

**UNIVERZA V LJUBLJANI
FAKULTETA ZA DRUŽBENE VEDE**

Andreja Dolničar Jeraj

**DELOVNOPRAVNI POLOŽAJ SLOVENSКИH DELAVCEV NA
DIPLOMATSKIH PREDSTAVNIŠTVIH V SLOVENIJI**

Diplomsko delo

Ljubljana, 2006

**UNIVERZA V LJUBLJANI
FAKULTETA ZA DRUŽBENE VEDE**

Andreja Dolničar Jeraj

Mentor: redni profesor dr. Rado Bohinc

Somentorica: asist. dr. Barbara Rajgelj

**DELOVNOPRAVNI POLOŽAJ SLOVENSКИH DELAVCEV NA
DIPLOMATSKIH PREDSTAVNIŠTVIH V SLOVENIJI**

Diplomsko delo

Ljubljana, 2006

Smejati se pogosto in veliko,
si pridobiti spoštovanje pametnih ljudi
in naklonjenost otrok,
si prislužiti ugled pri poštenih kritikih
in prenesti izdajo lažnih prijateljev.

Ceniti lepoto,
v drugih najti najboljše,
zapustiti svet
za trohico boljši –
z zdravim otrokom,
obdelano zaplato vrta ali
popravljeno družbeno krivico;
vedeti, da je
bilo vsaj enemu bitju na svetu lažje
zato, ker si ti živel.

To pomeni uspeti.

(Ralph Waldo Emerson)



IZJAVA O AVTORSTVU diplomskega dela

Spodaj podpisani/-a ANDREJA DOLNIČAR JERAJ, z vpisno številko 21014817,
rojen/-a 25. 6. 1971 v kraju ŠIBENIK, sem avtor/-ica diplomskega dela z naslovom:
DELOVNOPRAVNI POGOJI SLOVENJSKIH DELAVCEV
ZAPOSLJENIH NA DIPLOMATSKIH PREDSTAVNIŠTVIH V SLOVENIJI

S svojim podpisom zagotavljam, da:

- je predloženo diplomsko delo izključno rezultat mojega lastnega raziskovalnega dela;
- sem poskrbel/-a, da so dela in mnenja drugih avtorjev oz. avtoric, ki jih uporabljam v predloženem delu, navedena oz. citirana v skladu s fakultetnimi navodili;
- sem poskrbel/-a, da so vsa dela in mnenja drugih avtorjev oz. avtoric navedena v seznamu virov, ki je sestavni element predloženega dela in je zapisan v skladu s fakultetnimi navodili;
- sem pridobil/-a vsa dovoljenja za uporabo avtorskih del, ki so v celoti prenesena v predloženo delo in sem to tudi jasno zapisal/-a v predloženem delu;
- se zavedam, da je plagiatorstvo – predstavljanje tujih del, bodisi v obliki citata bodisi v obliki skoraj dobesednega parafraziranja bodisi v grafični obliki, s katerim so tuje misli oz. ideje predstavljene kot moje lastne – kaznivo po zakonu (Zakon o avtorstvu in sorodnih pravicah, Uradni list RS št. 21/95), prekršek pa podleže tudi ukrepom Fakultete za družbene vede v skladu z njenimi pravili;
- se zavedam posledic, ki jih dokazano plagiatorstvo lahko predstavlja za predloženo delo in za moj status na Fakulteti za družbene vede;
- je elektronska oblika identična s tiskano obliko diplomskega dela ter soglašam z objavo diplomskega dela v zbirki »Dela FDV«.

V Ljubljani, dne 20. 12. 2006

Podpis avtorja/-ice: 

DELOVNOPRAVNI POLOŽAJ SLOVENSКИH DELAVCEV NA DIPLOMATSKIH PREDSTAVNIŠTVIH V SLOVENIJI

Za delovna razmerja lokalno zaposlenih delavcev na tujih diplomatskih predstavništvi nismo prepričani, da jih ureja domača zakonodaja. Morebitno kolizijo med delovnim pravom delavca in delodajalca rešujejo pravila mednarodnega zasebnega prava. Ob ugotovitvi, da je delovno pravo, veljavno za kraj običajnega opravljanja dela najvplivnejše, nas zanima, ali je diplomatsko predstavništvo sploh dolžno spoštovati ugotovljeno pravo. Mednarodno pravo nalaga, da so diplomatska predstavništva podvržena trem pravnim redom, tudi pravu države sprejemnice. Najverjetnejši vzrok za nespoštovanje lokalne zakonodaje pa je sodna imuniteta držav. V delu je predstavljena tuja sodna praksa, ki se nanaša na spore med lokalnim osebjem in tujimi diplomatskimi predstavništvi. Zaradi sodne imunitete držav je delavec omejen in lahko se zgodi, da domače sodišče spor ne bo želelo obravnavati, ker bo ocenilo, da bi pregloboko posegalo v suvereno dejavnost države.

Ključne besede: Diplomatsko predstavništvo, lokalno zaposleno osebje, mednarodno zasebno pravo, sodna imuniteta.

LEGAL EMPLOYMENT STATUS OF LOCALLY ENGAGED WORKERS AT DIPLOMATIC MISSIONS IN SLOVENIA

There is uncertainty that employment relation of locally employed staff at the foreign diplomatic missions is governed by domestic law. Any conflict of employee and employer countries' employment law can be solved with the rules of private international law. If place of employment is the most influential element for regulating such relation, we are also concerned what are diplomatic mission's obligations towards respecting and applying such law. International law leaves no doubt that diplomatic missions are subject to three legal systems and the law of the receiving state is also one of them. The most common explanation for disrespect of local employment regulations is state immunity. This work introduces foreign judicial practice in area of conflicts between local staff and foreign diplomatic mission. State immunity is the reason which limits worker's claim and it can happen the local court decides not to handle the case as it could interfere with the sovereign acts of the state.

Key words: diplomatic mission, locally engaged staff, private international law, state immunity.

1.	UVOD	7
1.1	STRUKTURA	8
1.2	POMEN IN CILJI	8
1.3	NAMEN	11
1.4	OPREDELITEV OSNOVNIH POJMOV	11
1.4.1	DIPLOMACIJA	11
1.4.2	DIPLOMATSKO PREDSTAVNIŠTVO	12
1.4.3	ZAPOSLENI NA DIPLOMATSKEM PREDSTAVNIŠTVU	14
1.4.4	LOKALNO ZAPOSLENO OSEBJE	15
2.	DELOVNO RAZMERJE S TUJIM ELEMENTOM	17
2.1	DELOVNO RAZMERJE	17
2.2	DELOVNO RAZMERJE IN MEDNARODNO ZASEBNO PRAVO	21
2.3	DELOVNOPRAVNO RAZMERJE S TUJIM ELEMENTOM	23
2.4	DOLOČITEV PRISTOJNOSTI V SPORIH Z MEDNARODNIM ELEMENTOM	25
2.4.1	PRISTOJNOST PO ZMZPP IN ZPP	25
2.4.2	PRISTOJNOST PO UREDBI SVETA ES ŠT. 44/2001	27
2.5	PRIMERJALNOPRAVNI PREGLED UREDITEV MEDNARODNEGA ZASEBNEGA PRAVA	28
2.6	SLOVENSKO MEDNARODNO ZASEBNO PRAVO IN NJEGOV RAZVOJ	29
2.6.1	RAZVOJ	29
2.6.2	USTAVA REPUBLIKE SLOVENIJE IN MEDNARODNO ZASEBNO PRAVO 30	
2.6.3	ZAKON O MEDNARODNEM ZASEBNEM PRAVU IN POSTOPKU	30
2.6.4	POGODBE O ZAPOSLOTVI S TUJIM ELEMENTOM V ZMZPP	31
2.7	RIMSKA KONVENCIJA O UPORABI PRAVA PRI POGODBENIH OBLIGACIJSKI RAZMERJIH	32
2.7.1	VELJAVNOST RIMSKE KONVENCIJE	32
2.7.2	RIMSKA KONVENCIJA IN OBLIGACIJSKA RAZMERJA	33
2.7.3	RIMSKA KONVENCIJA IN POGODBE O ZAPOSLOTVI	34
2.7.4	RIMSKA KONVENCIJA IN NORMA NEPOSREDNE UPORABE	36
2.8	NORME NEPOSREDNE UPORABE IN JAVNI RED	36
2.8.1	NORME NEPOSREDNE UPORABE	36
2.8.2	JAVNI RED	38
2.8.3	ZAKON O DELOVNIH RAZMERJIH KOT NORMA NEPOSREDNE UPORABE	39
2.8.4	AVTONOMIJA STRANK KLJUB NORMAM NEPOSREDNE UPORABE	40
2.9	MERODAJNO PRAVO V PRIMERU ZAPOSLOTVE NA DIPLOMATSKEM PREDSTAVNIŠTVU	40
3.	TUJI PRAVNI REDI IN DIPLOMATSKA PREDSTAVNIŠTVA	46
4.	SODNA IMUNITETA DRŽAV	48
4.1	UVODNO O SODNI IMUNITETI	48
4.2	SODNA PRAKSA, KI ZASTOPA DOKTRINO ABSOLUTNE IMUNITETE TUJE DRŽAVE	52
4.3	SODNA PRAKSA, KI ZASTOPA DOKTRINO RESTRIKTIVNE IMUNITETE	53
5.	ZAKLJUČEK	55
6.	VIRI IN LITERATURA	58

1. UVOD

V letu 1992 smo delavci v Sloveniji dobili novo skupino delodajalcev. Po osamosvojitvi je vse več držav priznalo neodvisnost Slovenije, z njo vzpostavilo diplomatske odnose in, če je obstajala potreba, odprlo v državi tudi svoje diplomatsko predstavništvo.

V diplomatskih predstavništvih države poleg svojih delavcev zaposlujejo tudi lokalno osebje. Delovna mesta z močjo odločanja ostajajo v domeni diplomatov in javnih uslužbencev držav, ki jih pošiljajo (zato jim pravimo države pošiljateljice), delo prevajalcev, tajnic, šoferjev, tehničnega podpornega osebja in druge delovne naloge, za katere diplomatsko predstavništvo oceni, da je bolj smiselno zaposliti lokalno osebje, pa v večini primerov opravljajo delavci, ki so državljani ali prebivalci države sprejemnice.

Vprašanje, ki nastaja pri zaposlovanju lokalnega osebja, je, kateri pravni predpisi urejajo zaposlitev pri delodajalcu, kot je diplomatsko predstavništvo. Ker delodajalec predstavlja tujo državo, nismo več prepričani, da delovno razmerje urejajo domači delovnopravni predpisi. Lahko bi veljali tudi delovnopravni predpisi tuje države. Delovni pravi države sprejemnice in države pošiljateljice pa se lahko bolj ali manj razlikujeta in določata različne pravice in obveznosti delavcev ter delodajalcev. Pri koliziji delovnopravnih predpisov nam do odgovora, katero pravo velja, pomagajo pravila mednarodnega zasebnega prava.

Zaradi specifičnosti delodajalca, ki je organ tuje države, se sprašujemo tudi, ali je diplomatsko predstavništvo, če veljajo delovnopravni predpisi države sprejemnice, sploh dolžno spoštovati lokalno zakonodajo. Z analizo mednarodnega prava bomo ugotovili, katera prava ga obvezujejo po mednarodnopravni plati.

Pri ugotavljanju delovnopravnega statusa lokalno zaposlenega osebja se pojavi še ena posebnost. Državo in diplomatsko predstavništvo kot njen organ lahko v primeru sodnega spora štiti sodna imuniteta držav, ki pomeni procesnopravno oviro za lokalno sodišče. Če obvelja sodna imuniteta države, je sodišču odvzeta pristojnost odločanja o sporu.

Vso omenjeno problematiko smo poskušali strniti v spodnji hipotezi, ki jo bomo v nadaljevanju preverjali:

Slovenska delovnopravna zakonodaja velja za vse slovenske delavce, ki so zaposleni v Sloveniji, torej tudi za zaposlene na tujih diplomatskih predstavništvih v Sloveniji.

1.1 STRUKTURA

Delo se lahko razdeli v pet večjih sklopov. V prvem delu (uvodu) bomo opredelili pomen in cilje ter namen obravnavane vsebine kot tudi osnovne pojme: diplomacija, diplomatsko predstavništvo in delavci na diplomatskem predstavništvu. Drugi del se bo nanašal na analizo pravil mednarodnega zasebnega prava in ugotavljanje prava, ki se uporablja za urejanje delovnega razmerja s tujim elementom. Zaposlitev na diplomatskem predstavništvu oziroma predstavništvo tuje države (tuj delodajalec) predstavlja tuj element v delovnem razmerju, zaradi katerega se pojavlja dvom, da se delovno razmerje ureja z domačo zakonodajo. V tretjem delu bomo ugotovili, ali je diplomatsko predstavništvo sploh zavezano k spoštovanju lokalne zakonodaje. Pridobljena spoznanja bomo v četrtem delu obravnavali v luči sodnih imunitet države in spoznanja okrepili s sodno prakso. V petem, sklepnem delu, bomo povzeli ugotovitve in rešitve, ki bodo temelj za preverjanje hipoteze in avtoričin pogled na problematiko.

1.2 POMEN IN CILJI

Ugotavljanje delovnopravnega položaja slovenskih delavcev na tujih predstavništvih je pomembno z vidika pravne varnosti in enakosti pred zakonom. Pravni sistem mora vsem delavcem v državi zagotoviti pravno varnost pri urejanju njihovih pravic in obveznosti, začetka in prenehanja njihovega delovnega razmerja. V nasprotnem primeru ne moremo trditi, da pravna enakost v državi obstaja.

Načelo pravne varnosti je eden od temeljev, na katerih je oblikovana pravna država, sodobni čas pa je v okvir pravne države dodal še socialno državo (Bohinc in drugi, 2006:159). Pravno

varnost v kontinentalnem pravu razumemo kot zahtevo po predvidljivosti in zanesljivosti pravnih aktov, v angloameriškem pravu pa, glede na to da so posameznikove pravice utemeljene v sodnih primerih in manj na pisanih splošnih pravnih virih, svobodo pred vmešavanjem politične oblasti ali kogarkoli drugega v zasebno sfero posameznika (Bohinc in drugi, 2006:179). Ta svoboda pa se v vsakodnevem življenju dojema kot pravica, da bo sodišče odločalo o sporu in o njem pošteno razsodilo (angl. *fair trial*).

Načelo omejevanja državne oblasti na pravni način se je izrazilo v pojmih »rule of law« v Angliji, »Rechtsstaat« v Nemčiji, »due process of law« v Združenih državah Amerike, »séparation des pouvoirs« v Franciji, kar v pravni teoriji pomeni predvsem vladavino zakona ter zagotovitev človekovih pravic in svoboščin (Cerar, 2001:233). Država je vezana na pravne predpise in tako v svojem delovanju omejena.

Učinkovit pravni okvir je nujen, vendar nezadosten pogoj. Pravno urejanje družbenega sožitja v okvirih pravne države je mogoče le v okolju, ki mu v duhovnem, moralnem, političnem, ekonomskem, kulturnem pogledu nudi potrebno oporo.

Pravna varnost v modernem pravu se kaže v predvidljivosti pravic in obveznosti, ki nas čakajo ob določenih ravnanjih, ter sankcijah, ki jih lahko pričakujemo, če svojega ravnanja ne bi uskladili s pravnimi pravili. Obveznosti morata izvrševati tako delavec kot delodajalec. V pravni državi tudi zaposleni pričakujejo, da jim bo ta zagotovila pravno varnost v delovnopравниh razmerjih. To na eni strani pomeni, da bo država poskrbela za pravno ureditev in zavarovanje njihovih pravic (in obveznosti). Vendar njihova pravna varnost ni odvisna le od tega. Predvsem je pomembno tudi, v kolikšni meri država uresničevanje pravic in obveznosti zagotavlja v vsakdanjem življenju.

Pravna varnost nas pri obravnavi zaposlitve lokalnih delavcev na diplomatskih predstavništvih zanima v povezavi s sodno imuniteto držav. Sodna imuniteta držav omejuje države sprejemnice, ko te »preverjanjo« ali tuje diplomatsko predstavništvo izpolnjuje svoje delodajalske obveznosti. Pravica do sodne imunitete držav lahko delavčevo pravico do prostega pristopa k sodišču omeji. Delavčeva pravna varnost v primeru sodne imunitete držav je tako vprašljiva.

