



Številka: Up-14/21-31

Datum: 26. 1. 2022

**ODKLONILNO LOČENO MNENJE SODNIKA DR. ROKA
SVETLIČA K ODLOČBI ŠT. Up-14/21 Z DNE 13. 1. 2022,
KI SE MU PRIDRUŽUJE SODNIK
DR. DR. KLEMEN JAKLIČ (OXFORD ZK, HARVARD ZDA)**

Menim, da je *proton pseudos* te odločbe, da empirične okoliščine strank pravnega posla začenja vgrajevati v samo *definicijo* pravnega posla. Motiv za to je razumljiv in etično nesporen, blažitev antagonizmov med kapitalom in človekom, med brezosebno močjo gospodarske družbe in ranljivim posameznikom oz. njegovo družino. Naj na začetku izrazim vso spoštljivost, ki si jo zasluži stiska mnogih, katerim je sprememba valutnega razmerja ogrozila eksistenco. Načelo socialne demokracije je nedvomno velik civilizacijski dosežek, na katerega je Evropa upravičeno ponosna. Vendar pa sem iz razlogov, ki jih bom podrobneje izpostavil v nadaljevanju, prepričan, da mora biti v socialni demokraciji – kolikor želi ostati tudi *liberalna* demokracija – mesto za reševanje antagonizma med (zasebnimi) interesi kapitala in družbeno solidarnostjo drugje.

Zlasti so pri tem ključne davčne, socialne, zdravstvene politike in tudi instituti, ki blažijo asimetrije strank pri sklepanju pogodbe (institut prepovedanih pravih poslov in standard pojasnilne dolžnosti). Toda ključno je eno, te intervencije se morajo ustaviti na meji *avtonomije* subjekta. Ta odločba meri prav prek te meje: predvidi *heteronomni* poseg v *avtonomno* pogodbeno svobodo. Njen argumentativni lok se strne v sklepu, da posel ne bi smel biti sklenjen, kljub temu da 1) ni šlo za prepovedan posel in da sta ga 2) hotela skleniti tako kreditojemalec kot tudi 3) banka. Ta sklep vsebuje tri korake.

(I) Najprej odločba opozori na pomen socialne države za možnost izvrševanja pogodbeno svobode: "Splošna svoboda ravnanja, ki se v civilnopравни sferi izraža tudi preko pogodbene svobode, je pogojena z družbeno vpetostjo in torej tudi z načelom socialne vključenosti, ki je sestavni del načela socialne države iz 2. člena Ustave." To se seveda drži in tudi s stališča presoje Ustavnega sodišča ni to sporno.¹ Toda nekaj čisto drugega je iz *empirične* pogojenosti izvrševanja pravice sklepati na njeno *normativno* odvisnosti in

¹ Odločba Ustavnega sodišča št. U-I-178/10 z dne 3. 2. 2011.

tako sklep obrniti za 180 stopinj: odvisnost realizacije človekovih pravic od socialne države naj bi ustvarjala nekakšen "dolg", ki ga morajo te ob svojem izvrševanju vrniti načelu socialne države. Prav to naredi odločba: "V teh okoliščinah splošna svoboda ravnanja za učinkovitost njenega izvrševanja zahteva vsaj obravnavo in vrednotenje teh okoliščin (tj. vpliva posla na "socialni položaj, osebni razvoj in družinsko življenje") v okviru pozitivnega vidika pogodbene svobode" (27. točka obrazložitve).

(II) Na osnovi tega odločba zavrne "na pogodbeni avtonomiji utemeljeno stališče Vrhovnega sodišča" (26. točka obrazložitve) in odpre vrata vnašanju individualnih okoliščin kreditjemalca pri presojanju poštenosti (in s tem veljavnosti) posla. V tem primeru, da gre za "stanovanjski kredit za nakup osnovne eksistenčne dobrine (doma) za življenje in razvoj družine" (26. točka obrazložitve); da gre za "posebne (eksistenčne) občutljivosti" ter "potencialno izjemno škodljive posledice posla za socialni položaj, osebni razvoj in družinsko življenje" (27. točka obrazložitve). S tem Ustavno sodišče spremeni standard ustavnoskladne razlage prava in posledično merilo za presojo (ne)poštenosti – in s tem (ne)veljavnosti – pravnega posla.

