima domneva realno osnovo, saj bi bilo ob visokem deležu zlorab mogoče trditi, da bo ukrep v večini primerov dosegel namen in je delež primerov, ki dejansko niso zlorabe, zanemarljivo majhen. Opcija prenosa presežnih obresti v bodoča obdobja celo izpodbija domnevo, da so presežne obresti zloraba. Res pa je, da takšen prenos presežnih neto obresti naprej pravzaprav dopušča možnost, da so presežne obresti slučajnost nekega obdobja, a hkrati predstavlja kontradiktornost, saj so v konkretnem davčnem obdobju presežne obresti že bile predpostavljene kot zloraba, ki ima namen v pridobitvi davčne ugodnosti.

¹⁷⁴ Glede na to, da predstavlja kršitev načela enakosti očita kršitev drugega odstavka 14. člena Ustave RS, se glede na dosedanjo sodno prakso, vključno z upoštevanjem stališč prej citiranih avtorjev zdi (gl. zgoraj op. 172), da bo Ustavno sodišče RS bolj verjetno uporabilo test arbitrnosti.

¹⁷⁵ USRS odločba U-I-147/12 z dne 29. 5. 2013, ECLI:SI:USRS:2013:U.I.147.12, tč. 19.

5.3.3 Kršitev svobodne gospodarske pobude

Glede svobodne gospodarske pobude, ki jo zagotavlja Ustava RS v 74. členu, Zabel zapiše, da gre za varstvo pravic, ki jih lahko omejijo z oblastnimi akti država ali lokalne skupnosti.¹⁷⁶ Omejevanje svobodne gospodarske pobude s predpisi je dopustno le, če je to nujno zaradi varovanja javne koristi.¹⁷⁷ Takšno ravnanje mora izpolnjevati pogoje primernosti, sorazmernosti,¹⁷⁸ trajnosti in določnosti¹⁷⁹ in ne sme kršiti načela enakopravnosti subjektov. Pri tem pa je potrebno tudi ugotoviti, da pojem svobodne gospodarske pobude ni definiran.¹⁸⁰ Zabel¹⁸¹ pojem svobodne gospodarske pobude razume kot določene možnosti gospodarskih subjektov, ki se svobodno odločajo, ali bodo in kako bodo opravljali gospodarsko dejavnost. Iz zadeve U-I-59/03¹⁸² izhaja opredelitev, po kateri gre za svobodno ustanovitev gospodarskega subjekta (pod zakonskimi pogoji), njegovo vodenje v skladu z ekonomskimi načeli (upoštevaje prisilne predpise), svobodno izbiro dejavnosti, s katero gospodarski subjekti uresničujejo svoje pridobitne interese v konkurenci na tržišču, izbiro poslovnih partnerjev ipd., ne glede na velikost, statusno obliko ali druge značilnosti.

Pravica iz 74. člena Ustave RS¹⁸³ za uresničitev s strani subjektov potrebuje predhodno ureditev v zakonu. Zakonodajalec mora upoštevaje prvi stavek 74. člena Ustave RS najprej določiti pravnoorganizacijske oblike za opravljanje gospodarske dejavnosti in pogoje za njeno opravljanje. Postavi se vprašanje, ali je zakonodajalec predpisal način izvrševanja pravice do svobodne gospodarske pobude¹⁸⁴ ali pa je

¹⁷⁶ B. Zabel, Svobodna gospodarska pobuda v praksi Ustavnega sodišča, 2009, str. 685–708.

¹⁷⁷ Zabel zapiše: »Niti kakšna odločba US niti predpisi niso oblikovali splošnega pojma javne koristi. Gre za pravni standard, katerega vsebina je odvisna od konkretnih okoliščin.« B. Zabel, prav tam, str. 685–708.

¹⁷⁸ Uporablja se enak test kot v primerih posegov v druge človekove pravice in temeljne svoboščine, tj. test sorazmernosti, kot navajajo L. Šturm, F. Arhar, K. Plauštajner, V. Rijavec, L. Toplak, M. Blaha et al., 2002, Komentar Ustave Republike Slovenije.

¹⁷⁹ Tako že Zabel napotuje na odločbo USRS U-I-220/03 z dne 13. 10. 2004, ECLI:SI:USRS:2004:U.I.59.03, ki navaja, da je »Načelo določnosti in jasnosti predpisa eno od načel pravne države«, in na odločbo USRS U-I-277/05 z dne 9. 2. 2006, ECLI:SI:USRS:2006:U.I.277.05, ki navaja, da je: »Norma nejasna, kadar se z u staljenimi metodami razlage pravnim norm ne da ugotoviti njene vsebine«. Gl. B. Zabel, Svobodna gospodarska pobuda v praksi Ustavnega sodišča, 2009, str. 685–708.

¹⁸⁰ Prav tam, str. 685–708.

¹⁸¹ Prav tam, str. 685–708.

¹⁸² USRS odločba U-I-59/03 z dne 13. 5. 2004, ECLI:SI:USRS:2004:U.I.59.03, tč. 7.

¹⁸³ Omeniti velja USRS sklep U-I-113/04 z dne 7. 2. 2007, ECLI:SI:USRS:2007:U.I.113.04, v zvezi z varstvom svobodne gospodarske pobude po pravu EU. Po mnenju Ustavnega sodišča RS pravica opravljati gospodarsko dejavnost po pravu EU po vsebini ustreza pravici iz 74. člena Ustave RS.