Pravo je razpeto med dve vrednoti,, idejo družbenega reda (pravne varnosti) in idejo pravičnosti (Bohinc in drugi, 2006:47). Ljudje imamo o pravičnosti subjektivne predstave, zato pri upoštevanju načela »vsakomur svoje« pristanemo na pravni red, ki velja za vse in je vnaprej predvidljiv sistem. V tem se kaže pravna enakost.

Pravna enakost je enako obravnavanje subjektov, ki sodijo v isto kategorijo. Država vsakemu posamezniku za udeležbo v pravno predvidenih razmerjih omogoči ista pravna sredstva (Čujovič, 2000:13). To pomeni, da bo država omogočila enako obravnavo znotraj iste kategorije, enako za vse državljane in vse iskalce zaposlitve ter vse delavce.

Pri ugotavljanju pravne varnosti zaposlenih na diplomatskih predstavništvi si bomo pomagali z enakovredno pravno vrednoto, pravno enakostjo. Njihovo pravno varnost bomo primerjali s pravno varnostjo drugih delavcev v Sloveniji. Ugotovili bomo temeljne lastnosti delovnega prava v Sloveniji in poskušali ugotoviti, ali vsi delovnopravni predpisi in socialne pravice, ki izhajajo iz delovnega razmerja, veljajo tudi za zaposlene na diplomatskih predstavništvi, in kako ti ščitijo pravice zaposlenih v dejanskih delovnih razmerjih.

Pravna enakost je v Ustavi Republike Slovenije (UL RS št. 33/91-I, v nadaljevanju Ustava RS) urejena v 14. členu, ki določa, da se v Sloveniji vsem zagotovijo enake človekove pravice in temeljne svoboščine in enakost pred zakoni. Ustava RS v 22. členu določa, da je vsakomur zagotovljeno enako varstvo njegovih pravic pred sodišči in drugimi državnimi organi, v 23. členu pa je zagotovljena pravica do sodnega varstva. V 66. členu je še posebno izpostavljeno zagotavljanje zakonskega varstva za vse zaposlene. Določbo o pravni varnosti lahko najdemo tudi v Evropski konvenciji o varstvu človekovih pravic in temeljnih svoboščin, ki v 6. členu določa pravico do poštenega sojenja (UL RS št. 33/1994). Za spoštovanje obveznosti iz konvencije skrbi Evropsko sodišče za človekove pravice Sveta Evrope v Strasbourgu.

1.3 NAMEN

Delo bi bilo lahko zanimivo branje za uslužbence diplomatskih predstavništev. Zanimalo bi lahko tako tiste, ki v diplomatskih predstavništvih opravljajo kadrovske funkcije, kot tudi vodstveni kader veleposlaništev in delavce, nadrejene lokalno zaposlenemu osebju. Uslužbenci države pošiljateljice so v tujo državo napoteni za obdobje treh do štirih let, zato se mora diplomatsko predstavništvo vedno znova seznanjati s pravili, ki veljajo za zaposlitev lokalnega osebja.

Zanimivo bi bilo lahko tudi za uslužbence ministrstev za zunanje zadeve, katerih protokolarni oddelki nudijo pomoč pri tolmačenju lokalne zakonodaje, pomembne za delovanje diplomatskega predstavništva. Z verbalnimi notami in drugo vrsto sredstev za komunikacijo seznanjajo diplomatska predstavništva z delovnopravnimi predpisi in njihovim izvajanjem v praksi.

Ključni namen dela je nuditi lokalno zaposlenim delavcem diplomatskih predstavništev in tistim, ki to nameravajo postati, več podatkov o njihovem delovnopravnem statusu. Lokalno zaposleni delavci na tujih diplomatskih predstavništvih pogosto ne razumejo svojega delovnopravnega statusa, ki je, to moramo priznati, nejasen tudi marsikateremu pravnemu strokovnjaku. Delo bi zato bilo lahko izhodišče za nadaljnje raziskovanje. Problematika je še neraziskana in polna izzivov.

1.4 OPREDELITEV OSNOVNIH POJMOV

1.4.1 DIPLOMACIJA

Diplomacija je sredstvo za doseganje ciljev zunanje politike brez zatekanja k sili, propagandi in pravu (Berrige, 2006:1). Je proces komunikacije med mednarodnimi subjekti, katerega glavna značilnost so pogajanja (White, 1997:318). Vidikov in definicij diplomacije je veliko.

Diplomacija je »conduct of business« z miroljubnimi sredstvi oziroma uporaba inteligence in taktnosti v uradnih odnosih med vladaми neodvisnih držav (Satow, 1995:3). Delovanja diplomatskega predstavništva ne moremo enačiti s širšim namenom diplomacije.

Diplomatsko predstavništvo je le eden od instrumentov diplomacije, diplomacija pa je le eno od sredstev zunanje politike.

1.4.2 DIPLOMATSKO PREDSTAVNIŠTVO

Diplomatsko predstavništvo je organ mednarodnega subjekta – države pošiljateljice v tujini, ki ima nalogo, da državo pošiljateljico stalno predstavlja v državi sprejemnici in v njej opravlja diplomatske posle (Berkovič, 1997:31-32). Podobno tudi Dembinski ugotovi, da je diplomatsko predstavništvo, ki ga ustanovi ena država v drugi državi, stalni in temeljni organ za komunikacijo med državama z različnimi funkcijami, ki jih lahko povzamemo kot pravica splošnega celotnega predstavljanja. Drugi termini, ki se uporabljajo poleg »diplomatsko stalno predstavništvo« iz Dunajske konvencije o diplomatskih odnosih (v nadaljevanju DKDO), so še: ambasada, veleposlaništvo, Visoki komisariat za predstavništva med državami Commonwealth-a (Dembinski, 1988:39).

Predstavništva si ne izmenjujejo le države temveč tudi drugi subjekti mednarodnega prava. Vsem misijam, vključno z diplomatskimi predstavništvi, je skupno, da (Dembinski, 1988:27-29):

- obstajajo neodvisno od posameznikov – diplomatskih predstavnikov, ki v njih delujejo,
- jih je mogoče opredeliti le kot organ mednarodnega subjekta, ki jih pošilja,
- in se zato njihova dejavnost pripiše pošiljateljici,
- so podvržene trem pravnim redom: pravu države pošiljateljice, mednarodnem pravu in pravu države sprejemnice.

To delo se nanaša le na diplomatska predstavništva države, čeprav so misije države tudi konzularna predstavništva in stalne misije pri mednarodnih organizacijah. Predvsem pravni status slednjih se znatno loči od diplomatskih predstavništev. Diplomatskih predstavništev ne

moremo obravnavati ločeno od držav, ki jih predstavljajo. Diplomatsko predstavništvo ima pravno osebnost v smislu organa države, ni pa samostojna pravna oseba (Jankovič, 1988:88).

Mednarodne organizacije sestavljajo vlade suverenih držav, katerih cilj je izvršitev določenih nalog splošnega interesa. Države članice so jim priznale poseben status, ki se izraža v posebni mednarodnopravni osebnosti mednarodnih organizacij. Države še vedno predstavljajo edine prave subjekte mednarodnega prava. Le pri državi lahko mednarodna organizacija, ki jo država gosti, pridobi lastnost pravne osebe v skladu z zakoni, veljavnimi v državi gostiteljici. Vendar njihov status obsega mnogo več od lastnosti pravnih oseb. Tako kot države lahko sklepajo mednarodne pogodbe. Imajo pasivno in aktivno pravico predstavljanja: mednarodne organizacije v njihovih sedežih sprejemajo stalne misije držav članic in v glavnih mestih držav članic odpirajo svoja predstavništva (Jankovič, 1988:170). Ker mednarodno organizacijo sestavljajo suverene države, se glede na njihovo državljanstvo statusi delavcev ne ločijo. Ni delitve, ki jo lahko zasledimo na diplomatskih predstavništvih držav, kjer je na odločevalskih mestih diplomatsko osebje države pošiljateljice, na pomožnih delovnih mestih pa lokalno zaposleni delavci.

Pogoj za odprtje stalnega diplomatskega predstavništva je, da med državama obstajajo diplomatski odnosi (Denza, 1998:22).

Funkcije diplomatskih predstavništev so (Denza, 1998:29):

- predstavljati državo pošiljateljico v državi prejemnici,
- ščititi interese svoje države in državljanov,
- poročati državi pošiljateljici,
- razvijati prijateljske odnose med državama ter pospeševati sodelovanje na ekonomskem, kulturnem, znanstvenem in obrambnem področju v skladu z navodili, ki jih prejema od države pošiljateljice.

1.4.3 ZAPOSLENI NA DIPLOMATSKEM PREDSTAVNIŠTVU

Poleg vodje predstavništva diplomatsko predstavništvo sestavlja osebje diplomatskega predstavništva, ki ga lahko razdelimo v tri kategorije zaposlenih:

- diplomatsko osebje,
- administrativno in tehnično osebje in
- pomožno osebje.

Diplomatsko osebje so po Dunajski konvenciji o diplomatskih odnosih (v nadaljevanju DKDO) tisti člani osebja, ki imajo diplomatski rang. Ne glede na rang, ki ga ima znotraj svojega matičnega ministrstva, je v mednarodni diplomatski praksi sprejeto, da se diplomatskim agentom, poleg vodji predstavništva, dodeli rang svetovalca z nazivom pooblaščen minister ali ministrski svetovalec, sekretar (prvi, drugi ali tretji) ali ataše (prvega, drugega, tretjega razreda). Rang je pomemben pri ugotavljanju enakovrednega sogovornika v državi sprejemnici. Poleg tega je rang pomemben tudi pri ugotavljanju obsega imunitet in privilegijev, ki jih država sprejemnica prizna glede na funkcijo, ki jo uživalec imunitet in privilegijev v diplomatskem predstavništvu opravlja (Jankovič, 1988:77-115).

Diplomati so visoki državni uradniki, ki so zaposleni na področju zunanjih zadev: na ministrstvu za zunanje zadeve ali pa so napoteni na delo na diplomatskih predstavništvih oziroma stalnih misijah pri mednarodnih organizacijah (Satow, 1995:3-8). Diplomatsko osebje sestavljajo karierni diplomati, ki so zaposleni pri ministrstvu za zunanje zadeve za nedoločen čas, in neprofesionalni diplomati, ki prihajajo iz vrst drugih sektorjev državne uprave in si jih ministrstvo za zunanje zadeve za določen čas »sposodi«. Najbolj tipičen primer neprofesionalnega diplomata, ki ga ministrstvo za obrambo »sposodi« ministrstvu za zunanje zadeve, je obrambni ataše.

Najpomembnejši delavec diplomatskega predstavništva je vodja predstavništva. Po 14. členu DKDO se vodje diplomatskih predstavništev razdelijo v tri kategorije: a). ambasadorji ali nunciji, ki so akreditirani pri šefu države, in ostale vodje predstavništev, ki imajo isti rang: b) poslaniki, nunciji in internunciji, ki so akreditirani pri šefu države, c) odpravniki poslov,

akreditirani pri ministru zunanjih zadev. Vodja diplomatskega predstavništva izvaja najpomembnejše politične aktivnosti, upravlja diplomatsko predstavništvo in koordinira delo. Pri majhnih diplomatskih predstavništvih en diplomat opravlja več funkcij.

Najpomembnejša delitev delavcev na diplomatskem predstavništvu glede na našo temo je delitev na delavce, ki so v državo sprejemnico bili napoteni s strani države pošiljateljice oziroma svojega ministrstva za zunanje zadeve, in delavce, ki jih diplomatsko predstavništvo zaposli v državi sprejemnici. V tem delu se ne ukvarjamo z delovnopravnim statusom delavcev, ki jih na delo v diplomatsko predstavništvo napoti država pošiljateljica. Ti delavci so državni uslužbenci države pošiljateljice in je izredno nenavadno, če nimajo državljanstva države pošiljateljice. Zaposleni so po delovnopравни zakonodaji, ki velja za državne uslužbence oziroma diplomate. Nas zanimajo delavci diplomatskega predstavništva, ki jih je tuje diplomatsko predstavništvo zaposlilo v njihovi državi. Pod izrazom lokalni delavci ali lokalno zaposleno osebje zato razumem delavce, ki so državljani ali stalni prebivalci države sprejemnice.

1.4.4 LOKALNO ZAPOSLENO OSEBJE

Diplomatska predstavništva v zadnjem času vse bolj pospešeno delovna mesta zapolnjujejo z državljani države sprejemnice (Garnett, 1997:81). Zaposlovanje državljanov države sprejemnice pa ni nov pojav.

V času grških mestnih držav so se začela pojavljati diplomatska predstavništva in takrat so se države zanašale na zaposlitev lokalnega državljana, ki je za njih opravljal diplomatske posle. Ta prvi veleposlanik s tujim državljanstvom se je imenoval proxenos (Berrige, 2006:2).

Države, še zlasti države v razvoju, so se pričele vedno bolj zanašati na svoje svetovalce iz razvitega sveta (Garnett, 1997:81). Glede na tolmačenje tujih diplomatskih predstavništev v Sloveniji se pomembnost zaposlovanja lokalnega osebja povečuje, ker so ministrstva za zunanje zadeve spoznala koristnost globljega poznavanja lokalnih razmer, kulture, običajev, ki jim ga lahko ponudijo lokalno zaposleni, kar izboljšuje komunikacijo z državo sprejemnico in povečuje uspešnost delovanja. Državljanstvo je bilo morda nekdaj upravičena predpostavka za domnevo

lojalnosti zaposlenih, da le-ti delujejo v interesu države pošiljateljice, lokalno zaposleno osebje pa ne potrebuje »privajalnega« časa, v katerem bi razvili učinkovitost svojih dejavnosti. Berrige (2006:132) ugotavlja, da so se tudi ambasade prilagodile novim časom. Celo Kitajska je opustila prepoved zaposlovanja lokalnega osebja. Ob tri- do štiriletni rotaciji diplomatskega osebja se z lokalnim osebjem zagotavlja kontinuiteta in institucionalni spomin. S tem osebjem hkrati uspešno znižujejo stroške. Pri tem ima večina lokalnega osebja znanje specifičnega področja, za katerega so bili zaposleni, malokateri pa ima predhodne izkušnje in znanje diplomacije.

Večina ambasad v Sloveniji lokalno zaposluje predvsem pomožno osebje: administrativno in prevajalsko osebje, šoferje, receptorje, računalničarje, vzdrževalce ipd. Ti olajšujejo delovanje diplomatskega predstavništva, a ne zasedajo vitalnih položajev. Poleg učinkovitejšega opravljanja nekaterih nalog zaradi poznavanja »domačega terena« je pomemben vidik zaposlovanja lokalnega osebja tudi finančni vidik. Stroški zaposlovanja lokalnega osebja so znatno manjši kot bi bili stroški zaposlovanja in vzdrževanja delavcev iz države pošiljateljice. Tukaj ne gre pozabiti, da država poleg plače poskrbi tudi za stroške namestitve.

DKDO ne govori veliko o lokalno zaposlenem osebju diplomatskega predstavništva. Omenja jih le v povezavi z dolžnostjo diplomatskega predstavništva, da je v skladu z odstavkom d) 10. člena Dunajske konvencije dolžno obveščati državo pošiljateljico o zaposlitvi ali prenehanju delovnega razmerja osebe, ki je prebivalec države pošiljateljice (Denza, 1998:72).

2. DELOVNO RAZMERJE S TUJIM ELEMENTOM

2.1 DELOVNO RAZMERJE

Delovno razmerje je pogodbeno razmerje delavca in delodajalca s posebno pravno naravo. Posebnost urejanja delovnega razmerja je, da se delno pravno ureja s pogodbenimi pravili, večji del pa s pravili javnega prava. Pogodbeni del urejanja delovnega razmerja, ki zajema individualno pogodbo o zaposlitvi in različne kolektivne pogodbe, se prepleta z javnopravno, normativno uzakonitvijo minimalnih pravic delojemalca s ciljem varstva njegovih interesov kot šibkejše stranke delovnega razmerja (Bohinc, 2004:31).