(III) V zadnjem koraku odločba spremeni še pot do ugotovitve ničnosti pravnega posla ob (morebitni) presoji rednih sodišč, da gre za nepošten posel. Namesto na podlagi 3. člena OZ, 24. člena ZVPot ali 4. člena Direktive 93/13/EGS skuša odločba ničnost vgraditi v samo strukturo pogodbene svobode. Govori o praktični konkordanci in o tehtanju, ki naj bi potekalo znotraj 35. člena Ustave samega: "Slednji (tj. pozitivni vidik pogodbene svobode, op. R. S.) je tako v okoliščinah obravnavanega primera postavljen v razmerje praktične konkordance z njegovim negativnim vidikom, s katerim se na ustavnopravni ravni medsebojno vrednotno (so)določa in omejuje" (27. točka obrazložitve). Ter sklene: ker sodišča niso razlagala prava na tak način in se niso opredelila do navedb strank glede njihovega socialnega položaja, so ravnala v nasprotju z 22. členom Ustave.

Menim, da vsi trije koraki temeljijo na teoretski ali logični napaki. Če začnem pri zadnjem, 15. člen Ustave določa, kako je mogoče omejiti človekovo pravico. Omejevanje neke pravice z njo samo nima nobenega smisla. V opisanem primeru ne gre za omejevanje znotraj pravice same, pač pa, po mojem mnenju, za (nedopusten) poseg v pravico iz 35. člena Ustave v imenu socialne politike (2. člen Ustave). Če bi neka stranka svojo kreditno nesposobnost, utemeljevano z njeno socialno situacijo, občutila kot poseg v svobodo ravnanja, bi se lahko sklicevala prav na 35. člen. Zahteva, da pogodbeni pogoji ne smejo biti nepošteni, nima nobene povezave s "pozitivno pogodbeno svobodo". Je del pozitivnih dolžnosti zakonodajalca, da uredi varen okvir izvrševanja pogodbene ("negativne") svobode na način, ki je načrtan že v 3. členu OZ.

Ustavno sodišče je utemeljevanje nepoštenosti posla skušalo umestiti v sam pojem izvrševanja pogodbene svobode, ker je želelo na ta način zavarovati destruktivnost, ki leži v samem pojmu svobode *zasebnika*. Našlo je rešitev, ki gre v škodo močnejše stranke, banke. Za to so gotovo družbeno-socialni razlogi, pravnih pa po mojem mnenju ni. Sprejeti je treba, da je možnost destruktivnosti vgrajena v samo jedro svobode zasebnika.

In ta svoboda ireduktibilno vključuje tudi svobodo za slabe odločitve, celo za odločitve, ki posamezniku uničijo življenje.

Razumljive so (bile) skušnjave, da bi oblast intervenirala in posameznika umestila v okvir, kjer bo njegovo delovanje "varno". Zgodovina utopistike in totalitarizmov² ima skupni imenovalec prav v poskusu odprave svobode človeka kot zasebnika (*arbitrium*) in njegovo vključitev v organizem obče volje (*voluntas, volunté générale*). Komentar teh poskusov najbrž ni potreben. Zato je treba sprejeti, da svoboda kot *arbitrium* ni enačba brez preostanka: iz eksistencialne stiske posameznika, ki je posledica njegove odločitve, ni dopustno *avtomatično* sklepati na napake zakonodajalca ali sodišč.

Brez posameznika kot izključnega arbitra izpolnitve svojega življenja ni svobodne družbe, kot jo razumemo v liberalni demokraciji. Ta se je zgodovinsko oblikovala od svobode vesti reformiranega krščanstva, preko novoveškega kartezijanstva in razsvetljenske moralne avtonomije, pa do danes. Pogodbena svoboda in njeno varovanje nista znak t.i. neoliberalizma,³ pač pa izhajata iz samega 35. člena Ustave (*facultas agendi*). Pogodbena svoboda je v svojem temelju lahko samo negativna, kajti pozitivno plat ji sme dodati izključno njen naslovnik. Iz tega razloga soglasje subjekta, tudi po presoji Ustavnega sodišča, izključuje *protipravnost* posega v pravne dobrine iz 35. člena Ustave celo v vertikalnih razmerjih, v kazenskih zadevah (št. Up-62/98) in pri odredbi psihiatričnega pregleda (št. Up-11/92).