¹⁸⁴ Gl. drugi odstavek 15. člena Ustave RS.

svobodno gospodarsko pobudo omejil.¹⁸⁵ Če gre za določitev načina izvrševanja pravice, mora imeti zakonodajalec le razumen razlog, kar izhaja iz odločbe U-I-280/05.¹⁸⁶ Če pa gre za omejitev svobodne gospodarske pobude, je zakonodajalec podvržen testu sorazmernosti, ki dovoljuje v pravico poseči le toliko, kolikor je potrebno zaradi varovanja javne koristi.¹⁸⁷ Meja med načinom izvrševanja in njeno omejitvijo je gibljiva in težko določljiva.¹⁸⁸ Ko gre za intenzivno zoženje podjetniške svobode, gre običajno za omejitev pravice do svobodne gospodarske pobude. Manj intenzivno omejevanje pa pomeni zakonodajalčevo izvrševanje pooblastila iz drugega odstavka 15. člena Ustave RS.¹⁸⁹

Pri prekomernih omejitvah¹⁹⁰ konkurence, kar lahko pomeni tudi dajanje ugodnosti le nekaterim, gre praviloma za kršitev prvega odstavka 74. člena Ustave RS.¹⁹¹

Ustavno sodišče RS je v odločbi U-I-322/97¹⁹² v zvezi z razlikovanjem med povezanimi in nepovezanimi osebami glede drugačnega načina določanja davčne osnove presodilo, da: »Določitev davčne osnove na način, ki naj izenači konkurenčni položaj gospodarskih subjektov na trgu in prepreči izogibanje davčnim obveznostim, predstavlja dopustno omejitev svobodne gospodarske pobude. To pa pomeni, da je tudi očitok o neskladnosti s prvim odstavkom 74. člena Ustave neutemeljen.«

Vprašanje svobodne gospodarske pobude je v osnovi povezano z omejevanjem dejavnosti nekega subjekta oz. subjektov s primerljivimi značilnostmi glede na preostale.¹⁹³ Iz slovenske sodne prakse je razvidno, da so pravzaprav 2., 14. in 74. člen Ustave RS pri testiranju tanke kapitalizacije zatrjevani sočasno. Konkretno navedbe kršitev Ustave RS v zvezi s svobodno gospodarsko pobudo glede obrestnega pravila bodo odvisne od implementacije izjem. Vendar pa bo primerljivo

¹⁸⁵ M. Avbelj, S. Bardutzky, I. Bele, M. Blaha, M. Cerar, J. Čebulj et al., 2011, Komentar Ustave Republike Slovenije.

¹⁸⁶ USRS sklep U-I-280/05 z dne 18. 1. 2007, ECLI:SI:USRS:2007:U.I.280.05.

¹⁸⁷ USRS odločba U-I-163/05 z dne 27. 10. 2005, ECLI:SI:USRS:2005:U.I.163.05.

¹⁸⁸ USRS odločba U-I-66/08 z dne 11. 12. 2008, ECLI:SI:USRS:2008:U.I.66.08.

¹⁸⁹ M. Avbelj, S. Bardutzky, I. Bele, M. Blaha, M. Cerar, J. Čebulj et al., 2011, Komentar Ustave Republike Slovenije.

¹⁹⁰ Podrobneje gl. npr. USRS odločba U-I-91/98 z dne 16. 7. 1999, ECLI:SI:USRS:1999:U.I.91.98.

¹⁹¹ USRS odločba U-I-211/00 z dne 22. 1. 2004, ECLI:SI:USRS:2004:U.I.211.00.

¹⁹² USRS odločba U-I-322/97 z dne 9. 12. 1999, ECLI:SI:USRS:1999:U.I.322.97.

¹⁹³ V Nemški sodišča subsumirajo pravico do svobodne gospodarske pobude pod bolj splošna ustavna načela kot je prvi odstavek par. 12 GG – svobodna izbira poklica. Gl. npr. nemško Ustavno sodišče, Steinmetz-Wettbewerb (BVerfG – 1 BvR 170/71). V poštev pride še par. 14 GG, ki varuje zasebno lastnino. Tako A. Hänlein, A. Roßnagel, 2011, *Wirtschaftsverfassung in Deutschland und Europa*, str. 282.

sedanji ustavnosodni praksi presoja svobodne gospodarske pobude povezana s testom sorazmernosti (razumnosti) in različnosti konkurenčnih položajev ter s tem kršitev prvega odstavka 74. člena Ustave RS.

6 Pravilo obrestne omejitve *de lege ferenda*

S 1. 1. 2024 bo zakonodajalec implementiral obrestno pravilo. Na podlagi analize pričujočega prispevka sem mnenja, da naj zakonodajalec glede osnovnega obrestnega pravila uvede omejitvev neto obresti s 30-odstotno vezavo na EBITDA. Uvedba skupinskega pravila je smiselna, saj pripomore k odpravi dvojne ekonomske obdavčitve povezanih podjetij, Sodišče EU pa je izreklo, da ni v konfliktu z uravnoteženo alokacijo davčnih pravic, vendar mora veljati enako za notranje kot čezmejne transakcije. Prenos presežnih neto obresti naprej za nedoločen čas se zdi smiselna rešitev, saj implementacija te opcije pravzaprav vzpostavlja domnevo, da so občasne presežne obresti (lahko) zgolj slučajnost. Smiselno enak razlog za uveljavitev pravila velja za prenos presežnega EBITDA pet let naprej. Navkljub pravkar navedenemu razlogu za implementacijo obeh opcij prenosa naprej, ni nujno, da bo konkretno podjetje, ki stalno presega osnovno obrestno omejitvev, lahko uporabilo katero od navedenih opcij. Hkrati pa po mojem mnenju opcija prenosa presežnih obresti naprej izpodbija samo bistvo namena obrestne omejitve, saj se presežne obresti v nekem trenutku ne priznajo, ker jih ATAD obravnava kot zlorabo z namenom pridobiti davčno ugodnost. Izključitev iz osnovnega pravila, kot lahko velja za samostojno podjetje in *de minimis*, se zdi kontradiktorna, saj bi takšne davčne zavezance lahko doseglo osnovno pravilo, ki temelji na domnevi, da preseganje obrestne meje predstavlja zlorabo. Izločitev samostojnih podjetij in vseh podjetij do meje *de minimis* ne prispeva k bolj uravnoteženi alokaciji davčnih pravic med državami članicami. Po drugi strani pa uveljavitev izjeme samostojnega podjetja preprečuje možnost, da bi čezmejne transakcije v povezavi s skupinskim pravilom prišle v boljši položaj kot domača samostojna podjetja. Razlog, da kljub navedenemu zagovarjam izjemo samostojnega podjetja in pravilo *de minimis* ter s tem izvzem iz dosega bodočega slovenskega obrestnega pravila, je v administrativni učinkovitosti ter primerljivosti z drugimi državami članicami. Smiselna se zdi tudi izstopna klavzula, kot jo pozna nemški davčni sistem, saj lahko posamično podjetje na takšen način parcialno finančno politiko izenači s skupinsko brez davčnih posledic.