Pri sklepanju in prenehanju pogodbe o zaposlitvi in v času trajanja delovnega razmerja sta delavec in delodajalec dolžna upoštevati ustavo RS, zakone, ratificirane mednarodne pogodbe, druge pravne predpise, sklenjene kolektivne pogodbe in splošne akte delodajalca (Mežnar, 2004:60).

Delovna razmerja so se postopno preoblikovala iz čisto pogodbenih, civilnopravnih razmerij v posebno zvrst družbenih razmerij ali razmerij »sui generis«. Z industrializacijo in družbenim razvojem so se ob koncu 19. stoletja pričeli pojavljati delavski sindikati, ki so vplivali na omejevanje neomejene pogodbene svobode delodajalca in delojemalca. Med njiju se je vmešala država, ki je s predpisi in kolektivnimi pogodbami poskrbela za minimalne pravice delavca, ki jih s delovno pogodbo ni bilo mogoče spremeniti v škodo delavca (Bohinc, 2004:28-29).

Pravna teorija se je naprej ukvarjala le s proučevanje pogodbe o najemu dela oziroma pogodbe o delu, s katero je delavec prodal svojo delovno moč delodajalcu za dogovorjeno ceno (mezdo). Po prvi svetovni vojni se je z razmejitvijo pogodbe o delu kot pravnega razmerja med delavcem in delodajalcem od delovnega razmerja kot dejanskega stanja med njima spremenil tudi pogled na temelj povezanosti med delodajalcem in delojemalcem. Uporaba delovne zakonodaje ni bila odvisna od pogodbe o delu, temveč od tega, ali je bilo mogoče dejansko razmerje med delodajalcem in delojemalcem opredeliti kot delovno razmerje.

Tudi sodobna pravna teorija je ohranila identifikacijo delovnega razmerja kot dejanskega stanja povezanosti med delodajalcem in delojemalcem, ne glede na to, kaj o tem razmerju pravi pogodba o zaposlitvi in ne glede na to, ali je taka pogodba sploh sklenjena. Mednarodna organizacija dela (v nadaljevanju MOD), ki je pomembno vplivala na razvoj delovnega prava v smeri varovanja minimalnih pravic delavcev, je 15.6.2006 sprejela priporočilo št. 198 glede delovnega razmerja: govori o nacionalni zakonodaji, zaščiti delavcev v delovnem razmerju, ugotavljanju obstoja delovnega razmerja, spremljanju razvoja trga dela in organizaciji dela ter izvedbi ukrepov na področju delovnih razmerij v okviru nacionalne zakonodaje.

Naša nacionalna delovna zakonodaja je še pred sprejemom priporočila MOD št. 198 v Zakonu o delovnih razmerjih (Uradni list RS št. 42/2002, v nadaljevanju ZDR) opredelila delovno razmerje in njegove značilnosti, ki so podlaga za ugotavljanje obstoja delovnega razmerja v konkretnem primeru.

V skladu z opredelitvijo v ZDR je delovno razmerje med delavcem in delodajalcev, v katerem se delavec prostovoljno vključi v organiziran delovni proces delodajalca in v njem za plačilo osebno in nepretrgoma opravlja delo po navodilih in pod nadzorom delodajalca.

V skladu s 4. členom ZDR se lahko za delovno razmerje šteje, če:

- se lahko ugotovi **podrejenost** delavca delodajalcu (subordinacija), kar se odraža v vključenosti delavca v organizacijski proces delodajalca,
- delavec delo opravlja **osebno**, kar pomeni, da ni mogoče, da bi delo opravljal po drugi osebi,
- tveganje za uspeh opravljenega dela nosi delodajalec, kar pomeni, da delavec delo opravlja po navodilih in **pod nadzorom delodajalca**,
- je delo delavca **nepretrgana** dejavnost, pri kateri rok (razen pri delu na določen čas) nima bistvenega pomena, pomembna pa je določitev in razporeditev delovnega časa,
- delavec za svoje delo **prejme plačo**, ki je vezana na zakonske norme o najnižji plači, kar pomeni, da je določena spodnja meja plačila za delo, ne pa tudi zgornja meja.

Če ima osebnopravno razmerje zgornje značilnosti, se delovno razmerje ne sme skleniti po pravilih obligacijskega prava, temveč je potrebno interese delavca zaščititi z veljavnimi

delovnopravnimi predpisi. Obligacijsko razmerje gradi na enakopravnosti strank razmerja, zato jim predpisi omogočajo avtonomijo urejanja njihovih razmerij, urejanje delovnopravnega razmerja pa upošteva neenakost delavca v delovnem razmerju in ga v določenem obsegu zaščiti. Poleg tega iz delovnega razmerja izhajajo določene socialne in druge pravice, do katerih delavec ne bi imel pravic v primeru pogodb civilnega prava.

Temeljni pravni predpis, ki ureja minimalne pravice delavcev v delovnem razmerju, je ZDR. Večji del ZDR govori o vprašanjih, ki se nanašajo na pogodbo o zaposlitvi. Določa obliko in stranki pogodbe, pogodbeno svobodo, pravice in obveznosti strank pri sklepanju pogodbe, vsebino pogodbe, obveznosti strank in suspenz pogodbe. Pomembno je tudi, da v tretjem poglavju določi obseg minimalnih pravic, obveznosti in odgovornosti iz delovnega razmerja v zvezi s pripravništvom, poskusnim delom, plačilom za delo, delovnim časom, nočnim delom, odmori in počitki, letnim dopustom in drugimi odsotnostmi z dela z nadomestilom plače. Ureja tudi uveljavljanje in varstvo pravic, obveznosti in odgovornosti iz delovnega razmerja.

V skladu z drugim odstavkom 5. člena ZDR je delodajalec po tem zakonu tudi diplomatsko predstavništvo, ki zaposluje delavce. Zakon namreč določa, da je delodajalec po tem zakonu pravna in fizična oseba ter drug subjekt, kot je državni organ, lokalna skupnost, podružnica tujega podjetja ter diplomatsko in konzularno predstavništvo, ki zaposluje delavca na podlagi pogodbe o zaposlitvi.

Poleg heteronomnih predpisov delovno razmerje med delavcem in delodajalcem urejajo tudi avtonomni predpisi. Najpomembnejše med njimi so kolektivne pogodbe. Kolektivna pogodba je pravni akt, s katerim se podrobneje urejajo pravice, obveznosti in odgovornosti delavcev, zaposlenih pri delodajalcih. Uredijo se tudi medsebojne pravice in obveznosti predstavnikov delavcev in delodajalcev, ki sta pogodbo sklenila (Mežnar, 2004:141). ZDR je predpisal samo minimalne pravice delavcev, kolektivna pogodba pa je sporazum, ki te pravice lahko razširi in podrobneje uredi pogoje dela.

Na področju kolektivnih pogodb je bil pred pol leta sprejet Zakon o kolektivnih pogodbah (Uradni list RS št. 43/2006, v nadaljevanju ZkolP), ki je prinesel vrsto novosti, vendar še ne vemo, kaj novi sistem in nove določbe pomenijo v praksi.

Novi sistem kolektivnih pogodb prinaša nove rešitve. Namesto obveznega sistema pogajanj uvaja svobodna oziroma prostovoljna pogajanja, določa standarde za zaposlene, natančno opredeljuje stranke kolektivnih pogodb in prinaša splošno in razširjeno veljavnost pogodb in mirno reševanje sporov.

Novi zakon izhaja iz načela, naj bo sklepanje pogodb svobodno in prostovoljno, kar do sedaj ni bilo omogočeno. Zaradi tega načela zakon ne predpisuje obveznega sklepanja kolektivnih pogodb, ne predpisuje obvezne vsebine in ne določa vrst kolektivnih pogodb. Zdaj je sklepanje kolektivnih pogodb odvisno le od volje in interesa obeh strank.

Zaradi prostovoljnosti imajo možnost sklepanja pogodb le tista združenja delavcev ali delodajalcev, ki so prostovoljna. V zasledovanju pogodbenega značaja nova pravna ureditev določa, da kolektivna pogodba velja le za stranke, ki so jo sklenile. Predvidena je tudi splošna in razširjena veljavnost sklenjenih kolektivnih pogodb. Splošna veljavnost pomeni, da kolektivna pogodba, če jo sklene eden ali več reprezentativnih sindikatov, velja za vse delavce pri delodajalcu, za katerega kolektivna pogodba velja, ne glede na članstvo delavcev v sindikatu.

Razširjena veljavnost je možnost, ki nas še zlasti zanima v primeru diplomatskih predstavništev. Z razširjeno veljavnostjo ima minister, pristojen za delo, na predlog ene od strank kolektivne pogodbe možnost razširiti veljavnost kolektivne pogodbe na vse delavce in delodajalce ne glede na članstvo delavcev v sindikatu ali članstvo delodajalcev v združenju delodajalcev. Možnost, da se bodo različna tuja diplomatska predstavništva združila v združenje delodajalcev, ni verjetna. Prav tako ni verjetno pričakovati, da bi se diplomatska predstavništva želela prostovoljno vključiti v pogajanja za podpis kolektivne pogodbe. Največja verjetnost, da bi tudi za lokalno zaposlene delavce na diplomatskih predstavništvih veljala kolektivna pogodba, se na prvi pogled zdi možnost, ki jo z razširjeno veljavnostjo ponujajo kolektivne pogodbe. ZDR z določitvijo zgolj minimalnih pravic predvideva, da bo med delavci in delodajalci prišlo do sklenitve

kolektivnih pogodb. ZKoliP ni bil oblikovan z namenom, da bodo minimalne pravice obveljale kot edine pravice. Če bi slovenski okvir kolektivnih pogodb predvidel, da bodo z razširjeno veljavnostjo kolektivne pogodbe veljale za vse delavce v Sloveniji, z izjemo delavcev na diplomatskih predstavništvih, to ne bi bilo v skladu z načelom enakosti pred zakonom.

2.2 DELOVNO RAZMERJE IN MEDNARODNO ZASEBNO PRAVO

Delovno razmerje, sklenjeno med domačim delodajalcem in delojemalcem doma, za delo, ki se bo opravljalo doma, ureja domače delovno pravo. Če se v tem pravnem razmerju kateri od domačih elementov zamenja z elementom tujine, pogosto nismo prepričani, pravna pravila katere države bodo urejala nastalo razmerje.

Odgovor na to, katero pravo, tuje ali domače, naj se uporabi pri takih pravnih razmerjih, lahko najdemo v mednarodnem zasebnem pravu. Med pravniki dogovorjen termin za sistem pravil pri ugotavljanju pravega prava nas lahko zavede. Ne gre namreč za mednarodno pravo, ki zavezuje države. Gre za notranje pravo držav, ko si pravni red na osnovi okoliščin, kot so državljanstvo, prebivališče, kraj opravljanja dela ipd. določi območje veljavnosti svojih pravil, ki jih morajo postavljeni organi izvajati, pravni in fizični subjekti pa spoštovati.

V današnjem času hitrega napredka, podiranja mej med državami, prostega pretoka delovne sile in kapitala je čedalje več razmerij, kjer pogodbene stranke ne prihajajo iz iste države, kjer kraj izvrševanja posla ni nujno domicil obeh strank. Zanimalo nas bo delovnopravno razmerje med tujim diplomatskim predstavništvom in domačimi delavci. Seveda pa z vidika pravil mednarodnega zasebnega prava ne bi bilo bistveno drugače, če predstavništvo ne bi imelo diplomatskega statusa in bi šlo preprosto za tujega delodajalca.

Ugotoviti želimo, zakaj se zadeva ne presoja apriorno po substančnih normah domačega prava in zakaj je potrebno upoštevati kolizijska pravila. Ukvarjali se bomo s tujim elementom v delovnem razmerju in ugotavljali, kdaj govorimo o tujem elementu in koliko tujih elementov je

potrebni, da lahko govorimo o uporabi kolizijskih pravil ter kdaj gre za notranje razmerje in kolizijske norme odpadejo.

Določitev merodajnega prava je v veliki meri odvisna tudi od tega, katero sodišče bo obravnavalo spor in kakšna pravila mednarodnega zasebnega prava veljajo v državi sodišča. Naš namen ni podrobneje analizirati pristojnosti po mednarodnem zasebnem pravu, vendar se moramo zaradi omenjene pomembnosti vprašanja s to temo vsaj seznaniti. Zaradi možnosti obravnave pred sodišči različnih držav, bomo v nadaljevanju primerjali pravo mednarodnega zasebnega prava različnih držav.

Razvoj pravil mednarodnega zasebnega prava je prehodil dolgo pot. Francozi pred uvajanjem Code de civile sploh niso obravnavali možnost uporabe tujega prava. (Cigoj, 1984:57). Vendar so države spoznale pomen mednarodnega zasebnega prava in ga kodificirale. Kljub temu še vedno govorimo o samostojnih pravnih redih in znotraj njih o samostojnih rešitvah.

Poudariti je potrebno še, da bomo govorili o področju delovnega prava. Delovno pravo je mejno področje, na katerem država pušča omejeno svobodo za dogovarjanje. Delovno pravo je stalno na meji med zasebnopravnim in javnopravnim. Prav zato imajo norme neposredne uporabe tako velik vpliv ravno v delovnem pravu. Delovno pravo ima v nasprotju z obligacijskim pravom veliko organizacijskih pravil, pravil o odvijanju delovnega razmerja, pravil, ki dajejo vsebino delovnemu razmerju, tako da je volja strank glede ureditve delovnega razmerja omejena, v ostalem za vsebino delovnega razmerja poskrbi zakonska norma (Cigoj, 1987: 394). V sklop pogodbenih razmerij je delovno pravo z vključitvijo delovnega razmerja uvrstila tudi Rimska konvencija o uporabi prava pri pogodbenih obligacijskih razmerij (v nadaljevanju Rimska konvencija), vendar ga je s svojimi določbami jasno ločila od ostalih obligacijskih razmerij (podobno tudi potrošniško pogodbo). Konvencija je poudarila pomen norm neposredne uporabe in se postavila na stran delojemalca. Dodati je potrebno še, da govorimo izključno o individualnih delovnih pogodbah in se ne dotikamo sfere kolektivnih delovnih pogodb. Kolektivne delovne pogodbe so del prava države in se kot take upoštevajo, ko smo že izbrali pravo, ki naj se uporabi.

Ugotoviti moramo, kaj je podlaga za odločanje o uporabi domačega ali tujega prava. Pregledali bomo, kako in s katerimi kodifikacijami druge države rešujejo mednarodno-zasebnopravne zadeve ter kateri zakon je relevanten za Slovenijo. Ker se v svetu pojavlja težnja po urejanju mednarodno pravnih odnosov na naddržavni ravni, bomo z delovnih razmerij z diplomatskim predstavništvom analizirali Rimsko konvencijo, ki jo je ratificirala tudi Slovenija. Nato si bomo ogledali vpliv norm neposredne uporabe in instituta javnega reda. Na koncu drugega poglavja bomo spoznanja strnili in jih uporabili pri ugotavljanju delovnega prava po pravilih mednarodnega zasebnega prava, ki velja za delovno razmerje slovenskih delavcev z diplomatskim predstavništvom.

2.3 DELOVNOPRAVNO RAZMERJE S TUJIM ELEMENTOM

Ugotoviti moramo, kdaj lahko govorimo o pravnem razmerju s tujim elementom. Tuj element je tista lastnost delovnega razmerja, ki je razlog za uporabo pravil mednarodnega zasebnega prava. Če pravno razmerje nima mednarodnega elementa, se presoja po domačem pravu in zanj ne veljajo kolizijske norme (Geč-Korošec, 2001:99).

Kaj je »tuj element«? V literaturi ga imenujejo mednarodni element, element tujine oziroma mednarodno obeležje (Varadi, 1987:25). Tuj element ima lahko tri pojavne oblike: nastopa kot subjekt, kot objekt ali kot pravice in dolžnosti (Varadi, 1987:25). O tujem elementu kot subjektu govorimo, kadar je ena od strank tuj državljan. Dovolj je tudi, da ima v tujini stalno bivališče oziroma prebivališče. O tujem elementu kot objektu govorimo, kadar je mesto nahajanja stvari, npr. zemljišče, v tujini. Tuji element v pravicah in obveznostih nastane, kadar je mesto izpolnitve v tujini (Varadi, 1987:25).