Lahko je – in tudi mora biti! – intervencija države pred sklepanjem pravnega posla in po njem močno prisotna, toda nekaj je ključno: ko pravni subjekt sklepa pogodbo, mora biti popolnoma prost pri presoji, kaj je zanj dobro. Čim je ta meja prestopljena samo za ped, se celotna igra popolnoma spremeni. Podobno lahko, denimo, pozitivna diskriminacija pri zagotavljanju dostopa do izobrazbe upošteva socialni položaj kandidata na najrazličnejše

² Platon v *Državi* za doseglo vladanja v imenu Resnice predvidi odpravo zasebne lastnine. Podobno T. More v *Utopiji* predvidi le skupnostno proizvodno dobrin in njihovo prerazdeljevanje. K. Marx postavi kritiko zasebne lastnine in zasebne svobode v samo jedro svojega nauka: "Človekova pravica privatne lastnine je torej pravica, da samostojno (*à son gré*), ne glede na druge ljudi, neodvisno od družbe uživa svoje premoženje in razpolaga z njim, pravica sebičnosti." (K. Marx, *Prispevek k židovskemu vprašanju*). "Egoistična narava" privatne lastnine "nas je tako poneumila in naredila tako enostranske, da je neki predmet naš šele tedaj, ko ga imamo, ko torej biva kot kapital za nas ali ko ga neposredno posedujemo" (K. Marx, *Pariški rokopisi*). Podobno piše G. Gentile, utemeljitelj italijanskega fašizma: "Fašistični avtoritarizem zavrača izbiro (tj. *arbitrium*, op. R. S.) – ki ni nikakršna svoboda" (G. Gentile, *The Philosophy of Fascism*). Podobno O. Spann, teoretik avstrofašizma: "Individualizem naredi naposled posameznike osamljene in revne" (O. Spann, *Der wahre Staat*).

³ T.i. neoliberalizem in socialna demokracija se ne razlikujeta po (ne)priznavanju pogodbene svobode, pač pa pri vprašanju, katere za sobivanje nujne storitve se lahko prepusti tveganjem in mehanizmu prostega trgu.

načine in mu s široko proaktivno politiko pomaga do vpisa. Toda pod nobenim pogojem njegov deprivilegiran položaj ne sme vstopati v presojo, katera raven znanja zadostuje za pozitivno oceno in za pridobitev univerzitetnega naslova. Če pravni posel ne temelji več izključno na soglasju subjektov, pač pa postane (so)konstituiran z njihovimi življenjskimi potrebami in drugimi empiričnimi elementi, tedaj to ni več raven (civilnega) prava, pač pa nekaj drugega.

Strategijo te odločbe lahko vidimo kot enega od poskusov oblikovanja pravičnejšega načina zadovoljitve potreb, ki so se pojavljali v preteklosti, in mu ni mogoče odreči plemenitih namenov. Skepsa do redukcije človekove svobode zgolj na formalno svobodo sklepanja pogodb je nedvomno upravičena. Zato v socialnih demokracijah zakonodajalec sprejme vrsto ukrepov, ki naredijo izvrševanje take oblike svobode bolj varno, pred vsem pa jo dopolni z vsebinskimi korektivi solidarnosti in egalitarnosti. Obvestilna dolžnost, podobno kot obličnost, je pri tem izjemnega pomena, saj subjektu omogoča pogodbeno svobodo uživati na čim bolj varen in trezen način.

Toda država ne izpolnjuje svoje pozitivne dolžnosti na ta način, z zagotavljanjem socialne države, dostopnosti zaposlitve, dostojnega in varnega plačila za delo omogoča vsebinsko izpolnitev pogodbene svobode. In naposled, država ima dolžnosti tudi po sklenitvi pravnega posla. Če po pogodbi nastanejo okoliščine, zaradi katerih "pogodba očitno ne ustreza več pričakovanjem pogodbenih strank in bi bilo po splošnem mnenju nepravilno ohraniti jo v veljavi takšno, kakršna je" (112. člen OZ), lahko prizadeta stranka zahteva razvezo pogodbe. Če pogodba vseeno pripelje posameznika v stisko, mu morajo biti na voljo instituti, ki mu omogočijo preživeti težko obdobje in začeti novo življenje.