7 Zaključek

Pričakovane odločitve Sodišča EU, vezane na ATAD, bodo najverjetneje v veliki meri sledile dosednji sodni praksi, kar pomeni, da bo Sodišče EU zlorabe po ATAD zelo verjetno razlagalo po zelo visokem standardu »popolnoma umetnih shem«. Kot smo videli, obrestno pravilo posega tudi v povsem komercialno utemeljene transakcije, ki ne pomenijo zlorabe. Hkrati različna podjetja v različnih okoliščinah obravnava enako in krši temeljna davčna načela plačevanja davkov po ekonomski sposobnosti in objektivno neto (pod)načelo. Kriterij za delitev transakcije na zdrave in tiste, ki imajo namen v zlorabi z namenom pridobiti davčne ugodnosti, je sama obrestna omejitev. Zdi se, da ukrep, ki povzroča vertikalno diskriminacijo, ni sorazmeren cilju oz. namenu pravila. Menim, da 4. člen ATAD ni najbolj odporen na test razloga oz. motiva (sorazmernost, namen zlorabe, alokacija davčnih pravic znotraj držav članic), kar lahko pomeni neskladnost obrestnega pravila s primarnim pravom EU.

Večina držav članic ima davčni sistem zasnovan na neto davčnem načelu, ki terja, da so povezani stroški s prihodki priznani v neomejenem obsegu, zato zakonodajalec¹⁹⁴ krši takšno načelo brez razumne in stvarne utemeljitve, ki mora biti obvezno podana.¹⁹⁵ Tako bo imel nemški primer, kjer smo videli, da zaradi kršitve objektivnega neto načela verjetno prihaja do kršitve nemške ustave, velik vpliv tudi na ostale države članice.

Na podlagi pregleda slovenske sodne prakse, predvsem sodb Ustavnega sodišča RS, ugotavljam, da sta tudi v Sloveniji preko ustavnosodne prakse načelo sposobnosti plačila davkov ter objektivno neto načelo postali merili enakega obravnavanja v davčnih zadevah. Ker bo obrestno pravilo zajelo tudi povsem ekonomsko upravičene transakcije, kar je nasprotno od tistega, zaradi česar se bo pravilo v skladu z ATAD implementiralo, se ukrep zdi nesorazmerno oddaljen od cilja in posledično potencialno neustaven.

¹⁹⁴ S. Lampert, T. Meickmann, M. Reinert, Article 4 of the EU Anti Tax Avoidance Directive in Light of the Questionable Constitutionality of the German "Interest Barrier" Rule, 2016, str. 323 in 325.

¹⁹⁵ A. P. Dourado, The Interest Limitation Rule in the Anti-Tax Avoidance Directive (ATAD) and the Net Taxation Principle, 2017, str. 114–115, in S. Lampert, T. Meickmann, M. Reinert, Article 4 of the EU Anti Tax Avoidance Directive in Light of the Questionable Constitutionality of the German "Interest Barrier" Rule, 2016, str. 325.

Literatura

- Aaltonen, Elisa, GAAR of the Anti-Tax Avoidance Directive: Interpretation and Effects on the Finnish GAAR of VML SEC. 28, Master's thesis, University of Helsinki, Helsinki 2017.
- Avbelj Matej, Bardutzky Samo, Bele Ivan, Blaha Miran, Cerar Miro, Čebulj Janez et al., Komentar Ustave Republike Slovenije: dopolnitev - A, Fakulteta za državne in evropske študije, Kranj 2011.
- Avbelj, Matej, Bardutzky Samo, Dežman Aljoša, Farmany Polona, Galič Aleš, Grad Franc et al. Komentar Ustave Republike Slovenije, Nova univerza, Evropska pravna fakulteta, Nova Gorica 2019.
- Beiser, Reinhold, Steuern ein systematischer Grundriss, Facultas, Dunaj 2016.
- Berglund Martin, Ceje Katia, Basics of International Taxation: From a Methodological Point of View, Iustus Forlåg, Uppsala 2014.
- Baerentzen Susi, Danish Cases on the Use of Holding Companies for Cross-Border Dividends and Interest: A New Test to Disentangle Abuse from Real Economic Activity?, World Tax Journal, Let. 12 (2020), št. 1, str. 3–52.
- Baucon Primož, U-I-50/21-19, še eno nedokončano delo Ustavnega sodišča, Pravna praksa, Let. 40 (2021), št. 17-18, str. 12–14.
- Bizioli Gianluigi, Taking EU Fundamental Freedoms Seriously: Does the Anti-Tax Avoidance Directive Take Precedence Over the Single Market?, EC Tax Review, Let. 26 (2017), št. 3, str. 167-175.
- Bošnjak Marko, Cerar Miro, Kmecl Andrej, Kogovšek Neža, Kuzmanić Tonči, Strojjan Tatjana, Zagorac Dean (ur.), Enakost in diskriminacija: Sodobni izzivi za pravosodje, Mirovni inštitut - inštitut za sodobne družbene in politične študije, Ljubljana 2005.
- Breinersdorfer Stefan, Abzugsverbot und objektives Nettoprinzip – Neue Tendenzen in der verfassungsrechtlichen Kontrolle des Gesetzgebers, Deutsches Steuerrecht, Let. 49 (2010), št. 49, str. 2492 – 2497.
- Breuer Almut, The Interest Limitation Rule of the Proposed EU Anti-Tax Avoidance Directive: A Violation of the German Constitution?, Kluwer International Tax Blog 2016. URL: <http://kluwertaxblog.com/2016/03/02/the-interest-limitation-rule-of-the-proposed-eu-anti-tax-avoidance-directive-a-violation-of-the-german-constitution/?print=print>. (25. 8. 2021).
- Colombaioni Gabriele, Compatibility with EU Law of Rules Limiting the Deductibility of Interest and Other Financial Payments, v: Limiting Base Erosion (1. izdaja), E. Pinetz, E. Schaffer, Linde Verlag, Dunaj 2017.
- De Broe, Luc, International Tax Planning and Prevention of Abuse: A Study Under Domestic Tax Law, Tax Treaties and EC Law in relation to Conduit and Case Companies, IFBD Doctoral Series, Amsterdam 2008.
- De Graaf Arnaud, Visser, Klaas-Jan, ATA Directive: Some Observations Regarding Formal Aspects, EC Tax Review, Let. 25 (2016), št. 4, str. 199 – 210.
- Doralt Werner, Ruppe Hans G., Mayr Gunter, Grundriss des Österreichischen Steuerrechts Band I (11. izdaja), MANZ Verlag, Dunaj 2013.
- Douma Sjoerd, Limitations on Interest Deduction: An EU Law Perspective, British Tax Review, Let. (2015), št. 3, str. 364–378.
- Dourado Ana Paula, The Interest Limitation Rule in the Anti-Tax Avoidance Directive (ATAD) and the Net Taxation Principle, EC Tax Review, Let. 26 (2017), št. 3, str. 112–121.
- Englisch Joachim, Ability to Pay, v: Principles of Law: Function, Status and Impact in EU Tax Law, C. Brokelind (ur.), IBFD, Amsterdam 2014.
- Englisch Joachim, The Danish Tax Avoidance Cases: New Milestone in the Court's Anti-Abuse Doctrine, Common Market Law Review, Let. 57 (2020), št. 2, str. 528 – 530.
- Ferčič Aleš, Analiza ustavnosti ZDoh-1D: prehodni režim za obdavčitev dobička iz kapitala, Podjetje in delo, Let. 32 (2006), št. 3-4, str. 666– 687.
- García Prats Francisco Alfredo, The 'Abuse of Tax Law': Prospects and Analysis, University of Valencia 2010, str. 118-122. URL:

- https://www.researchgate.net/publication/255698380_The_%27Abuse_of_Tax_Law%27_Prospects_and_Analysis (30. 7. 2021).
- Ginevra Guglielmo, The EU Anti-Tax Avoidance Directive and the Base Erosion and Profit Shifting (BEPS) Action Plan: Necessity and Adequacy of the Measures at EU Level, *Intertax*, Let. 45 (2017), št. 2, str. 120, 120–137.
- Hänlein Andreas, Roßnagel Alexander, *Wirtschaftsverfassung in Deutschland und Europa*, Kassel University press GmbH, Kassel 2011.
- Helminen, Marjaana, *EU Tax Law -Direct Taxation*, IBFD, Amsterdam 2017.
- Iglesias, Gil Carlos Rodriguez, *Der Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften als Verfassungsgericht Europarecht*, Založba, Mesto izdaje 1992.
- Hilling Maria, Justifications and Proportionality: An Analysis of the ECJ's Assessment of National Rules for the Prevention of Tax Avoidance, *Intertax*, Let. 41 (2013), št. 5, str. 294-307.
- Ilić-Popov, Gordana, *Ekološki porezi, Savet projekta Konstituisanje Srbije kao pravne države*, Beograd 2000.
- Kollruss Thomas W, The Freedom of Cross-Border Funding in Multinational Groups and European Union Law, *Nordic Tax Journal*, Let. 2022 (2022), št. 1, str. 58–70. URL: <https://sciendo.com/de/article/10.2478/ntaxj-2020-0003> (5. 9. 2021).
- Koritnik Boštjan, Podlipnik, Jernej, The Ability-to-Pay Principle As a Primarily Constitutional Basis for Tax Norms of a Financial Nature, v: *Izzivi ustavnega prava v 21. stoletju: liber amicorum Ciril Ribičič, M. Žgur, N. Kogovšek Šalomon, B. Koritnik (ur.)*, Inštitut za lokalno samoupravo in javna naročila: Litteralis, Maribor 2017. URL: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3038649 (9.9.2021).
- Künnapas Kaido, Dysfunctionality From the Sovereignty Conflict in the ATAd GAAR, *TalTech Journal of European Studies*, Let. 10 (2020), št. 1, str. 97–122. URL: <https://sciendo.com/article/10.1515/bjes-2020-0006> (20. 8. 2021).
- Lampert Steffen, Meickmann Till, Reinert Maria, Article 4 of the EU Anti Tax Avoidance Directive in Light of the Questionable Constitutionality of the German "Interest Barrier" Rule, *European Taxation*, Let. 56 (2016), št. 8, str. 323-327.
- Lang Joachim, English Joachim, A European Tax Order Based on Ability to Pay, v: *International Tax Law, A. Amatucci (ur.)*, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn 2006.
- Keuthen, Markus, *Die Vermeidung der juristischen Doppelbesteuerung im EG-Binnenmarkt, Die Vereinbarkeit der Anrechnungs- und der Freistellungsmethode mit den EG-Grundfreiheiten*, Duncker & Humblot Verlag, Berlin 2009.
- Kiehne, Hans-Erich, *Grundrechte und Steuerordnung in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts*, C.F. Müller Verlag, Heidelberg 2004.
- Mikelsons Gundega, The Binding Force of the Case Law of the Court of Justice of the European Union, *Jurisprudencija: Mokslo darbu žurnals*, L. University of Latvia, Faculty of Law, Let. 20 (2013), št. 2, str. 469–495. URL: <https://repository.mruni.eu/bitstream/handle/007/10706/966-1815-2-PB.pdf?sequence=3&isAllowed=y> (15. 8. 2021).
- Meyer Caroline, Art. 4 ATAD: How the Interest Limitation Rule of the ATAD Aligns with the Freedoms of the TFEU and National Constitutions, Master's thesis, Uppsala universitet, Uppsala 2018.
- Novak Janez, Načeli sorazmernosti in pro rata temporis, *Podjetje in delo*, Let. 40, št. 3-4, str. 447.
- Pecin, Suzana, Načelo nadrejenosti prava Evropske unije skozi prizmo odločb najvišjih sodišč v državah članicah Evropske unije, *Doktorska disertacija*, Univerza v Ljubljani, Ljubljana 2020. URL: <https://repozitorij.uni-lj.si/IzpisGradiva.php?lang=slv&id=115219> (18. 8. 2021).
- Piantavigna Paolo, Tax Abuse in European Union Law: A Theory, *EC Tax Review*, Let. 20 (2011), št. 3, str. 134–147.
- Podlipnik Jernej, Dohodninska obravnava naknadnih vplačil – davčnopolitično ali ustavnopravno vprašanje?, *Podjetje in delo*, Let. 43 (2017), št. 5, str. 777.