Vsak pravni red določa območje, kamor sežejo njegova pravila. Meje območja, kjer pravni red velja, določajo različne okoliščine – navezne okoliščine. Če te okoliščine (državljanstvo, prebivališče, sedež pravne osebe, lega) segajo v en pravni red, potem jih ureja ta pravni red. Kakor hitro te okoliščine posegajo v več pravnih redov, je potrebno upoštevati vse te pravne rede (Cigoj, 1984:25). Te okoliščine predstavljajo tuj element, zaradi katerega je treba poseči po kolizijskopravnih normah. Tuj element je ena izmed predpostavk mednarodnega zasebnega

prava, ki ga loči od zasebnega prava. Ko tuj element opredelimo, se vprašamo, ali bomo uporabili substančno normo domačega prava ali se bodo upoštevala kolizijska pravila. Brez tujega elementa bi mednarodno zasebno pravo težko opredelili (Varadi, 1987:27).

Vprašanje je, kdaj je tuj element dovolj »močan«, da sproži uporabo kolizijskih norm, oziroma ali vsak tuj element povzroči uporabo pravil mednarodno zasebnega prava. Nekateri pravni redi strožje predpisujejo prisotnost tujega elementa. Denimo zahtevajo, da ima vsaj ena stranka sedež v tujini. V slovenskem Zakonu o mednarodnem zasebnem pravu in postopku (UL RS št. 56/1999, v nadaljevanju ZMZPP) te zahteve ni (Geč-Korošec, 2001:99). ZMZPP bi lahko torej izbral pot strožje kvalifikacije tujega elementa, tako da bi določil, kateri pogoji morajo biti izpolnjeni, da gre za razmerje s tujim elementom. ZMZPP v prvem odstavku 1. člena določa le: »...da vsebuje pravila o določanju prava, ki ga je treba uporabiti za osebna, družinska, delovno socialna, premoženjska in druga civilnopravna razmerja z mednarodnim elementom«. Nikjer ni opredeljeno, kakšne lastnosti naj bi ta mednarodni element imel, da se šteje kot relevanten tuj element, na podlagi katerega se lahko uporabi ZMZPP.

Cigoj govori o tujem elementu v različnih primerih: ko je delojemalec tujec, ko domači delojemalci delajo v tujini, tako pri domačem delodajalcu kot tudi pri tujem delodajalcu, in na koncu tudi, če delojemalec dela v domači državi pri tujem delodajalcu (Cigoj, 1987:394). Cigoj torej priznava tujega delodajalca v Sloveniji kot relevanten tuj element. Varadi (1987:26) kot relevanten tuj element navaja domicil stranke. V primeru pravne osebe ne moremo sicer govoriti o domicilu, ampak o sedežu pravne osebe, kar pa je analogno domicilu pri fizičnih osebah. Končarjeva (1993:57) temu nasprotuje in trdi, da v tem primeru ne pride do kolizije norm in da apriorno velja pravo kraja, kjer se delo opravlja. Vendar moramo njeno trditev zavrniti tudi s sodno prakso, ki temelji na stališču, da je tuj delodajalec relevanten tuj element: »Spor, v katerem je tožnik državljan Republike Slovenije, drugotožena stranka pa tuja pravna oseba s sedežem v tujini, je treba šteti za spor z mednarodnim elementom«¹.

¹ Sodba Višjega delovnega in socialnega sodišča v Ljubljani z dne 27.11.2003, sklep z opravilno številko Pdp 495/2003. Dostopno na http://www.sodnapraksa.si/default.asp?k=doc_content&baza=VDSS&oid=696&highlight=Pdp+495%2F2003

Vprašanje je tudi, ali za diplomatsko predstavništvo velja, da ima sedež v državi, ki jo predstavlja, in ali bi lahko zavzeli stališče, da je sedež posameznega diplomatskega predstavništva v državi, kjer deluje. Stališče, da diplomatsko predstavništvo ni samostojni pravni subjekt in ima pravno osebnost le v svojstvu države, ki jo predstavlja, je poleg nekaterih pravnih piscev (Jankovič, 1988:88-89) zavzela tudi nemška sodna praksa: »Pri ambasadah gre za organ tuje suverene države, ki kot predstavništva tuje države opravljajo naloge zunanjega predstavljanja matične države na tujem ozemlju«². Konkretna tožba je bila naperjena zoper Združene države Amerike, čeprav je šlo za spor med fizično osebo z nemškim državljanstvom in ambasado Združenih držav Amerike v Bonnu. Nemško sodišče je ta spor obravnavalo kot spor z mednarodnim elementom.

2.4 DOLOČITEV PRISTOJNOSTI V SPORIH Z MEDNARODNIM ELEMENTOM

2.4.1 PRISTOJNOST PO ZMZPP IN ZPP

Pristojnost sodišča je izključno v domeni nacionalne zakonodaje. Zakon določi, kdaj je slovensko sodišče pristojno in kdaj ne. Vendar pa mora pri tem paziti na usklajenost z ostalimi državami in določiti pristojnost po takih merilih, da bodo izdane sodbe priznane tudi v tujini (Geč-Korošec, 2002:206).

ZMZPP vsebuje poleg materialnih tudi procesne določbe, ki se upoštevajo, kadar se obravnava spor z mednarodnim elementom. Splošna določba o pristojnosti kot glavno navezno okoliščino za pristojnost sodišča postavlja stalno prebivališče oziroma sedež toženca (48. člen ZMZPP). ZMZPP določa, da je slovensko sodišče izključno pristojno, kadar to določa ta ali kak drug zakon. Določbe o pristojnosti vsebuje tudi ZPP. V 29. členu ta določa pristojnosti slovenskih sodišč v sporih z mednarodnim elementom. Sodišče Republike Slovenije je pristojno za sojenje, kadar je njegova pristojnost v sporu z mednarodnim elementom izrecno določena z zakonom ali mednarodno pogodbo. Če v zakonu ali mednarodni pogodbi ni izrecne določbe o mednarodni

² Sodba nemškega zveznega delovnega sodišča z dne 20.11.1997, vir [www. http://www.rome-convention.org/cgi-bin/search.cgi?screen=view&case_id=429](http://www.rome-convention.org/cgi-bin/search.cgi?screen=view&case_id=429), več o tem primeru v predzadnjem poglavju

pristojnosti za določeno vrsto spora, je sodišče Republike Slovenije pristojno za sojenje v tovrstnem sporu tudi tedaj, kadar njegova pristojnost izvira iz določb o krajevni pristojnosti.

V 57. členu ZMZPP določa, da je v individualnih delovnih sporih sodišče Republike Slovenije pristojno tudi tedaj, kadar se delo opravlja ali se je opravljal oziroma bi se moralo opravljati na območju Republike Slovenije. Zanimiva določba bi bila morda še 59. člen istega zakona, ki določa, da je sodišče Republike Slovenije pristojno tudi v sporih zoper fizično ali pravno osebo, ki ima sedež v tujini, če ima v Republiki Sloveniji svojo podružnico ali je v Republiki Sloveniji oseba, ki ji je zaupano opravljanje njenih poslov, za spore, ki izvirajo iz poslovanja te podružnice oziroma te osebe na območju Republike Slovenije. Ta določba bi se lahko nanašala na diplomatsko predstavništvo, saj smo ugotovili, da le to predstavlja matično državo v Sloveniji.

Iz določbe 57. člena ZMZPP tako ne izhaja izključna pristojnost za vse delovnopravne spore, ampak določa pristojnost slovenskih sodišč le takrat, ko je toženec slovenski državljan, kadar je običajni kraj dela v Sloveniji ali kadar spor poteka proti stranki, ki ima sedež oziroma prebivališče v tujini, vendar ima podružnico oziroma osebo, ki jo predstavlja v Sloveniji. Poudariti je treba, da se lahko stranki, kadar ni določena izključna pristojnost sodišča, sporazumeta, da jima sodi na prvi stopnji sodišče, ki ni krajevno pristojno, toda le če je to sodišče stvarno pristojno. Tak sporazum strank velja le, če je v pisni obliki in se nanaša na določen spor ali bodoče spore, ki bi morebiti nastali iz določenega pravnega razmerja (69. člen ZPP).

Sodišče mora na pristojnost paziti po uradni dolžnosti. Če sodišče med postopkom ugotovi, da za odločitev o sporu ni pristojno sodišče Republike Slovenije, se po uradni dolžnosti izreče za nepristojno, razveljavi opravljena pravdna dejanja in zavrže tožbo, razen v primerih, ko je pristojnost sodišča Republike Slovenije odvisna od privolitve tožene stranke, ki je v to privolila. Pomembno pa je vedeti, da ko se sodišče enkrat razglasi za pristojno, pravda teče naprej, ne glede na kasnejšo spremembo okoliščin (Geč-Korošec, 2002:228). Gre za t.i. prorogatio fori - ustalitev pristojnosti. Za določitev pristojnosti so tako odločilna dejstva, ki obstajajo, ko postopek začne teči (89. člen ZMZPP).

2.4.2 PRISTOJNOST PO UREDBI SVETA ES ŠT. 44/2001

Slovenijo po vstopu v Evropsko unijo uredbe Sveta ES neposredno zavezujejo. Zato je v nadaljevanju predstavljena še Uredba Sveta ES št. 44/2001³ (OJ L 12/1) in njene določbe o pristojnosti.

Uredba v 2. členu kot splošno navezno okoliščino za določitev pristojnosti določa stalno prebivališče. Državljan članice naj bo tožen v državi, kjer ima stalno prebivališče. Za presojo pristojnosti za sojenje državljanu nečlanice naj se uporabi pravo države, kjer ima toženec stalno prebivališče.

Posebna ureditev za individualne delovne pogodbe je v petem razdelku v členih od 18 do 21. Drugi odstavek 18. člena določa, da je v sporih med delojemalcem, državljanom članice in delodajalcem, ki ima domicil izven EU, ampak ima podružnico oziroma organ v državi članici, pristojno sodišče te države članice. Domnevamo lahko, da je pri lokalno zaposlenemu delavcu diplomatskega predstavništva domicil oziroma stalno prebivališče v državi članici, kjer je podružnica oziroma organ. Če je tožen delodajalec, ki ima domicil v državi članici, je pristojno sodišče te države članice, razen če je delavec delo običajno opravljal v drugi državi članici. V tem primeru je pristojno sodišče države članice, kjer je opravljal delo. Delodajalec lahko sproži postopek samo pred sodišči države članice, kjer ima delavec stalno prebivališče (20. člen). Možnost dogovora o pristojnosti, ki je bil sklenjen po nastanku spora ali ki omogoča delavcu, da sproži postopek pred sodišči, ki niso navedena v tem razdelku, določa 21. člen..

Vidimo, da uredba določa uporabo pravil o pristojnosti posameznih držav članic, tako da ureja razmerja med njimi. Uredba Sveta ES nima vpliva in ne želi vplivati na države nečlanice. Proti državljanu nečlanice se uporablja samo takrat, kadar ima ta stalno prebivališče v EU.

³ Council Regulation (EC) No 44/2001 of 22 December 2000 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters. Dostopno na http://europa.eu.int/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexapi!prod!CELEXnumdoc&lg=EN&numdoc=32001R0044&model=guichett

2.5 PRIMERJALNOPRAVNI PREGLED UREDITEV MEDNARODNEGA ZASEBNEGA PRAVA

V Nemčiji so kolizijske norme uredili v uvodnem zakonu k *Bürgerlichen Gesetzbuch* (Einführungsgesetzbuch zum Bürgerlichen Gesetzbuch, v nadaljevanju EGBGB), ki v svojem 30. členu določa pravila za delovne pogodbe in delovna razmerja za posameznike (Arbeitsverträge und Arbeitsverhältnisse von Einzelpersonen). EGBGB določa, da si stranke lahko izberejo pravo, po katerem se naj presoja ta pogodba, vendar pa izbira prava ne sme pripeljati do tega, da bi delavec izgubil varstvo, ki mu ga nudijo prisilno pravna pravila, ki bi se upoštevala, če stranki ne bi uveljavili avtonomije. Avstrijci so mednarodno zasebno pravo na novo uredili v posebnem zakonu o mednarodnem zasebnem pravu, ki sedaj temelji na načelu državljanstva in načela najtesnejše povezanosti (Geč-Korošec, 2001:47). Avstrijsko pravo določa, da je izbira dopustna samo, če je izrecno izražena, ne pride pa v poštev, če obstajajo kogentne določbe zakona, ki bi ga bilo potrebno uporabiti, če stranke svoje avtonomije ne bi izkoristile, vendar le v primeru morebitnega prikrajšanja delavca, če se ta pravila ne bi uporabila. V francoski sodni praksi se v prvi vrsti uporablja avtonomija strank, pri čemer pa je potrebno upoštevati omejitve administrativnih (policijskih) zakonov (Cigoj, 1987:520).

Poseben sistem velja na anglo-ameriškem področju. To območje se naslanja na t.i. sistem common law, pri katerem ni kodifikacij prava, temveč se načela oblikujejo v praksi (angl. *case law*), ki se naslanja na mnenja pravnikov s priznano avtoriteto (Cigoj, 1984:284). V Veliki Britaniji se sicer v zadnjih letih pojavljajo težnje po kodifikaciji kolizijskih pravil predvsem zaradi olajšanja trgovinskih in drugačnih stikov s kontinentalno Evropo (Geč-Korošec, 2001:48). Pri tem je treba omeniti, da je Velika Britanija kot članica EU ratificirala Rimsko konvencijo o uporabi prava pri pogodbenih obligacijskih razmerjih, kar lahko pojmuje kot korak h kodifikaciji mednarodno zasebnega prava. S tem se angleško kolizijsko pravo približuje evropskemu kontinentalnemu sistemu (Geč-Korošec, 2001:48) in se oddaljuje od ameriškega. V Združenih državah Amerike je težnja še vedno na tehtanju oziroma preudarjanju argumentov v konkretnem primeru (Geč-Korošec, 2001:49). Omeniti je treba ameriški Restatement of the law of conflicts of law. Restatement ni kodifikacija, pač pa je zbirka načel, delno povzetih po sodni praksi, dodane pa so teoretične misli. Prvič je bil objavljen že leta 1934, prenovljen pa leta 1971 (Cigoj, 1984:285). Američani poznajo več pristopov k reševanju konkretnih situacij, ena izmed

njih je recimo uporaba ugodnejšega prava, ki se izbere med več zakoni, ki si med seboj konkurirajo, da bi se dosegel določen cilj, na primer varstvo šibkejšega (Geč-Korošec, 2001:49). Druga metoda tehta interes države, da se uporabijo njene pravne norme. Skupaj obstaja okoli deset metod, njihova uporaba pa je prepuščena izbiri sodnika (Geč-Korošec, 2001:49). Razlika je seveda v tem, da gre v ZDA ponavadi za kolizijsko pravo med ameriškimi državami, v Evropi pa za kolizijo med več samostojnimi pravnimi redi. Evropski sodnik mora tako posamezen primer z mednarodnim elementom rešiti na podlagi strogih kolizijskih pravil in ne more uporabljati metod, ki bi mu omogočile kolizijskopravno rešitev (Geč-Korošec, 2001:49).

V zadnjih letih se torej pojavljajo težnje po enotni ureditvi mednarodnega zasebnega prava. Največji korak je pri tem napravila Evropska unija z uvedbo Rimske konvencije o uporabi prava v pogodbenih obligacijskih razmerjih, s katero je poenotila mednarodno zasebno pravo v razmerjih med članicami EU. Hkrati je z Rimsko konvencijo poenotila tako različne sisteme, kot je angleški v primerjavi z kontinentalnim, pa tudi romanski sistemi so se v preteklosti razlikovali od germanskih. Rimska konvencija sedaj zavezuje vse članice EU in enotno ureja pogodbeno obligacijska razmerja.

2.6 SLOVENSKO MEDNARODNO ZASEBNO PRAVO IN NJEGOV RAZVOJ

2.6.1 RAZVOJ

V času Jugoslavije je bilo urejanje kolizijskih norm v pristojnosti federacije (Geč-Korošec, 2001:50). Ker je bila kolizijska ureditev razpršena po specialnih zakonih (Zakon o dedovanju, Zakon o zakonski zvezi in družinskih razmerjih, ipd.), so ti z ustavnimi amandmaji leta 1971 prešli pod pristojnost republik in ne več federacije. Kolizijske norme na teh področjih so tako prenehale veljati, njihove temelje pa je uredil šele zakon o ureditvi kolizije zakonov s predpisi drugih držav v določenih razmerjih leta 1982. Poleg te splošne ureditve je obstajalo še veliko specialnih kolizijskih norm po zakonih, ki so obravnavali različna področja (Zakon o pravnem postopku, Zakon o pomorski in notranji plovbi, itd.).