Izvrševanje pogodbene svobode mora biti v socialni demokraciji na čim več mestih zaznamovana z etično skrbjo za posameznika. Toda pravni paternalizem se začne na točki, ko država skuša vstopiti v sklepanje posla in so-presojati, kaj je zanj dobro. Tega se po svoje zaveda tudi odločba, saj poti do ugotovitve ničnosti ne predvidi na najenostavnejši način, preko (domnevne) nepoštenosti samega posla. Nasprotno, ubere nemogočo pot, ki vstopa v proces oblikovanja soglasja strank (III. korak), pri čemer v samem pojmu pogodbene svobode heteronomno predvidi njeno "avtonomno" (samo)omejitev.

Tudi če damo na stran neizvedljivo strategijo odločbe – heteronomno-avtonomno intervencijo –, je tudi zamisel, da bi omejevati (odločba zapiše: "interpretirali") pravice in svoboščine skozi dimenzijo socialne države izjemno problematična. Tako po Ustavi kot po judikaturi ESČP je izjemoma možno poseči v človekove pravice, vendar le pod pogojem, da poseg temelji na "nujni družbeni potrebi" in "sorazmerno z legitimnim zasledovanim ciljem."⁴ Toda takega ali podobnega preizkusa odločba ne vsebuje. V 52. opombi se za utemeljitev posega v pogodbeno svobodo sklicuje na zavrnitev "skrajno liberalističnega pojmovanja podjetništva" in opozarja na to, da ima "lastnina poleg

⁴ Sodba ESČP v zadevi Gillow proti Združenemu kraljestvu.

individualistične funkcije tudi funkcijo za celotno družbeno skupnost." Vendar take reference ne morejo nadomestiti nujnega preizkusa sorazmernosti, poleg tega pa so neprepričljive iz več razlogov.⁵

Teško je oceniti posledice odločbe za same temelje civilnega prava. Civilno pravo je pravna panoga, ki se je v največji meri oblikovala organsko, skozi neprestani tok prilagajanja potrebam ljudi. Zato je v tem primeru napotilo, da se je treba posegov lotiti s "tresočo roko", brez nadaljnega na mestu. Odstop od pravne subjektivitete kot abstraktuma bo imel nepredvidljive posledice. Bistvo pravne subjektivitete je ravno njena revnost, abstrakcija od vsakršnega materialnega substrata⁶ pri oblikovanju volje, saj prav to omogoči polno pogodbeno svobodo.

Z vnašanjem empiričnih okoliščin v sam pojem soglasja volj oz. njegove pravne veljavnosti se odpira tudi problem pravne varnosti. Težak socialni položaj konkretnih pritožnikov izhaja iz nastale nezmožnosti odplačevanja anuitet. Ta pa ima lahko dva vzroka: tako večanje anuitet kot tudi zmanjšanje dohodkov. Ali ima v odločbi začrtana ustavnoskladna razlaga prava potlej učinek tudi pri presoji pogojev za izredno prekinitve delovnega razmerja? Nadalje, kakšne bodo posledice tega, da se v roke tako močne pogodbene stranke kot je banka polaga naloga preučitve osebnega življenja stranke? In arbitrarnosti – morda celo diskriminatornosti – njene odločitve o kreditni (ne)sposobnosti? Ali lahko okoliščino, da bodo stranke lažje prišle do kredita za vikend kot za stanovanje (kljub temu da zaprosijo za enak znesek in so v nekakem gmotnem položaju), res ustavnopravno prezremo? In naposled, se ni pri tako visokem standardu pojasnilne dolžnosti, kot ga postavi odločba, mogoče kar neposredno vprašati, ali ni s tem redefiniran tudi sam koncept poslovne sposobnosti?⁷ Ali ne gre za obravnavo poslovno sposobnih oseb po standardih, ki prej spominjajo na obravnavo nedoletnih?