- Škof Bojan, Wakounig Marian, Kobal Aleš, Tičar Bojan, Jerman Saša, Ferčič Aleš, Davčno pravo, Pravna fakulteta: Davčno-finančni raziskovalni inštitut, Maribor 2007.
- Šturm Lovro, Arhar France, Plauštajner Konrad, Rijavec Vesna, Toplak Ludvik, Blaha Miran et al., Komentar Ustave Republike Slovenije, Fakulteta za podiplomske državne in evropske študije, Ljubljana 2002.
- Terra Ben J.M., Wattel Peter J., European Tax Law (6. izdaja), Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn 2012.
- Thiel, Servaas van, Justification in Community Law for Income Tax Restrictions on Free Movement: Acte Clair Rules That Can Be Readily Applied by National Courts – Part 1, European Taxation 6, IBFD, Amsterdam 2008.
- Tipke Klaus, Lang Joachim, Steuerrecht, Dr. Otto Schmidt, Köln 2013.
- Wagner, Christoph, Steuergleichheit unter Standortvorbehalt? Verfassungsrechtliche Grenzen einer ungleichen Einkommensbesteuerung von Kapital und Arbeit, Peter Lang Verlag, Berlin 2010.
- Wattel Peter J., Vermeulen Hein, Marres Otto, European Tax Law, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn 2017.
- Wedam Lukić Dragica, Načelo sorazmernosti v ustavnosodni presoji, Podjetje in delo, Let. 35 (2009), št. 6-7, str. 1350–1356.
- Zabel Bojan, Svobodna gospodarska pobuda v praksi Ustavnega sodišča, Podjetje in delo, Let. 35 (2009), št. 3-4, str. 685–708.
- OECD, Limiting Base Erosion Involving Interest Deductions and Other Financial Payments, Action 4 - 2015 Final Report, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris 2015.
- CFE Tax Advisers Europe Office (2021), Opinion Statement ECJ-TF 1/2021 on the CJEU Decision of January 20, 2021, in Case C-484/19, Lexel AB, Concerning the Application of Swedish interest deductibility rules. URL: https://taxadviserseurope.org/wp-content/uploads/2021/04/CFE-ECJ-TF-1-2021_Lxel.pdf (9. 9. 2021).

SUMMARY

As of 1 January 2019, EU Member States were obliged to implement the interest limitation rule on the basis of the Anti-Tax Avoidance Directive (ATAD). Some Member States, including Slovenia (with a comparatively effective thin capitalization rule) must implement interest limitation rule by 1 January 2024 at the latest. The purpose of this paper is to demonstrate what legal dilemmas are present at EU level regarding the interest limitation rule, particularly in terms of its compliance with EU primary law, and we will shed light on the issue using case law from the Court of Justice of the EU, which will be followed by a discussion on the possible unconstitutionality of the interest limitation rule in Germany. European legal scholarship already addressed both topics, thus we present our own construction based on prior research but rather with some novel thoughts on the interest limitation rule. The purpose of this paper is also to analyze the legal dilemmas that will likely arise as a result of the implementation of the interest limitation rule in Slovenia.

On the basis of recent judgments, it is already possible to make more reliable interpretations of the current positions of the Court of Justice of the EU on the interest limitation rule. The interest limitation rule does not differentiate between internal and cross-border transactions, but certain exceptions (standalone entity, group rule) can potentially lead to cross-border discrimination, and differences can also occur on the basis of disguised discrimination. With greater difficulty, the interest limitation rule is encountered when it is judged through a test of reason or motive. The rule encounters the problem of proportionality, discrimination of different taxpayers and justification of public benefit through the existence of abuse and balanced allocation of tax rights. Despite the EU's efforts to harmonize certain concepts in the field of direct taxation, the large number of exceptions to the interest limitation rule does not seem to lead to full uniformity of this rule at EU level.

Furthermore, the paper demonstrates the potential unconstitutionality of the interest limitation rule in Germany. The analysis shows that the interest limitation rule conflicts with tax principles, which have become the norm of justice or equal treatment of taxable persons as a result of the judgments of the German Constitutional Court. Consequently, a breach of tax principles may lead to the unconstitutionality of the interest limitation rule.

In the last part, we examine court decisions in Slovenia regarding the valid thin capitalization rule. The Constitutional Court of Slovenia assessed the valid thin capitalization from the point of view of the following articles of the Constitution of the Republic of Slovenia, namely Article 2 - legal principles, Article 14 (2) - equality before the law and Article 74 (1) - free economic initiative. The decision of the Constitutional Court was in fact consistent, namely that the distinction between related and unrelated persons is based on their different legal and factual situation, as related persons can potentially avoid paying tax liabilities by shifting profits, so the pursued goal is constitutionally permissible and a reasonable means of achieving this objective, thereby also leveling the competitive position of economic operators.

The presented analysis of the interest limitation rule at the EU level and in Germany regarding the expected implementation of the interest limitation rule directs us to research previous judgments of the Slovenian Constitutional Court, which are related to the principle of paying tax based on economic capacity and objective net principle. We find that the Constitutional Court has ruled on this several times. Both tax principles are established as a criterion for equal treatment of taxpayers in Slovenia, but not in absolute terms, for it is necessary to perform a proportionality test in relation to the goal to be achieved. The aim of article 4 is justified in ATAD as a means of preventing the erosion of the tax base and profit shifting used mainly by multinationals. In a broader sense, it is a measure to prevent tax avoidance practices. Based on the analysis of the judgments of the Slovenian Constitutional Court, we can conclude that with the implementation of the rule of interest restriction in Slovenia, such a rule will result in discrimination against taxpayers. Given the objective of the restrictive rule, the measure appears to be disproportionate, as it also interferes with genuine transactions and not just abuse.