2.6.2 USTAVA REPUBLIKE SLOVENIJE IN MEDNARODNO ZASEBNO PRAVO

Posredno se pravil mednarodnega zasebnega prava dotika že Ustava RS, ki v 8. členu določa: »...zakoni in drugi predpisi morajo biti v skladu s splošno veljavnimi načeli mednarodnega prava in z mednarodnimi pogodbami, ki obvezujejo Slovenijo. Ratificirane in objavljene mednarodne pogodbe se uporabljajo neposredno«. 13. člen Ustave RS poudarja, da: »...imajo tujci v Sloveniji v skladu z mednarodnimi pogodbami vse pravice, ki so zagotovljene s to Ustavo in z zakoni, razen tistih, ki jih imajo po ustavi ali zakonu samo državljani Slovenije in še nekaj jih je, ki urejajo razmerja mednarodnega zasebnega prava«.

2.6.3 ZAKON O MEDNARODNEM ZASEBNEM PRAVU IN POSTOPKU

Leta 1999 je bil v Sloveniji sprejet Zakon o mednarodnem zasebnem pravu in postopku, ki prevzema bistvene rešitve prejšnjega zakona. Ta vsebuje pravila o določanju prava, ki ga je potrebno uporabiti za osebna, družinska, delovno socialna, premoženjska in druga civilnopravna razmerja z mednarodnim elementom ter tudi pravila o pristojnosti sodišč in drugih organov Republike Slovenije za obravnavanje prej naštetih razmerij, pravila postopka in pravila za priznanje in izvršitev tujih sodnih in arbitražnih odločb ter odločb drugih organov (1. člen ZMZPP). Že iz imena je razvidno, da ZMZPP ureja tako materialne kot tudi procesne norme mednarodnega zasebnega prava.

ZMZPP ureja le del vsebin, ki sodijo v mednarodno zasebno pravo. Po mnenju teorije ta panoga poleg kolizijskih pravil, ki so zajeta v ZMZPP, obsega še substančna materialna pravila, med njimi tudi norme neposredne uporabe (Ilešič in drugi, 1992:20). Prav tako ne zajame vseh kolizijskih pravil, temveč se osredotoči samo na »klasična« civilna področja, t.j. statusna, družinska in premoženjska oziroma druga materialnopravna razmerja. Zakon povzema teoretično stališče, po katerem je bistvena predpostavka za uporabo pravil mednarodno zasebnega prava mednarodni element v pravnem razmerju (Ilešič in drugi, 1992:21).

ZMZPP se ne uporablja za razmerja, ki so urejena v drugem zakonu ali mednarodni pogodbi (4. člen). Če nas torej z določeno državo zavezuje ratificirana bilateralna ali multilateralna pogodba (kot je to na primer Rimska konvencija o uporabi prava v pogodbenih obligacijskih razmerjih), se morajo uporabiti določila pogodbe in ne ZMZPP. Navedeni člen predstavlja načelo prednosti mednarodnih pogodb pred pravili notranjega prava (Ilešič in drugi, 1992:24). Prav tako je izključena uporaba ZMZPP, če je isto razmerje urejeno v drugem, bolj podrobnem zakonu (načelo *lex specialis derogat lex generalis*).

Za naš primer pomemben člen je 21. člen ZMZPP, ki govori o pogodbah o zaposlitvi s tujim elementom. Pri uporabi tega člena je potrebno upoštevati splošna načela o uporabi ZMZPP.

2.6.4 POGODBE O ZAPOSLOTVI S TUJIM ELEMENTOM V ZMZPP

Kaj pravi ZMZPP o delovnih razmerjih z tujim elementom? V 19. členu ZMZPP določa, da se za pogodbo uporabi pravo, ki sta ga izbrali pogodbeni stranki, če ta zakon ali mednarodna pogodba ne določa drugače. Posebna določba 21. člena ZMZPP pa v prvem odstavku določa, da se za pogodbo o zaposlitvi uporablja pravo države, v kateri delavec po pogodbi običajno opravlja delo. Pomemben je torej kraj, ki je v delovni pogodbi naveden kot kraj, kjer se delo običajno opravlja. Pod običajno se ne šteje, če delavec v določeni državi dela začasno. Tretji odstavek določa, katero pravo se uporabi v primeru, če delavec dela običajno ne opravlja samo v eni državi. V tem primeru se uporabi pravo države, kjer ima delodajalec svoj sedež oziroma prebivališče. Zdi se torej, da ZMZPP ne dopušča avtonomne izbire prava. Vendar četrti odstavek strankama daje možnost, da izbereta pravo, ki naj bo v veljavi, vendar s to izbiro stranki ne moreta izključiti prisilnih določb o varstvu delavčevih pravic, ki jih vsebuje pravo države, ki bi se uporabilo v primeru, da stranki prava ne bi izbrali. V tem ZMZPP sledi Rimski konvenciji.

Določba 21. člena ZMZPP je, čeprav ne povsem dobesedno, prevzeta iz Rimske konvencije. Tako kot Rimska konvencija, dopušča avtonomijo strank, ki pa ne more izključiti prisilnih določb o varstvu delojemalčevih pravic, ki bi jih imel po tistem pravu, ki bi se upoštevalo, če stranki ne bi izbrali prava. Tako ugotovimo, da se avtonomija lahko uporabi samo za izboljšanje

položaja delojemalca. Navezne okoliščine, s pomočjo katerih ugotovimo, katero pravo naj se uporabi, ostajajo iste. Če delavec opravlja svoje delo običajno v eni državi, se uporabi pravo te države, v primeru da opravlja delo v več državah, se uporabi pravo, kjer ima delodajalec sedež oziroma stalno prebivališče. Tretje merilo iz Rimske konvencije je vsebovano v drugem 2. členu ZMZPP, ki pravi, da se v primeru, ko obstaja tesnejša povezava z drugim pravom, uporabi to pravo.

Ratificirana konvencija predstavlja *lex specialis* proti zakonu (Geč-Korošec, 2001:70), zato se, če gre za delovno razmerje med državami podpisnicami konvencije oziroma njenimi delavci in delodajalci, uporabljajo določila Rimske konvencije. Mednarodne bilateralne oziroma multilateralne pogodbe zavezujejo države podpisnice, ki jih z ratifikacijo sprejmejo v svoj notranji red. Če pa gre za odnos med Slovenijo in državo, ki konvencije ni podpisala, pa se upoštevajo kolizijska pravila ZMZPP.

2.7 RIMSKA KONVENCIJA O UPORABI PRAVA PRI POGODBENIH OBLIGACIJSKI RAZMERJIH

2.7.1 VELJAVNOST RIMSKE KONVENCIJE

Rimska konvencija o uporabi prava pri pogodbenih obligacijskih razmerjih je bila na voljo v podpis 19. junija 1980 v Rimu, veljati pa je začela 1. aprila 1991. Rimska konvencija je posledica razvoja mednarodno zasebnega prava in teženj takratne Evropske gospodarske skupnosti (EGS), da skupno uredi področje obligacijskega prava za vse države članice. Rimska konvencija je tako rezultat odrekanja držav članic Evropske skupnosti lastnim ureditvam v želji kompromisno doseči enakopravno uporabo kolizijskih norm za najpogostejša pravna razmerja (Knez, 1994:48). Čeprav je možnost podpisa te konvencije dana le državam članicam ES, pa je domet Rimske konvencije mnogo širši. Prvič, že zaradi preprostega dejstva, da se je ES v času od 1980 močno razširila, drugič pa zato, ker ima sama Rimska konvencija možnost vplivati tudi na države nepodpisnice in ima tako nekako univerzalni pomen (Knez, 1994:49). V 2. členu namreč pravi, da se uporabi vsako pravo, na katerega napoti ta konvencija, ne glede na to ali gre za pravo ene od pogodbenic ali ne. Določba je predvsem uporabna, kadar gre za vprašanje

uporabe prava med državo pogodbenico in državo nepogodbenico. Poleg tega so države podpisnice s podpisom dveh protokolov k Rimski konvenciji prenesle dolžnost razlage na Evropsko sodišče in s tem poskrbele za enotno razlago same konvencije in zmanjšale možnost konfliktov, ki bi lahko nastali iz različnih interpretacij besedila konvencije.

K Rimski konvenciji in njenima dvema protokoloma je pristopila tudi Slovenija. Ratifikacija je bila izvedena z Zakonom o ratifikaciji konvencije o pristopu h konvenciji o uporabi prava v pogodbenih obligacijskih razmerjih, ki je bil objavljen v Uradnem listu RS št. 115/2005. Hkrati s Slovenijo so h konvenciji pristopile vse nove članice EU, ki so v evropsko družino vstopile 1. maja 2004.

Mednarodne konvencije seveda veljajo le za države, ki so jih podpisale in ratificirale in jim s tem podelile moč veljave. Določbe Rimske konvencije se uporabljajo primarno v odnosih med državami podpisnicami (konkretno pri rimski konvenciji gre za države, ki so članice EU), določbe ZMZPP pa šele subsidiarno, če Rimska konvencija določenega vprašanja ne obravnava oziroma kadar gre za razmerje, kjer tuj element prihaja iz države nepogodbenice.

2.7.2 RIMSKA KONVENCIJA IN OBLIGACIJSKA RAZMERJA

Kot že naslov pove, se Rimska konvencija primarno nanaša na obligacijska razmerja. Konvencija uvršča delovno pravo v svoj delokrog, kljub temu da delovnoppravna razmerja ne moremo poistovetiti z obligacijskimi razmerji. To je jasno razvidno tudi iz same strukture konvencije, saj le-ta obravnava delovno pravo kot izjemo od splošnega pravila.

Sama konvencija je sestavljena iz treh poglavij in skupno 33. členov. V prvem poglavju sta dva člena. Prvi zameji področje, na katerem želi konvencija učinkovati. Taksativno našteje področja, na katerih se konvencija ne uporablja. 2. člen je izredno zanimiv in pomemben, saj na nek način razširi učinkovanje konvencije tudi na države, ki je niso in je ne morejo podpisati (kot rečeno, jo lahko podpišejo le članice EU). Ta člen namreč izrecno določa, da se pravo, ki naj se uporabi po določitih konvencije, uporabi tudi takrat, kadar je to pravo države, ki ni članica pogodbenica (Knez, 1994:49). Določbe konvencije ne veljajo le takrat, ko pride do kolizije med pravom držav

pogodbenic, ampak lahko pogodbene stranke svobodno izbereta katerokoli pravo. Z drugimi besedami to pomeni, da lahko stranki za svoje materialnopravno razmerje uporabita pravo, ki njuna razmerja ureja najbolj v skladu z njunimi pričakovanji in se zanj sporazumeta ter o tem skleneta pogodbo, ki je veljavna tudi s strani mednarodno zasebnega prava. To dobrohotno vpliva na načelo podjetniške svobode (Knez, 1994:49).

V drugem poglavju tretjega člena je zapisano temeljno načelo urejanja pogodbenih razmerij s tujim elementom, t.j. avtonomija strank. Velja naj tisto pravo, ki ga kot veljavno izbereta stranki. Načelo je logično, saj je pri obligacijskem pravu poudarjena dispozitivnost. Če stranki lahko svoje razmerje urejata dispozitivno, naj dispozitivno odločata tudi o izbiri prava. Rešitev je povzeta po ustreznih rešitvah v mednarodno zasebnem pravu po različnih državah. Poudariti je treba, da gre za splošno ureditev, ki ne velja za sklepanje pogodb o delovnem razmerju, ki so izjema k splošnemu pravilu.

2.7.3 RIMSKA KONVENCIJA IN POGODBE O ZAPOSLOTVI

Pogodbe o sklenitvi delovnega razmerja so posebej urejene v 6. členu Rimske konvencije in predstavljajo delno izjemo od načela avtonomije. V 6. členu s podnaslovom Pogodbe o zaposlitvi je v prvem odstavku določeno, da izbira prava s strani pogodbenih strank v pogodbi o zaposlitvi ne sme pripeljati do izključitve prisilnih določb o varstvu pravic delavcev po pravu države, ki bi se uporabljalo v skladu z drugim odstavkom, če pogodbeni stranki ne bi izbrali prava. V primeru, da pogodbeni stranki v skladu s 3. členom ne izbereta prava in ne glede na določbe 4. člena, se za pogodbo o zaposlitvi uporablja:

- a) pravo države, v kateri delavec v izpolnjevanju pogodbe običajno opravlja svoje delo, tudi če je začasno napoten v drugo državo;
- ali
- b) pravo države, v kateri je poslovna enota, ki ga je zaposlila, če delavec običajno opravlja svojega dela samo v eni državi, razen kadar iz vseh okoliščin izhaja, da je pogodba tesneje povezana z drugo državo – v tem primeru se za pogodbo uporablja pravo te države. Ta

člen predstavlja podobno oziroma enako ureditev, kot je ureditev po posameznih evropskih državah.

Določba 6. člena Rimske konvencije določa, da izbira prava pri delovnih pogodbah ne more pripeljati do tega, da bi bila delojemalcu odvzeta pravica, ki mu jo jamči kogentni predpis prava, ki naj se uporabi v primerih manjkajoče izbire prava. To je običajno domovinsko pravo glede na navezno okoliščino najtesnejše koneksnosti, pri delovnopравниh razmerjih pa bo po tej posebni navezni okoliščini, določeni kot izjema od pravila, to predvsem pravo kraja, v katerem delojemalec, izpolnjujoč delovno pogodbo, običajno opravlja svoje delo. Varstvo delojemalcev je zagotovljeno tudi tako, da se morajo v pogodbi o zaposlitvi upoštevati tudi pravice, ki mu jih z obveznimi predpisi nudi pravo, ki bi sicer veljalo (Knez, 1994:52). Tudi kadar je končno ugotovljeno, katero pravo je treba uporabiti za delovna razmerja s tujimi elementi, je treba vendarle še nadalje ugotoviti ali naj bo res uporabljeno pravo po kolizijskih pravilih (po metodi odkazovanja) ali pa je treba morda dati prednost substančnim normam domačega prava. Treba je ugotoviti, kakšen je odnos odkazanega prava do pravnih norm, s katerimi pravni red razmerja s tujimi elementi neposredno ureja (Cigoj, 1987:393).

Kaj je pomembno pri obravnavi delovnega razmerja iz vidika 6. člena Rimske konvencije? Stranki imata pri izbiri prava, po katerem naj se obravnava konkretno delovno razmerje, še vedno avtonomijo. Vendar morata biti pri tem pozorni na to, katero pravo bi se upoštevalo, če ne bi izbrali drugega. To pravo se izbere na podlagi treh meril. Prvo je, kje delavec običajno opravlja svoje delo. Če delavec običajno opravlja svoje delo na območju neke države, se uporabi pravo te države. To velja tudi, če prehodno izpolnjuje delovno pogodbo v drugi državi. Drugo merilo se upošteva, če delavec opravlja svoje delo na področju več držav. V tem primeru se uporabi pravo države, kjer ima sedež delodajalec. Tretje merilo predstavlja izjemo od drugega, in sicer kadar iz vseh okoliščin izhaja tesnejša povezava s kako drugo državo. V tem primeru se uporabi pravo te države. Podlaga za odločanje, kje delavec običajno opravlja svoje delo, je ponavadi pogodba o zaposlitvi, kjer je naveden kraj dela. Delovno razmerje, ki sta ga sklenili stranki, mora delodajalcu jamčiti najmanj pravice, ki bi jih imel po pravu, izbranem po enem od teh meril. Lahko mu zagotavlja boljše pravice, ne more pa mu odvzeti teh pravic. Avtonomija torej obstaja, vendar je omejena.