⁵ Če damo na stran, da so v predmetni zadevi sodišča presojala ničnost razpolagalnega pravnega posla, lastnino sta pritožnika na nepremičnini že pridobila, je treba upoštevati, da je aludirana gospodarska, socialna in ekološka funkcija lastnine urejena v 67. členu Ustave. Ta pa se nahaja na drugem sistemskem mestu Ustave, v poglavju III. (Gospodarska in socialna razmerja), in ne v poglavju II. (Človekove pravice in temeljne svoboščine). Iz istega razloga je neupoštevna tudi referenca na solidarno kritje odpravnin. In ključno: odločba omejitvene funkcije, ki jo poskuša izpeljati iz 2. člena Ustave, ne položi v odnos med dvema subjektoma, pač pa v odnos znotraj enega in istega subjekta, med "pozitivni" in "negativni" vidik pogodbene svobode.

⁶ Hegel opredli pravno osebnost takole: "Bistvo te osebnosti je, da sem jaz kot 'tale' sicer popolnoma in v vseh vidikih končen in determiniran (v svoji notranji samovolji, nagonih, poželenju, kot tudi v smislu svojega zunanjega obstoja), hkrati pa sem vendarle tudi čisti odnos na samega sebe; in na ta način se v svoji končnosti vem kot nekaj neskončnega, splošnega in svobodnega" (G. W. F. Hegel, *Grundlinien*, str. 35).

⁷ Tveganje v primeru tega posla ni bila skrita sestavina posla, je bilo njegovo nepogrešljivo bistvo: ločitev sfere dohodkov in sfere odhodkov je v samem njegovem središču. Zapisati finančno stanje posameznika tej ločitvi, na katero nima nihče od udeležениh vpliva, za leta, desetletja vnaprej, je tveganje *par excellence*. Tako visoko dvigovanje standarda pri vprašanju, kdaj je izpolnjena

In naposled, ta bo neizogibno imela škodljive posledice prav za bodoče kreditojemalce. Nesporna je človeška stiska pritožnikov, katerim so posojila zaradi znanih okoliščin prerasla v nevzdržno finančno breme. Toda če bodo v prihodnje posojilodajalci dolžni preventivno upoštevati osebne okoliščine strank, bo učinek neugoden prav za kreditojemalce. Veliko število prošenj za kredit bo odobrenih v manjšem znesku, mnogim bo prošnja zaradi njihovih osebnih okoliščin v celoti zavrnjena zaradi kreditne nesposobnosti. Kar je tu ključno, s tem bo poseženo v njihovo pogodbeno svobodo in posledično v zmožnost, da si uredijo svoj socialni položaj. Torej v točno tisti ustavni kategoriji, v kateri je *sedes materiae* te odločbe.

dr. Rok Svetlič
Sodnik

Smer, ki jo izkleše argumentacija sodnika dr. Svetliča, me prepriča kot logično konsistentna in vrednostno realistično uravnotežena. Ob tem je za večinsko stališče po moji oceni zagonetna predvsem težava, da logično ni mogoče zamejiti tovrstnih poslov od množice podobnih, posebej v modernem času, ki so ne le enako, ampak še bolj tvegani, in pri katerih je še manj jasno, kako bodo neznanke globalnega svobodnega trga vplivale na usodo pogodbenih strank v tveganih poslih. Če bi želeli dosledno slediti razlogovanju večine in enako odločati v vseh istovrstnih primerih, bi morali spremeniti družbeni red. Druga možnost je ne ostati zvest pravilom logike in se namesto tega pretvarjati, da je množica ostalih podobno tveganih poslov iz sfere avtonomije strank nekako drugačnih, ko to ni logično prepričljivo izkazano. Ustavno sodišče je zavezano logiki in pravilom argumentacije, ne rezultatom, ki se zdijo lažji ali prijetnejši.



Dr. Dr. Klemen Jaklič
(Oxford ZK, Harvard ZDA)
Sodnik

pojasnilna dolžnost, kot ga zastavi odločba, se približuje že zahtevi po redefiniciji poslovne sposobnosti.