As a conclusion of this paper, we make some proposals (*de lege ferenda*) to the legislator. In fact, the Slovenian legislator can no longer avoid the key problems we present in this paper in the process of the binding implementation of ATAD. We believe that some of the issues raised can be mitigated.

MAXXI

O avtorjila



Aleš Ferčič

je izredni profesor na Pravni fakulteti Univerze v Mariboru, predstojnik Inštituta za javno pravo pri Pravni fakulteti Univerze v Mariboru, član Inštituta za evropsko pravo s sedežem na Dunaju (European Law Institute) ter arbiter pri Stalni arbitraži pri Gospodarski zbornici Slovenije.

is an Associate Professor at the Faculty of Law, University of Maribor, and head of the Institute for Public Law at the Maribor Faculty of Law, a member of the European Law Institute situated in Vienna and an arbitrator with the Chamber of Commerce and Industry of Slovenia.

Aljanka Klajnšek

je diplomirala na Filozofski in Pravni fakulteti v Ljubljani. Je magistrica pravnih znanosti na Pravni fakulteti v Ljubljani in doktorska študentka na Pravni fakulteti v Mariboru. Zaposlena je na Računskem sodišču Republike Slovenije kot pomočnica vrhovnega državnega revizorja. Njeno osrednje strokovno področje so revizije smotrnosti poslovanja, predvsem revizije proračuna na podlagi rezultatov, reforma upravljanja proračuna, strateško in razvojno načrtovanje ter revizije trajnostnega razvoja, o katerih predava in objavlja znanstvene in strokovne članke.

graduated from the Faculty of Arts and the Faculty of Law in Ljubljana. She has a master's degree in legal sciences at the Faculty of Law in Ljubljana and a PhD student at the Faculty of Law in Maribor. She works at the Court of Auditors of the Republic of Slovenia as an assistant to the Supreme State Auditor. Her core area of expertise is performance audits, in particular results-based budgeting audits, the reform of budgetary management, strategic and development planning as well as sustainable development audits, on which she is lecturing and publishing scientific and professional articles.

Andreja Primec

je doktorica pravnih znanosti, in je izredna profesorica na Ekonomsko-poslovni fakulteti Univerze v Mariboru. Prvenstvena področja njenega znanstvenega in strokovnega ustvarjanja so gospodarsko pravo, mednarodno gospodarsko pravo, arbitražno pravo, obligacijsko pravo in javna naročila.

holds a PhD in Law and is an Associate Professor at the Faculty of Economics and Business at the University of Maribor. Her main areas of scientific and professional work are commercial law, international commercial law, arbitration law, law of obligations and public procurement.

Bojan Podgoršek

je doktor prava in vodi notarsko pisarno Bojan Podgoršek v Ljubljani. Je tudi predsednik Notarske zbornice Slovenije.

holds PhD in law and runs the notary office Bojan Podgoršek in Ljubljana. He is also the president of the Chamber of Notaries of Slovenia.

Bojan Tičar

je doktor prava in redni profesor za področje prava. Je predstojnik Katedre za pravo na Fakulteti za varnostne vede Univerze v Mariboru, ob tem pa poučuje tudi na Pravni fakulteti Univerze v Mariboru.

holds a PhD in Law and is full professor in the field of law. He holds the Chair for Law at the Faculty of Criminal Justice and Security, University of Maribor, and teaches at the Faculty of Law, University of Maribor.

Denis Baghrizabehi

je doktor prava in asistent ter raziskovalec na Pravni fakulteti Univerze v Mariboru, kjer izvaja vaje pri predmetih Civilno procesno pravo, Civilno procesno pravo: Izbrane teme, Civilno materialno pravo: Izbrane teme in Splošni del civilnega prava. is a PhD candidate at the Faculty of Law, University of Maribor, where he works as a researcher and assistant teaching Civil Procedure Law, Civil Procedure Law: Selected Topics, Civil Substantive law: Selected Topics, and Introduction to Civil Law.

Denis Magyar

je doktor prava in odvetnik v Mariboru. Ob delu se tudi znanstveno raziskovalno udejestvuje in je bil izvoljen za asistenta na Pravni fakulteti Univerze v Mariboru.

holds a PhD in law and is lawyer in Maribor. In addition to his work, he is also engaged in scientific research and has been habilitated as an assistant at the Faculty of Law of the University of Maribor.

Jure Jakšič

je doktorski kandidat na Pravni fakulteti Univerze v Mariboru in strokovni sodelovalec na Vrhovnem sodišču Republike Slovenije.

is a PhD candidate at the Faculty of Law, University of Maribor, and Senior Judicial Advisor at the Supreme Court of the Republic of Slovenia.

Katja Drnovšek

je docentka na Pravni fakulteti Univerze v Mariboru. Diplomirala iz prava, filozofije in medjezikovnih študij. Po opravljenem sodniškem pripravništvu in pravniškem državnem izpitu se je zaposlila na Pravni fakulteti Univerze v Mariboru, kjer je doktorirala. Pedagoško in raziskovalno se udejestvuje predvsem na področjih družinskega in dednega prava, angleške pravne terminologije, filozofije in teorije prava ter prevajanja pravnih besedil.

is an assistant professor at the Faculty of Law, University of Maribor. She graduated in Law, Philosophy and Interlingual Studies from the University in Maribor. After completing internship at the Higher Court in Maribor and passing the state legal exam, she continued to pursue her career at the Faculty of Law, University of Maribor, where she also finished her PhD thesis. Her teaching and research interests are mainly in the fields of family and succession law, philosophy and theory of law, English legal terminology and translation of legal texts.