2.7.4 RIMSKA KONVENCIJA IN NORMA NEPOSREDNE UPORABE

Rimska konvencija se v 7. členu dotika norm neposredne uporabe, ki jih bomo bolj podrobno obravnavali v naslednjem poglavju. Določba poskuša urediti vprašanje substančnih pravil mednarodnega zasebnega prava. Je nadgradnja 5. člena, ki ureja vprašanje potrošniških pogodb, podobno kot smo ugotovili za pogodbe o zaposlitvi, in 6. člena, ki ureja tovrstne pogodbe. Če prejšnja člena govorita o konkretnih kogentnih predpisih, ki jih je potrebno upoštevati pri konkretnih pogodbah, vsebuje 7. člen splošno določilo, da je potrebno upoštevati tudi prisilne predpise drugih držav, s katerimi je razmerje tesno povezano, če predpisi teh držav določajo prisilno uporabo. Določba 7. člena napoti, da je potrebno upoštevati norme neposredne uporabe. Kogentni predpisi niso nič novega in jih vsebujejo vsi pravni redi. Rimska konvencija skuša to vprašanje urediti tako, da sodišču da diskrecijsko pravico uporabiti tuje pravo ali pa mednarodne kogentne norme, če ta potreba izhaja iz okoliščin. Ker pa je diskrecijska pravica sodišča zelo široka, je nevarnost, da to pravilu odvzame moč, saj se takšna nevarnost vedno pojavi tam in takrat, ko se poveča diskrecijska pravica (Knez, 1994:53).

2.8 *NORME NEPOSREDNE UPORABE IN JAVNI RED*

2.8.1 *NORME NEPOSREDNE UPORABE*

Več je razlogov, ki govorijo v prid tezi, da je avtonomija pri izbiri prava neprimerna za delovno pravna razmerja. Prvič, upravičen je pomislek, da pogajalska moč strank ni enaka, še posebej, ker so pogodbe o zaposlitvi ponavadi v standardni obliki, pripravljene s strani delodajalca, in v resnici tukaj ni možnosti izbire. Ta argument se je še okreplil v zadnjih letih kot posledica gibanja za zaščito potrošnikov pred adhezijskimi pogodbami. Drugič, nekateri poudarjajo, da je potrebno poenotiti odnos do delavcev znotraj podjetja. Ta argument se nadalje povezuje s težnjami po enotnosti urejanja položaja delavca znotraj zakonodaj po vsem svetu in v okviru mednarodnih konvencij. Tretjič, odnos delodajalec-delojemalec čedalje bolj prehaja v polje, kjer javni interes pogojuje kogentno urejanje razmerij pred avtonomijo strank (Morgenstern, 1984:19).

Smisel instituta norm neposredne uporabe je v tem, da v pravu obstajajo pravila, ki jih z izbiro drugačnega prava ne moremo zaobiti. Norme neposredne uporabe se uporabijo ne glede na izbrano pravo. Izbrano pravo torej ne more posebej derogirati kogentnih predpisov, torej norm neposredne uporabe. Norme neposredne uporabe se na eni strani uporabljajo za zaščito državnih, političnih in gospodarskih interesov, na drugi strani pa se uporabljajo za zaščito šibkejših strank, predvsem v delovnem in potrošniškem pravu.

Da so norme neposredne uporabe zelo neoprijemljiv pojem pričajo tudi različni termini, ki so jim jih pripisali različni avtorji. Cigoj povzame, da se je teorija razvila na Francoskem kot teorija o političnih zakonih. Politični zakoni naj bi bili tisti, ki nimajo namena urediti razmerja privatnih oseb zaradi njihovih interesov, marveč želijo neposredno služiti državi, ki jih je sprejela (Thornsten v Cigoj, 1988:11). Kot politični zakoni so najprej obveljali policijski zakoni (zakoni o izvozu žita, urejanju uteži, varstvo otrok, promet z zemljišči). Italijani govorijo o normah nujne uporabe (*Regole di applicazione neccesaria*), Nemci jih poimenujejo *Eingriffsnormen*, angleško govoreči pravniki pa govorijo o *mandatory rules*. Pri tem velja opozoriti, da angleški izraz pomeni tudi kogentni predpis, vendar pa so norme neposredne uporabe več kot to. So še posebej zavezujoč kogentni predpis (Knez, predavanje na Pravni fakulteti Maribor).

Norme neposredne uporabe so unilateralne. Unilateralnost pomeni, da taka norma zanika legitimnost bilateralnih kolizijskih norm (Cigoj, 1988:12). Če smo prej rekli, da so bilateralne pogodbe *lex specialis* proti multilateralnim in da so multilateralne konvencije *lex specialis* proti zakonom (Geč-Korošec, 2001:70), moramo sedaj ugotoviti, da so norme neposredne uporabe zaradi svoje unilateralnosti *lex specialis* proti vsem prej navedenim in kot take po pravilu *lex specialis derogat lex generalis* v konfliktu derogirajo tako zakone kot mednarodne pogodbe. So substančne norme, ki jih treba neposredno uporabiti, kolizijsko pravilo tu ne pride v poštev (Cigoj, 1984:157). Norme neposredne uporabe urejajo pravna razmerja po lokalnem pravu, čeprav gre za mednarodna razmerja.

2.8.2 JAVNI RED

Z normami neposredne uporabe tesno povezan je izraz »ordre public« oziroma javni red. Izraz *ordre public* je prevzet iz francoskega Code civile. Odtod je naziv prešel tudi v druge jezike, *public policy*, *orden publico*, *ordine publico*, *Vorbehaltelklausel* (Cigoj, 1984:148). Splošno pravilo v mednarodnem zasebnem pravu je, da se tuje pravo ne sme uporabiti, če je v nasprotju z domačim javnim redom (Geč-Korošec, 2001:141). Elementi javnega reda naj bi bili temeljni morale, temeljni prava ter življenjski interesi države. Pridržek javnega reda ima pravno-tehnično dve funkciji, pozitivno in negativno. Pozitivna funkcija daje prednost uporabi domačega prava, negativna funkcija pa izključuje uporabo tujega prava, kadar bi taka uporaba bila neprimerna. *Ordre public* je danes splošno priznano obrambno sredstvo proti vdoru tujih idej v domači pravni red, razlog zanj pa so splošni interesi (Ilešič in drugi, 1992:25).

Po svoji naravi je pridržek javnega reda pravilo, ki ga je potrebno uporabiti po uradni dolžnosti (Cigoj, 1984:148). Pri konkretnem primeru mora sodišče na podlagi kolizijske norme najprej ugotoviti, katero tuje pravo naj se uporabi. Nato mora ugotoviti, ali uporaba tujega prava nasprotuje domačemu pravnemu redu. V zadnji fazi tuje pravo največkrat nadomesti pravo sodišča. Sodnik mora upoštevati samo domač javni red in ne tujega.

Javni red je jasno izražen v 5. členu ZMZPP: »Pravo, na katerega napotujejo določbe tega zakona, se ne uporabi, če bi bil učinek njegove uporabe v nasprotju z javnim redom Republike Slovenije«.

Norme neposredne uporabe izhajajo tudi iz Rimske konvencije⁴, iz njenega 7.člena, ki pravi, da je, kadar se po tej konvenciji uporablja pravo določene države, mogoče uporabiti prisilne določbe prava druge države, s katero je dejansko stanje tesno povezano, če in koliko se morajo po pravu te druge države določbe uporabljati ne glede na to, katero pravo se sicer uporablja za pogodbo. Pri odločitvi o uporabi teh prisilnih določb se upošteva njihova narava in namen ter

⁴ Konvencija o uporabi prava v pogodbenih obligacijskih razmerjih, podpisana 19.6.1980 v Rimu, Slovenija je konvencijo ratificirala z Zakonom o ratifikaciji konvencije o pristopu h Konvenciji o uporabi prava v pogodbenih obligacijskih razmerjih, Uradni List RS št. 115/2005.

posledice njihove uporabe oziroma neuporabe. Nobena določba te konvencije ne omejuje uporabe prisilnih določb prava države sodišča, pred katerim poteka postopek, ne glede na pravo, ki se sicer uporablja za pogodbo.

Javni red pa je vsebovan v 16. členu Rimske konvencije, ki določa, da se uporaba pravnega pravila katere koli države po tej konvenciji lahko zavrne le, če je taka uporaba očitno v nasprotju z javnim redom države sodišča, pred katerim postopek poteka.

Vidimo, da se v določenem delu, t.j. interesu države, pojma norme neposredne uporabe in javni red prekrivata. Javni red meri bolj na neka moralna načela poštenosti, ki se skrivajo v namenu določenih predpisov, medtem ko so norme neposredne uporabe bolj konkretne in merijo na zaščito koristi šibkejših strank. Vsak od njih ima še dodatne elemente. Če združimo oboje, ugotovimo, da se uporaba tujega prava izključi, kadar bi ta uporaba bila v nasprotju z:

- interesi države,
- načelom zaščite šibkejše stranke,
- moralo.

2.8.3 ZAKON O DELOVNIH RAZMERJIH KOT NORMA NEPOSREDNE UPORABE

ZDR je en izmed takšnih predpisov, za katerega lahko trdimo, da vsebuje norme neposredne uporabe. Izraža načelo zaščite šibkejše stranke – delojemalca. 3. člen ZDR o uporabi zakona izraža namen učinkovati kogentno proti vsem, torej tudi za diplomatska predstavništva v Sloveniji in jasno določa v svojem drugem odstavku, da se zakon »uporablja tudi za delovna razmerja med tujimi delodajalci in delavci, sklenjena na podlagi pogodbe o zaposlitvi na območju Slovenije«. Da imajo norme neposredne uporabe posebej močno oporo v delovnem pravu, potrjujeta tako Knez (1994:54) kot tudi Cigoj (1987:394). ZDR je norma neposredne uporabe, ki jo stranke in sodnik morajo upoštevati, kadar odločajo o konkretnem delovnopravnem razmerju, čeprav gre za delovno razmerje s tujim elementom in bi se na podlagi dogovora strank lahko uporabljalo tuje pravo. Norma neposredne uporabe je tako namenjena zaščiti šibkejše stranke in si prizadeva zagotoviti minimalne pravice delavcu. Ker je njen namen

zaščititi šibkejšo stranko, torej delavca, norma sama po sebi ni ovira, kadar je na podlagi tujega prava dogovorjeno za delavca ugodnejše razmerje.

2.8.4 AVTONOMIJA STRANK KLJUB NORMAM NEPOSREDNE UPORABE

Avtonomija strank pri sklepanju pogodb o delovnem razmerju torej še vedno obstaja, vendar je namenjena temu, da si lahko delojemalec izbori ugodnejše pogoje. Avtonomijo je potrebno obdržati, da si delavec lahko ob sklepanju pogodbe izbori ugodnejše rešitve (Cigoj, 1987:512). Norme neposredne uporabe preprečujejo avtonomijo, če bi le ta povzročila zmanjšanje delavskih pravic. Ne preprečujejo pa avtonomije, če ta izboljšuje delavčev položaj. Norme neposredne uporabe so pri delovnem pravu, s svojo posebno kognitivnostjo, usmerjene v zaščito delojemalca. Takšno avtonomijo dopušča tudi ZDR v drugem odstavku 7. člena: »S pogodbo o zaposlitvi oziroma s kolektivno pogodbo se lahko določijo pravice, ki so za delavca ugodnejše, kot jih določa ta zakon«. Če ZDR analiziramo v luči mednarodno zasebnega prava, vidimo, da dopušča izbor prava, če ta izbor pomeni izboljšanje položaja delavca. Uveljavlja pa neke minimalne pravice, mimo katerih avtonomija strank ne seže.

2.9 MERODAJNO PRAVO V PRIMERU ZAPOSLOTITVE NA DIPLOMATSKEM PREDSTAVNIŠTVU

Po preučitvi mednarodnega zasebnega prava s stališča ugotavljanja prava za delovno razmerje slovenskih delavcev na diplomatskih predstavništvi lahko ugotovitve zdaj strnemo in jih analiziramo v luči spora, do katerega bi lahko prišlo in pri katerem bi bilo potrebno ugotavljati merodajno pravo. Ugotovili smo, da tak spor sodi v mednarodno zasebno pravo, ker je tuj delodajalec zadosten tuj element, da mora sodišče, pred katerim se spor obravnava, upoštevati kolizijska pravila za ugotavljanje prava.

Druga ugotovitev se tiče pristojnosti sodišča. Splošna določba pove, da je slovensko sodišče pristojno, če je stalno prebivališče oziroma sedež toženca v Sloveniji. Ugotovili smo, da delodajalec kot toženec v našem primeru nima sedeža v Sloveniji. Po ZPP pa obstaja izjema od

navedenega pravila, ki dopušča pristojnost slovenskega sodišča, čeprav toženec nima sedeža v Sloveniji, ima pa v Sloveniji podružnico oziroma organ, ki ga predstavlja. Diplomatsko predstavništvo je tak organ, da lahko to izjemo upoštevamo skladno z 59. členom ZPP. Pristojnost slovenskega sodišča potrjuje tudi določba 57. člena, ki kot podlago za pristojnost slovenskega sodišča navaja dejstvo, da se delo opravlja na področju Slovenije. Določba 57. člena je prav tako *lex specialis* glede na splošno določbo, ki se opira na prebivališče toženca. Za spor iz individualnega delovnega razmerja, v katerem je običajen kraj dela opredeljen znotraj meja Slovenije, je tako pristojno slovensko sodišče.

Večji del obravnave mednarodnega zasebnega prava gre nato v smeri ugotavljanja prava. Pri tem je pomembno, ali delavec običajno opravlja svoje delo v Sloveniji ali kje drugje. Glede na to, da govorimo o administrativnem oziroma pomožnem osebju diplomatskega predstavništva tuje države v Sloveniji, lahko predpostavimo, da le to običajno opravlja svoje delo v Sloveniji. Drugo, kar je potrebno ugotoviti, je, ali sta delodajalec in delojemalec izbrala pravo, ki naj se uporabi v konkretnem primeru. V primeru da prava nista izbrala, se upošteva pravo kraja, kjer delavec običajno opravlja delo, to pa je slovenska delovnopravna zakonodaja oziroma ZDR.

V primeru da sta izbrala drugo pravo, se upošteva prvi odstavek 6. člena Rimske konvencije oziroma četrti odstavek 21. člena ZMZPP, ki pravita, da z izbiro prava stranki ne moreta derogirati prisilnih določb o varstvu delavca v pravu, ki bi se upoštevalo, če stranki prava ne bi izbrali. V našem primeru to pomeni, da morajo obveljati najmanj določbe ZDR, ki pomenijo varstvo delavca, izbrano pravo pa lahko določi večji obseg pravic. Tu gre predvsem za določbe glede pogojev dela, varstva pri delu, dolžine delovnega časa, dopusta, razlogov za redno in izredno odpoved delovnega razmerja.

Na isto rešitev naletimo tudi, če primer pogledamo skozi prizmo norm neposredne uporabe. Namen instituta norm neposredne uporabe je predvsem zaščititi šibkejšo stranko v razmerju. To pa je nedvomno delavec. Tudi če bi kolizijska pravila nakazovala drugače, bi v konkretnem primeru morali posebej upoštevati kogentne predpise ZDR, ki so namenjeni varstvu šibkejše stranke. Norme neposredne uporabe so prav tako namenjene varstvu interesov države. Tudi ti interesi so razvidni iz ZDR. Država želi varovati svoj pravni red, delovnopravna zakonodaja pa

sega iz zasebnopravne sfere deloma že v javnopravni del in je kot taka ravno zaradi interesov države podrejena kogentnim normam. Tako sta izpolnjeni obe merili, ki ju teorija navaja kot potrebna za uporabo norm neposredne uporabe. V konkretnem primeru se morata tako že stranki ob sklepanju pogodbe o zaposlitvi zavedati teh omejitev, v nasprotnem primeru pa jih mora upoštevati sodišče, ko razsoja o konkretnem primeru. V vsakem primeru pa jih na uporabo norm neposredne uporabe usmerjata tako ZMZPP kot Rimska konvencija.

V varstvu delavčevih pravic so si tako vsi trije instituti enaki, saj ima delavec najmanj tiste pravice, ki so mu zagotovljene po pravu države, kjer običajno opravlja svoje delo (oziroma drugi dve merili, če dela običajno ne opravlja v eni državi).

Menimo pa, da institut norm neposredne uporabe ne izključuje avtonomije delavca, da si z izbiro prava pridobi večje pravice, kot so mu zagotovljene glede na do sedaj povedano. Če si izbere pravo, ki mu zagotavlja boljše pogoje, potem načelo zaščite šibkejše stranke ni več potrebno, saj nima kaj varovati. Norme neposredne uporabe se tako ne upoštevajo, delavec in delodajalec pa lahko uveljavita svojo svobodno izbiro prava, ki jima ju dajeta Rimska konvencija in ZMZPP.

Delodajalec mora tako, ne glede na poreklo, delavcu zagotavljati najmanj pravice, ki jih mu zagotavlja slovenska zakonodaja. Ni pa ovir, da bi delavec imel več pravic.

Za našo obravnavo mednarodnega zasebnega prava pri ugotavljanju prava, ki je merodajno pri zaposlitvi lokalnega osebja na diplomatskem predstavništvu je zelo zanimiv sodni primer iz Nemčije⁵, katerega ugotovitve lahko zaradi podobnosti primera uporabimo v odgovorih na naša vprašanja. Sodišče je odločilo, da pogodbe o zaposlitvi med domačimi delavci in tujimi ambasadami sodijo pod jurisdikcijo nemških sodišč. Tožnik, nemški mehanik, je bil zaposlen kot pomožni delavec na ameriški ambasadi v Bonnu. Pogoji delovne pogodbe so bili določeni v Pravilniku o domačih pomožnih delavcih (*Foreign Affairs Manual, Foreign Affairs Handbook*). Glede na ta pravilnik so morale biti vse pogodbe o zaposlitvi, kjer je delodajalec ameriška ambasada, urejene po ameriškem pravu ob upoštevanju lokalnih zakonov. Za odpustitev delavca

⁵ Bundesarbeitsgericht (BAG), 20. november 1997, vir: http://www.rome-convention.org/cgi-bin/search.cgi?screen=view&case_id=429, 06.12.2006

je priročnik predpisoval oziranje na lokalno zakonodajo, vendar le, če ta ni v neskladju z določbami pravilnika (»Post must adhere to local labor, employment and social security laws to maximum extent practicable.«⁶) do tam uporabo nemškega prava. Zaradi reorganizacije je tožnik prejel odpoved pogodbe o zaposlitvi in hkrati ponudbo za sklenitev nove pogodbe pod drugačnimi pogoji. Po novih pogojih bi ga ambasada zaposlila za določen čas enega leta z možnostjo podaljšanja. Tožnik je vložil tožbo zaradi nepravilne odpovedi pogodbe o zaposlitvi. Delovno sodišče je razsodilo v prid tožnika. Deželno delovno sodišče je zavrnilo pritožbo Združenih držav Amerike. Zvezno vrhovno sodišče je zavrnilo revizijo in odločilo v prid pritožnika.

Pri sodnem primeru je šlo za poseben institut v nemškem pravu: delodajalec je delavec odpustil in mu hkrati ponudil novo pogodbo o zaposlitvi pod drugačnimi pogoji. Pogodba o zaposlitvi je bila prej sklenjena za zaposlitev za nedoločen čas, potem pa so mu ponudili pogodbo za določen čas z možnostjo podaljšanja. Nemški zakon ureja institut prekinitve delovnega razmerja in sklenitve pod novimi pogoji v 2. členu Zakona o zaščiti pred odpovedjo (Kündigungsschutzgesetz, KSchG⁷) pod naslovom Änderungskündigung. Ta člen določa, da lahko delodajalec delavca odpusti in znova zaposli pod drugimi pogoji le, če to ni »socialno nepravilno«. Deželno delovno sodišče je zavzelo stališče, da ta predpis predstavlja normo neposredne uporabe. Hkrati je presodilo, da gre za razmerje, skladno z drugim odstavkom, prvo točko tridesetega člena EGBGB⁸. Ta določa, da se ob odsotnosti dogovora o izbiri prava za delovno razmerje uporabi pravo države, v kateri delavec običajno opravlja svoje delo. Če delavec svojega dela običajno ne opravlja v eni državi, se uporabi pravo države, kjer ima delodajalec svoj sedež. Če pa delovno razmerje izkazuje tesnejšo povezanost s kako drugo državo, se uporabi pravo te države. 30. člen EGBGB določa tudi, da izbira prava ne sme pripeljati do tega, da bi delavec imel manj pravic, kot po pravu, ki bi se upoštevalo, če stranki prava ne bi izbrali. Ta člen je enak kot v Rimski konvenciji o uporabi prava v pogodbenih obligacijskih razmerjih. Pravico delavca, da se mu pri odpovedi in ponovni zaposlitvi ne poslabša položaj, je deželno delovno sodišče presodilo kot normo neposredne uporabe, hkrati pa

⁶ U.S. Department of State Foreign Affairs Handbook, 3 FAH-2 H-211 D, Dostopno na <http://foia.state.gov/regs/search.asp>

⁷ <http://www.gesetze-im-internet.de/kschg/>, 06.12.2006

⁸ <http://www.gesetze-im-internet.de/bgbeg/index.html>, 06.12.2006

se je oprlo na EGBGB in njegova določila o uporabi prava v delovnih razmerjih in odločilo, da ta spor sodi v pristojnost nemškega sodišča. Sodišče je torej presodilo, da konkretne norme neposredne uporabe pretehtajo izbiro prava, ki sta ga opravili stranki, ko sta določili, da se za delovno razmerje uporablja Pravilnik o domačih pomožnih delavcih. Po pravilniku je bila taka odpustitev in ponovna zaposlitev mogoča, po nemškem pravu pa ne. Sodišče je presodilo, da je določba v KSchG namenjena zaščiti šibkejše stranke, delojemalca, in kot taka predstavlja normo neposredne uporabe. Hkrati je bila ta odločitev skladna z EGBGB in Rimsko konvencijo (ki jo je Nemčija ratificirala in je takrat že veljala neposredno), saj le-ta ne dopuščata poseganja v pravice delavca. Sodišče se je, ne glede na avtonomijo strank, odločilo, da za to razmerje velja nemško pravo.

Združene države Amerike so trdile, da naj bi delovno razmerje izkazovalo tesnejšo povezanost z ameriškim kot pa z nemškim pravom in da naj bi bila uporaba ameriškega prava v tem primeru upravičena. Deželno delovno sodišče pa je na podlagi določenih značilnosti razmerja presodilo, da ima konkretno delovno razmerje vsaj tako tesno povezanost z nemškim pravom kot z ameriškim. Tožnik si je namreč sam plačeval socialno zavarovanje, davke je odvajal nemški državi, ima nemško državljanstvo, stalno prebivališče v Nemčiji, mesto izpolnjevanja je v Nemčiji in končno je dobival plačo v nemških markah. Zato sodišče ni priznalo ugovora tožene stranke, da naj bi šlo za tesnejšo povezanost z drugim pravom v smislu izjeme iz zadnjega odstavka 30. člena EGBGB.

Sodišče je jasno pokazalo, da gre v primeru tožbe proti ameriški ambasadi v Bonnu dejansko za tožbo proti Združenim državam Amerike, v kateri je udeležen mednarodni element. Ambasada je pojavna oblika države na tujem ozemlju, podaljšana roka države, ki opravlja svoje naloge na tujem ozemlju. Gre za jasno opredelitev, da ambasada ni samostojna pravna oseba, ampak del države, ki jo predstavlja, in kot taka predstavlja tuj element v pravnem razmerju.

Sodišče je presodilo, da gre pri prekinitvi zaposlitve za nedoločen čas in ponovni zaposlitvi za določen čas za poseg v pravice delavca, ki povzroči socialno nepravico.

Sodišče je pri ugotavljanju, ali gre za spor z mednarodnim elementom, jasno zavzelo stališče, da gre v navedenem primeru za razmerje s tujim elementom. Nato je bilo treba ugotoviti, po katerem pravu se bo konkretno razmerje presoјalo. Stranki sta na podlagi avtonomije volje kot veljavno za urejanje njunih delovnih odnosov določili ameriško pravo oziroma Pravilnik o domačih pomožnih delavcih. Sodišče je na podlagi kolizijske norme iz nemškega zakona o mednarodnem pravu (EGBGB) ter na podlagi substančne norme, določbe zakona o zaščiti pred odpovedjo (KSchG) presodilo, da gre v tem primeru izbire prava za poseg v pravice delodajalca, ki jih predpisuje nemška zakonodaja. Sodišče je hkrati presodilo, da predstavlja določba KSchG normo neposredno uporabe, namenjeno zaščiti delavca. Na podlagi navedenega je določilo uporabo nemškega prava v tej zadevi. Delovno sodišče je presodilo v prid tožnika. Deželno delovno sodišče je pritrdilo nižji stopnji in zvezno delovno sodišče je zavrnilo zahtevek za revizijo.

3. TUJI PRAVNI REDI IN DIPLOMATSKA PREDSTAVNIŠTVA

Pravila mednarodnega zasebnega prava določajo, katero delovno pravo bo urejalo delovno razmerje med tujim delodajalcem (diplomatskim predstavništvom) in lokalno zaposlenim delavcem. Določeno je lahko tudi delovno pravo države sprejemnice, katere ureditev lahko bolj ali manj odstopa od delovnega prava države pošiljateljice. Raziskati je potrebno ali mednarodno pravo državam sploh nalaga obveznost spoštovanja in uporabe prava neke druge države.

Za diplomatska predstavništva velja, da so podvržena trem pravnim redom, kar se značilno razlikuje od dolžnosti ostalih administrativnih organov države glede spoštovanja prava (Dembinski, 1988:28, 99). Diplomatsko predstavništvo mora spoštovati naslednja prava:

- pravo države pošiljateljice zaradi osebne pristojnosti nad diplomatskim predstavništvom in diplomatskim osebjem z njenim državljanstvom,
- mednarodno pravo z določanjem statusa diplomatskega predstavništva in diplomatov ter pravic in obveznosti,
- pravo države sprejemnice zaradi teritorialne pristojnosti.

Iz tega izhaja, da so diplomatsko predstavništvo in diplomatski agentje dolžni spoštovati zakone in pravila države sprejemnice. Skupaj z dolžnostjo o neumešavanju v notranje zadeve države sprejemnice jim to nalaga tudi 1. točka 41. člena DKDO.

Starejše razumevanje je bilo, da so diplomati in diplomatsko predstavništvo oproščeni pravne obveznosti in odgovornosti, ki jih nalaga država sprejemnica, a imajo zato moralno dolžnost, da jih, ne glede na pravno "ne"-obveznost, spoštujejo (Denza, 1998:373).

Moderna teorija je morali prepuščeno obveznost pretvorila v mednarodno pravno normo. Diplomati morajo tako v privatnih kot uradnih dejanjih spoštovati zakonodajo države sprejemnice. Specifične izjeme v njihovo korist so lahko v zvezi z obdavčevanjem, socialnim zavarovanjem ali vljudnostjo in vzajemnostjo, ki pa ne vplivajo na splošno obveznost spoštovanja lokalne zakonodaje.

Pogosto se lahko zasledi mnenje, da je diplomatsko predstavništvo oproščeno obveznosti spoštovanja zakonov države prejemnice. Za tako napačno razumevanje lahko najdemo dva glavna vzroka. Enega lahko poiščemo v učinkovanju pravil mednarodnega prava o *sodni imuniteti držav*, drugega pa v (zastareli) *teoriji eksteritorialnosti*.

Sodna imuniteta držav je procesnopravna ovira jurisdikciji in ne pomeni osvoboditve od materialnopravnih predpisov države prejemnice, pač pa lahko nastopi, če je materialnopravna norma kršena (Brglez, 1993:1132). Pri tem sodne imunitete držav ne smemo enačiti z diplomatsko imuniteto. To sta različna pojma, vsak s svojimi pravili in lastnostmi.

Po **teoriji eksteritorialnosti** se štejejo diplomatsko predstavništvo, ambasadorjeva rezidenca in privatne residence diplomatskih agentov za del ozemlja države pošiljateljice in zato zunaj jurisdikcije države prejemnice. Dembinski (1988:153-154) idejo Grotiusa, nizozemskega pravnika iz 17. stoletja, poimenuje kot pravno fikcijo.

Fiktivnost eksteritorialnosti lahko zavrremo tudi s preizkusom upravičenosti imunitete pri eksteritorialnosti. Pri predpostavki eksteritorialnosti diplomat ni zapustil ozemlja matične države in zato ne more biti predmet zakonov v državi, v kateri je akreditiran, zato bi bilo na mestu vprašanje upravičenosti diplomatskih imunitet pri takem tolmačenju. Diplomatska imuniteta s svojimi specifičnostmi je nepotrebna na ozemlju lastne države (Bartoš, 1956:417).

Denza (1998:374) je mnenja, da bi prišli do absurdnih rezultatov, če bi pojmovanju diplomata, zaščitenega z imuniteto, dodali še osvoboditev od obveznosti spoštovanja zakonov (US v. Guinand, 99 ILR 117).

4. SODNA IMUNITETA DRŽAV

4.1 UVODNO O SODNI IMUNITETI

Ugotovili smo, da za lokalno zaposlene delavce na tujih diplomatskih predstavništvi v državi velja domače pravo ali pa so jim, kljub izbranem drugačnem pravu, priznane pravice iz tega prava. Nadalje smo ugotovili, da morajo diplomatska predstavništva in njeno osebje spoštovati zakone in predpise države prejemnice. Kljub identifikaciji veljavnega delovnega prava po pravilih mednarodnega zasebnega prava in pravni dolžnosti spoštovanja obveznosti ni zagotovila, da bo diplomatsko predstavništvo spoštovalo norme ugotovljenega delovnega prava, merodajnega za delovno razmerje. Če bi prišlo do spora, bi sodišče tehtalo med pravico države do sodne imunitete in pravico delavca do pravice po sodnem varstvu. Možnost za izmikanje obstaja zaradi sodne imunitete držav, kar se lahko v nekaterih primerih, ko gre za kršenje materialnopravne norme države pošiljateljice, opredeli tudi kot zloraba imunitete.

Sodna imuniteta je izvzetje iz sodne pristojnosti v smislu procesnopravne ovire. V postopku pred sodiščem je tožena stranka lahko tuja država ali njen organ, kot je diplomatsko predstavništvo, ki deluje v imenu države. Tožnik je lahko katerakoli pravna in fizična oseba, ne glede na to, iz katera države prihaja (Degan, 2000:353). Tuja država, ki je tožena stranka, se zaradi sodne imunitete sama in svobodno odloči, ali bo pristala na sodno pristojnost sodišča tuje države ali pa bo zahtevala imuniteto, sodišče pa bo pretehtalo pravico države do imunitete glede na mednarodne pogodbe, notranjo zakonodajo o sodni imuniteti držav in običajno mednarodno pravo. Zaradi izvzetja iz jurisdikcije je država sodišča nezmožna, da ustvari oblast nad drugo državo.

Vendar je potrebno poudariti, da ne bi bilo prav, če bi sodno imuniteto države enačili z diplomatsko imuniteto in privilegiji. Imuniteta držav in diplomatska imuniteta predstavljata dva različna koncepta mednarodnega prava, ki imata vsak svoj izvor in zakonitosti.

Diplomatska imuniteta ima svoj izvor v nedotakljivosti poslanikov (Bartoš, 1956:426). Teritorialno utemeljene družbene skupnosti so že zgodaj razvijale določene oblike

»diplomatskega komuniciranja« kot je primer tel-el-amarnske korespondence in pogodbe Ramzesa II s Hattušilom III leta 1278 pr.n.št. (Brglez, 1993:1132). Da bi izmenjava sporočil po slu, ki je zastopal suverena, bila mogoča, se je moral vzpostaviti običaj, da tisti, ki prihaja v imenu suverena, uživa nedotakljivost. Tudi moderna teorija o diplomatski imuniteti temelji na funkcionalni razlagi. Da bi diplomatski predstavniki sploh lahko opravljali funkcije, je običajno mednarodno pravo oblikovala niz minimalnih pravil imperativne narave (zdaj kodificiranih v DKDO), ki se nanašajo na privilegije in imunitete članov diplomatskih predstavništva, kot tudi na posebno zaščito prostorov, arhivov in premoženja diplomatskega predstavništva (Degan, 2000:322). Imunitete v diplomatskem pravu se nanašajo na posameznika. Diplomatski agent je tisti, ki uživa imuniteto, v imenu in za račun države, kar je del osebnih imunitet in privilegijev po diplomatskem pravu, poleg osebne nedotakljivosti in nedotakljivosti zasebnega stanovanja (Brglez, 1993:1132). Pri tem lahko pojasnimo, da lokalno zaposleni delavci niso v delovnem razmerju z diplomatskim agentom, pač pa z diplomatskim predstavništvom kot organom države.