Katja Meško Kuralt

je doktorica prava in višja svetovalka na Generalnem finančnem uradu na Finančni upravi Republike Slovenije in doktorica prava.

holds a PhD in law and is a senior financial advisor inspector specialist in the Financial Administration of the Republic of Slovenia. She also holds a PhD in Law

Kristjan Zahrastnik

je doktorski kandidat na Pravni fakulteti Univerze v Mariboru, kjer je zaposlen kot asistent in izvaja vaje pri predmetih Rimsko pravo, Splošni del civilnega prava in Avtonomni gospodarski posli. Njegovi raziskovalni naporji so osredotočeni na področje izbranih tem civilnega in civilnega procesnega prava.

is a PhD candidate at the Faculty of Law, University of Maribor, where he works as an assistant teaching Roman Law, General Part of Civil Law and Lex Mercatoria. His research fields are focused on selected topics of civil and civil procedural law.

Marko Kerin

je doktorski kandidat na Pravni fakulteti Univerze v Mariboru in zaposlen kot manager na Slovenske železnice d.d.

is a PhD candidate at the Faculty of Law, University of Maribor, and employed at Slovenian Railways as manager.

Martina Repas

je redna profesorica na Pravni fakulteti UM za področje »Pravo«. Doktorirala je na Univerzi v Ljubljani s področja konkurenčnega prava. Njeno raziskovalno in pedagoško delo sega na področje prava intelektualne lastnine, na področje konkurenčnega prava in mednarodnega zasebnega prava. Še posebej je specializirana za področje znamk in prepovedi podjetniškega omejevanja konkurence. Sodeluje na mnogih konferencah in posvetih, objavila je številne monografije in članke.

is a a full professor at the Faculty of Law, University of Maribor. She obtained her PhD from competition law at the University of Ljubljana. Her research and teaching work covers the field of intellectual property law, competition law and private

international law. She is particularly specialized in the area of trademarks, antitrust and mergers. She participates in many conferences and has published several monographs and articles.

Matej Šmigoc

je doktorski kandidat na Pravni fakulteti Univerze v Mariboru in zaposlen na kazenskem oddelku Vrhovnega sodišča Republike Slovenije.

is a PhD candidate at the Faculty of Law, University of Maribor, and employed at the criminal law department of the Supreme Court of the Republic of Slovenia.

Matjaž Kovač

je doktorski kandidat na Pravni fakulteti Univerze v Mariboru in zaposlen na
Upravni enoti Ajdovščina.

is a PhD candidate at the Faculty of Law, University of Maribor, and employed at
Administrative unit in Ajdovščina.

Matjaž Tratnik

je redni profesor na Pravni fakulteti Univerze v Mariboru. Pravo je študiral na univerzah v Ljubljani in v Maastrichtu, kjer je tudi predaval in doktoriral. Zatem je bil več let izredni profesor na Univerzi na Arubi na Nizozemskih Antilih, od leta 1996 pa je profesor na Pravni fakulteti Univerze v Mariboru. Je avtor številnih knjig in člankov na področju stvarnega in zemljiškoknjižnega prava, prava državljanstva, prava EU in mednarodnega prava.

is a full professor at the Faculty of Law, University of Maribor. He studied law at the Universities of Ljubljana and Maastricht, where he also lectured and obtained his PhD. He was then an associate professor at the University of Aruba in the Netherlands Antilles for several years, and since 1996 he has been a professor at the Faculty of Law of the University of Maribor. He is the author of numerous books and articles on property and land registry law, nationality law, EU law and international law.

Melanija Lango

je doktorska kandidatka na Pravni fakulteti Univerze v Mariboru in pravna svetovalka za skladnost podatkov in produktov pri družbi Dun & Bradstreet.

is a PhD candidate at the Faculty of Law, University of Maribor, and a legal advisor for data and product compliance at Dun & Bradstreet.

Miha Šepec

je izredni profesor za področje kazenskega prava na Pravni fakulteti Univerze v Mariboru. Je nosilec predmeta kazensko pravo in predmeta kazensko procesno pravo. Njegov odmevnejši strokovni dosežek je uredništvo Komentarja Kazenskega zakonika ter Komentarja Zakona o kazenskem postopku.

is an associate professor in the field of criminal law at the Faculty of Law, University of Maribor. He is the holder of the subject Criminal law and Criminal procedural law. His most resounding professional achievement is being the editor of the Commentary on the Criminal Code and the Commentary on the Criminal Procedure Act.

Nataša Ciraj

je doktorska kandidatka na Pravni fakulteti Univerze v Mariboru in zaposlena na Višjem delovnem in socialnem sodišču v Ljubljani.

is a PhD candidate at the Faculty of Law, University of Maribor, and employed at the Superior Labour and Social Court in Ljubljana.

Nataša Gregorič

je doktorska kandidatka na Pravni fakulteti Univerze v Mariboru in zaposlena na Oddelku za civilno sodstvo Višjega sodišča v Celju.

is a PhD candidate at the Faculty of Law, University of Maribor, and employed at the Department for Civil Court at the Superior Court in Celje.

Nataša Samec Berghaus

je zaposlena kot izredna profesorica na Pravni fakulteti Univerze v Mariboru in članica Katedre za gospodarsko pravo. Sodeluje pri predmetih Obligacijsko pravo, Pravo trga kapitala in vrednostnih papirjev in Civilno materialno pravo: izbrane teme. Njeno raziskovanje je bilo od začetka usmerjeno pretežno na področje korporacijskega prava (v preučevanje Good Corporate Governance), prava trga kapitala in vrednostnih papirjev, prava prevzemov družb, gospodarskega in obligacijskega prava, od leta 2013 pa se tudi aktivno ukvarja z medicinskim pravom in s problematiko okoljskega, energetskega in tudi javnega gospodarskega prava.

is an associate professor at the Faculty of Law, University of Maribor, and a member of the Department for Commercial law. She is a lecturer in the courses on Obligations Law, Capital and Securities Market Law and Civil Substantive Law: selected topics. Since the beginning, her research has been mainly focused on corporate law (in the study of Good Corporate Governance), capital market and securities law, corporate takeover law, commercial and contract law, and since 2013 she has also been actively involved in medical law and in issues of environmental, energy and also public commercial law.

Petra Weingerl

je univerzitetna diplomirana pravnica in ekonomistka, doktorica pravnih znanosti, izredna profesorica na Pravni fakulteti Univerze v Mariboru. Po dodiplomskem študiju v Mariboru je nadaljevala s podiplomskim študijem na Pravni fakulteti Univerze v Oxfordu, kjer je tudi doktorirala. Pred pričetkom doktorskega študija je delala na Sodišču EU v Luksemburgu in kot sodniška pripravnica na Višjem sodišču v Ljubljani. Bila je gostujoča raziskovalka na Evropskem univerzitetnem inštitutu v Firencah in na Max Planck Institutu v Hamburgu.

is an Associate Professor at the Faculty of Law, University of Maribor. Petra completed her doctorate and Magister Juris (with Distinction) at the Faculty of Law of the University of Oxford. Her thesis dealt with effective judicial protection and damages in EU law. Before commencing her Dphil, she worked at the Court of Justice of the EU in Luxembourg and at Higher (Appellate) Court in Ljubljana. She was a visiting researcher at the European University Institute in Florence and at the Max Planck Institute in Hamburg.

Renato Vrenčur

je izredni profesor na Pravni fakulteti Univerze v Mariboru ter predstojnik Katedre za civilno, mednarodno zasebno in primerjalno pravo. Bil je član delovne skupine za pripravo Stvarnopravnega zakonika ter član delovne skupine za pripravo Zakona o zemljiški knjigi in obsežne novele Zakona o zemljiški knjigi (ZZK-1C), ki je uvedla informatizacijo v zemljiškoknjžnem poslovanju. Sodeloval je na raznih konferencah, seminarjih in posvetih kot predavatelj s strokovnimi in znanstvenimi prispevki iz področja civilnega in gospodarskega prava doma in v tujini.

is an Associate Professor at the Faculty of Law, University of Maribor, and Head of the Chair of Civil, Private International and Comparative Law. He was a member of the working group for the preparation of the Civil Law Code and a member of the working group for the preparation of the Land Registry Act and the comprehensive amendment to the Land Registry Act (ZZK-1C), which introduced computerisation in land registry operations. He has participated in various conferences, seminars and conferences as a lecturer with expert and scientific contributions in the field of civil and commercial law at home and abroad.

Rok Dacar

je asistent na katedri za ustavno, upravno in finančno pravo Pravne fakultete Univerze v Mariboru. Na isti fakulteti je doktorski kandidat, predhodni študij pa je zaključil na Pravni fakulteti Univerze v Ljubljani in na College of Europe v Brugesu. Opravil je pravniški državni izpit.

is a teaching assistant at the department for constitutional, administrative and financial law of the Faculty of Law, University of Maribor. He is a PhD candidate at the said institution, having completed previous studies at the Faculty of Law of the University of Ljubljana and at the College of Europe in Bruges. He passed the Slovenian judicial service examination.

Sebastjan Kerčmar

je doktor prava, odvetnik specialist za področje civilnega in gospodarskega prava, zastopnik za modele in znamke pri Uradu za intelektualno lastnino Republike Slovenije (URSIL) in Uradu Evropske unije za intelektualno lastnino (EUIPO) ter mediator.

holds a PhD in Law and is an attorney at law, Specialist in civil and commercial law, Registered trademark and design attorney as well as a Mediator.

Suzana Kraljić

je izredna profesorica in predstojnica Centra za medicinsko pravo pri Pravni fakulteti UM. Predava Medicinsko pravo ter Družinsko in dedno pravo. Je tudi Head of Editorial Board revije Medicine, Law & Society.

is Associate Professor and Head of the Centre for Medical Law at the Faculty of Law of the University of Ljubljana, where she teaches Medical Law and Family and Succession Law. She is also Head of Editorial Board of the journal Medicine, Law & Society.

Vanja Verdel Kokol

je doktorica prava in sodnica na Višjem sodišču v Mariboru.

holds a PhD in law and is a judge at the High Court in Maribor.

STUDIA IURIDICA MISCELLANEA

MMXXI

MARTINA REPAS (UR.)

Univerza v Mariboru, Pravna fakulteta, Maribor, Slovenija
martina.repas@um.si

Monografija predstavlja kompilacijo znanstvenih del visokošolskih učiteljev, sodelavcev in doktorskih študentov s Pravne fakultete Univerze v Mariboru. Namen monografije je predstaviti tekočo znanstveno-raziskovalno dejavnost in aktualne (delne ali končne) izsledke znanstveno-raziskovalne dejavnosti. Prispevki obravnavajo številna raznolika pravna področja, vsem pa je skupno, da nudijo izvirne zaključke, ki lahko pomembno botrujejo nadaljnjemu razvoju pravne doktrine v Sloveniji in širše.

DOI
[https://doi.org/
10.18690/um.pf.1.2024](https://doi.org/10.18690/um.pf.1.2024)

ISBN
978-961-286-817-8

Ključne besede:

pravne študije,
pravoznanstvo,
pravna teorija,
civilno pravo,
pravo EU,
procesno pravo,
kazensko pravo,
upravno pravo



Univerzitetna založba
Univerze v Mariboru

DOI
[https://doi.org/
10.18690/um.pf.1.2024](https://doi.org/10.18690/um.pf.1.2024)

ISBN
978-961-286-817-8

Keywords:

legal studies,
jurisprudence,
legal theory,
civil law,
EU law,
procedural law,
criminal law,
administrative law

STUDIA IURIDICA MISCELLANEA

MMXXI

MARTINA REPAS (ED.)

University of Maribor, Faculty of Law, Maribor, Slovenia
martina.repas@um.si

The monograph is a compilation of scientific works by professors, scientific coworkers and doctoral students from the Faculty of Law of the University of Maribor. The goal of the monograph is to present the scientific research activities of the latter and and current (partial or final) research findings. The contributions deal with diverse and numerous areas of law, but they all share in common the fact that they offer original scientific conclusions that may significantly contribute to the further development of legal doctrine in Slovenia and elsewhere.





Univerza v Mariboru

Pravna fakulteta

ANXXI Studia Iuridica Miscellanea