Temelj sodne imunitete države je načelo, da enak enakemu ne more soditi - »par in parem non habet iudicio«. Suverena država, ki jo označujeta a) določen teritorij b) prebivalstvo, c) organizirana oblast, in d) neodvisnost od drugih držav na zunaj kažejo to pravno enakost in suverenost. Koncept suverenosti in enakosti se ne spreminja z časom in verjetno je to razlog, da je do konca 19. stoletja bilo zelo razširjeno pojmovanje sodne imunitete držav kot absolutne imunitete.

V 20. stoletju se je pod pritiskom mednarodne trgovine in zaradi potrebe po učinkovitejšem varstvu posameznikovih pravic in pravne države tradicionalno pojmovanje prevlade mednarodnega prava nad notranjim pravom počasi pričelo oblikovanje prožnejšega pristopa. Nerazumljiva je bila pot do pravice za tiste posameznike, ki so se pri poslovanju s tujimi državami morali zanašati na svojo matično državo, da bo v primeru spora v pogodbenem razmerju v njihovem imenu prevzela reševanje takega zahtevka. Omejevanje absolutne imunitete lahko tako ocenimo, če opazujemo sprejem pogodb mednarodnega prava, kot je regionalna multilateralna pogodba Sveta Evrope, sprejeta leta 1972, in univerzalna kodifikacija pravil sodne imunitete pri Združenih narodih, Konvencija o sodnih imunitetah držav in njihovem premoženju. Pomemben vpliv na mednarodno kodifikacijo so imele tudi nacionalne zakonodaje o sodni

imuniteti v ZDA (Foreign State Immunity Act), Veliki Britaniji (State Immunity Act), Avstraliji in drugje.

Poleg absolutne teorije se je namreč razvila tudi restriktivna teorija, ki razlikuje med dvema personalitetama držav. Restriktivna teorija loči med **dejanji, ki so namenjene vodenju države (acta iure imperii)** in **dejanji gospodarske narave, podobnim tistim, ki jih izvajajo tudi pravne in fizične osebe (acta iure gestionis)**.

Čeprav države priznavajo omejitev imunitete v primeru dejanj iure gestionis, enoglasno sprejet koncept, kako razločevati med dejanji iure imperii in dejanji iure gestionis, ne obstaja. Glede na preteklo tujo sodno prakso iz tega področja, ki se nanaša na spore med delavci in diplomatskimi predstavništvi – delodajalci lokalno zaposlenega osebja, lahko ugotovimo, da so se pri teh sporih uporabljali štirje osnovni pristopi za oblikovanje odločitve o priznanju ali nepriznanju imunitete: *lokacija zaposlitve, funkcije zaposlenega, zadostna povezanost z državo sodišča in narava zahtevka*. Načini pogosto ne izključujejo drug drugega, temveč se odgovor poskuša najti s kombiniranjem vseh štirih pristopov.

Prvi način ugotavljanja med »privatno« ali »suvereno« dejavnostjo države je glavno težo dal **lokaciji zaposlitve oziroma naravi delodajalca**. Tak pristop k odločanju med absolutno in restriktivno imuniteto lahko najdemo v sodni praksi držav angleškoameriškega prava kot sta Nova Zelandija in Irska ter držav civilnega prava kot sta Nemčija in do nedavnega tudi Italija. Velika Britanija, Južna Afrika, Pakistan in Avstralija niso ugotavljale, ali pri dejavnosti šlo za dejavnost iure imperii ali iure gestionis, a so kljub temu dale pomemben poudarek vprašanju o naravi delodajalca. Diplomatsko predstavništvo je ocenjeno kot izredno suveren kontekst zaposlitve, kjer je državi potrebno dodeliti imuniteto. Preiskava s strani države sodišča bi povzročila prekomerno vdiranje v suvereno sfero diplomatskega predstavništva.

Status zaposlenega oziroma narava njegovega dela je drugi način razlikovanja med komercialno in suvereno dejavnostjo države. Odločitev za priznanje imunitete tuji državi gre pri tem pristopu v primeru spora z delavci višjega statusa in odgovornosti. Delavci na višjih položajih imajo več pooblastil in so bližje dejavnosti, ki je povezana z suverenostjo države, kot

pa delavci, ki so zaposleni za pomožna in rutinska dela. Tak pristop lahko ugotovimo v sodnih primerih švicarskih sodišč.

Tretji pristop zagovarja, da je prednost pred priznanjem imunitete potrebno dati zaščititi svojih državljanov in prebivalcev, ki so zaposleni na dipomatskih predstavništvi. Pri tem pristopu odločanja o priznanju imunitete pravzaprav ne gre za ugotavljanje med dejanji *iure gestionis* in *iure imperii*, a ker vendar gre za ugotavljanje imunitete države, bomo tudi ta pristop obravnavali skupaj z ostalimi tremi načini. Interes in zaščito svojih državljanov in prebivalcev postavi država sodišča pri tem načinu v ospredje, pred »pravico« tožene države do sodne imunitete. Pristop temelji na **povezanosti z državo sodišča** in za omogočanje te pravice zaposlenemu zahteva zadostno povezavo med lokacijo zaposlitve (ali se diplomatsko predstavništvo nahaja v državi sodišča), delavcem (ali je zaposleni državljan oziroma prebivalec države sodišča ali ne) in pogodbe o zaposlitvi (ali delavec delo opravlja v državi sodišča). Analogno obstaja velika verjetnost, da bo država priznala imuniteto tuji državi za spor z delavcem, ki je državljan tožene države ali tretje države saj v tem primeru nima interesa za zaščito delavca, ki bi lahko skrhala odnose s toženo državo. Pristop teritorialne povezanosti zagovarja Evropska konvencija o imuniteti držav iz leta 1972, takoimenovana »Baselska konvencija«. Povezavo med zaposlitvijo kot komercialno dejavnostjo in državo sodišča pa zahteva tudi zakonodaja ZDA v svojem Foreign Sovereign Immunities Act iz leta 1976.

Za četrti pristop je ključni kriterij **lastnost zahtevka**. Spori v delovnih razmerjih z diplomatskim predstavništvom lahko povzročijo različne zahtevke, z več ali manj vmešavanja v suverene kadrovske procedure diplomatskega predstavništva. Nekateri zahtevki kot je primer sindikata, ki je želel zaščititi pravice svojih članov (*United States v. The Public Service Alliance of Canada* (1992) 94 I.L.R. 264 (Supreme Court of Canada)) bi bili lahko ocenjeni kot preveliko vmešavanje v suverenost države in njene procedure zaposlovanja.

V primeru neizplačila plače pa ima tak zahtevke bolj ekonomsko naravo in zahtevajo malo vtikanja v suverene procedure tožene države. A hkrati je verjetnost, da bo pri diplomatskem predstavništvu prišlo do takega zahtevka kot je neizplačilo plače, manjša. Neizplačilo plač je večkrat vzrok za spore v privatnem sektorju, za javni sektor pa bil tak spor izjema.

Glede na sodno prakso bi lahko sklepali, da je najpogostejši vzrok spora, ki privede do vložitve tožbe, prekinitve pogodbe o zaposlitvi ali krštev delovnopravne zakonodaje države sodišča, ki ureja delovno razmerje.

4.2 SODNA PRAKSA, KI ZASTOPA DOKTRINO ABSOLUTNE IMUNITETE TUJE DRŽAVE

V večini common law držav zastopajo stališče, da je ambasada ali konzulat najbolj suvereno sredstvo tuje države in zato zagovarjajo politiko absolutne imunitete v primeru sporov iz delovnih razmerij, kjer kot delodajlec nastopa diplomatsko predstavništvo. Vse, kar je povezano z ambasado, je z njihovega stališča v javni domeni tuje države.

Ob prehitrem branju State Immunity Act-a Velike Britanije iz leta 1978 bi najprej lahko dobili vtis, da se Velika Britanija zavzema za restriktivno doktrino. V 4. delu določi splošno neimuniteto za tujo državo, če je organ države stranka delovnega razmerja in se delovno razmerje delno ali v celoti opravlja v Veliki Britaniji. Vendar v točki 16(1)(a) ponovno obnovi imuniteto za člane diplomatskih predstavništev kot so opredeljeni v DKDO, ki med člane diplomatskih in konzularnih misij vključuje tudi administrativno in tehnično osebje in ne le diplomatsko osebje. Pri tem konvencija ne opredeli, ali je mišljeno le administrativno in tehnično osebje države pošiljateljice ali tudi države sprejemnice. To nedorečenost je Velika Britanija izkoristila, da je ugotovila absolutno imuniteto za vse pogodbe o zaposlitvi na diplomatskih predstavništvih, ne glede na nacionalnost zaposlenega ali funkcije, ki jih opravlja.

V primeru *Ahmed v. Kingdom of Saudi Arabia* (1996) 2 All E.R. 248 (English Court of Appeal) je sodišče zavrnilo argument, da je tuja država upravičena do imunitete le v primeru tožbe delavca z diplomatsko imuniteto ali ne-državljana Velike Britanije, vendar je izrazilo zaskrbljenost nad zakonskim določilom, ki je omogočilo, da je lokalno zaposleni delavec z britanskim državljanstvom ostal brez pravice pritožbe zaradi nepravilne odpustitve le zaradi lokacije zaposlitve. Lahko bi rekli tudi, da je sodišče v tem primeru ocenilo, da se mednarodni vljudnosti (angl. »comity«) dalo preveliko težo v primerjavi z zaščito interesov interesov lastnih državljanov, ki so zaposleni na diplomatskih predstavništvih.

Irska je v dosedanjih sodnih primerih uporabljala mednarodno običajno pravo in zagovarjala razlikovanje med dejanji *iure imperii* in *iure gestionis*. Menila je, da je lokacija zaposlitve ključna pri ugotavljanju, ali so aktivnosti v povezavi z zaposlitvijo suverene ali ne. V primeru *Canada v. The Employment Appeals Tribunal and Burke* (1992) I.R. 484 (Supreme Court of Ireland) je sodišče ocenilo, da je zaposlitev šoferja suverena dejavnost zaradi lokacije zaposlitve, ki je na diplomatskem predstavništvu.

Nova Zelandija je podobno kot Irska v primeru *Governor of Pitcairn v. Sutton* (1995) 1 N.Z.L.R. 426 (New Zealand Court of Appeal) ocenila, da so vse aktivnosti na lokaciji kot je ambasada, povezane z suverenimi funkcijami, tudi delo tajnice, ki je vložila tožbo. Pri tem ni bilo pomembno, da je šlo za delovno mesto, ki ni bilo povezano z sprejemanjem odločitev.

Tudi pri nemški sodni praksi kot primeru države civilnega prava lahko ugotovimo lokacijo zaposlitve kot uporabljen pristop pri odločitvi za absolutno imuniteto. V sodnem sporu *Conrades v. United Kingdom* (1981) 65 I.L.R. 205 (Hanover Labour Court) je šlo za receptorja na konzularnem predstavništvu. Sodišče je ugotovilo, da je izvajanje nalog konzulata uporaba suverenih pravic države in zato suvereno dejanje. Ugotovimo lahko, da je sodba drugačna kot jo je sprejelo sodišče v primeru nemškega mehanika, zaposlenega na ambasadi ZDA, ki smo ga obravnavali v drugem poglavju. Razlogov je lahko več. Sodišče je lahko v primeru mehanika ugotovilo, da s menjavanje olja v avtomobilih ne posega v suverenost države (funkcija delavca kot izhodišče). Vpliv pa je lahko imela tudi Evropska konvencija o sodni imuniteti, ki jo je Nemčija podpisala že leta 1972, vendar je v veljavo stopila 16. avgusta 1990. Sodni primer nemškega mehanika, zaposlenega na ambasadi ZDA je iz leta 1997.

4.3 SODNA PRAKSA, KI ZASTOPA DOKTRINO RESTRIKTIVNE IMUNITETE

Avstralija ima oblikovano zakonodajo glede sodne imunitete držav. Pod točko 12(1) avstralskega *Foreign States Immunities Act 1985* je določena splošna predpostavka ne-imunitete držav v primeru pogodb o zaposlitvi, ki so sklenjene v Avstraliji in v primeru, da bo delo

opravljano v Avstraliji. Država je upravičena do imunitete le v primeru, ko je delavec avstralski državljan vendar ni prebivalec Avstralije ali pa, ko gre za diplomatsko osebje.

Sub-District Court of The Hague, primer MK v. Republika Turčija, v katerem nizozemski državljan, zaposlen na ambasadi Republike Turčije na Nizozemskem kot tajnik vložil tožbo za razveljavitev prenehanja delovnega razmerja. Nizozemsko sodišče je bilo mnenja, da je temelj pogodbe o zaposlitvi zasebno pravo in je ocenilo, da dejstvo, da gre za delodajalca, ki je tuje diplomatsko predstavništvo, ni spremenilo narave pogodbe (19 NYIL (1988) 435; 94 ILR 350 v Denza, 1998:53).

Nizozemsko vrhovno sodišče pa je v primeru Van der Hulst v. United States presodilo, da je rezultat varnostnega preverjanja zaposlenega pomembnejše od zasebnopravne narave pogodbe. Ocenilo je, da mora imeti država možnost, da podaljša ali prekine delovno razmerje na osnovi varnostnega preverjanja in z podpisom pogodbe o zaposlitvi ne more izgubiti pravice do imunitete (22 NYIL (1991) 379; 94 ILR 374 v Denza, 1998:54).

5. ZAKLJUČEK

Družbena razmerja imajo lastnosti, ki zahtevajo, da jih pravna pravila normativno oklepajo in jih povežejo z vrednotami, ki se na ta razmerja navezujejo in jih vsebinsko utemeljujejo (Pavčnik, 2003:521).

Na prvi pogled se zdi, da bi lahko zatrдили, da delovno razmerje, kjer je edini tuj element delodajalec – tuje diplomatsko predstavništvo, ureja domača zakonodaja. Vendar se delovno pravo zaradi možnosti, da dva pravna reda navežeta veljavnost svojih pravil oziroma da dve državi hkrati trdita, da je delovno razmerje v večji povezavi z njihovo državo, ugotavlja po pravilih mednarodnega zasebnega prava in se domača zakonodaja ne uporablja apriorno.

Ugotovili smo, da mednarodno zasebno pravo res zagotavlja določena pravila za ugotavljanje merodajne delovnopravne ureditve v primeru, ko je tuj element razmerja diplomatsko predstavništvo. Pravila pa ne dajo enoznačnega odgovora na vprašanje, katero pravo ureja to delovno razmerje.

Določitev merodajnega prava je najprej odvisna od tega, katero sodišče bo obravnavalo spor in kakšna kolizijska pravila veljajo v tisti državi. Vkolikor je to slovensko sodišče, bo imelo po slovenski zakonodaji in mednarodnih pogodbah največji pomen delovno pravo države, v kateri delavec običajno opravlja svoje delo.

Tudi, če bosta stranki izkoristili pravico do izbire prava, bodo delavca ščitile kogentne norme delovnega prava države običajnega opravljanja dela, izbrano pravo pa bo lahko njegove pravice le razširilo in izboljšalo njegov položaj v delovnem razmerju.

Vendar v primeru, da stranki ne bi izbrale pravo, rezultat ne bo nič drugačen. V tem primeru bi lahko veljalo celotno delovno pravo države, kjer delavec običajno opravlja svoje delo in ne samo njegov kogentni del. Lahko bi rekli, da mednarodno zasebno pravo omogoči razširjeno veljavnost pravil delovnega prava, ki ga ugotovi. Tako tolmačenje je lahko sporno, ker je vprašljiva veljavnost kolektivnih pogodb za diplomatska predstavništva.

Kolektivna pogodba lahko velja kot sestavni del celotnega delovnega prava. Če po kolizijskem pravilu iščemo delovno pravo, ki naj velja in ugotovimo, da velja slovensko, moramo upoštevati celotno delovno pravo in ne le del, ki najjasneje napotuje na svojo uporabo. Samo s tem dosežemo pravno enakost vseh delavcev v Sloveniji.

Na podlagi ugotovitev, menimo, da je začetna hipoteza, da slovenska delovnopravna zakonodaja velja za vse slovenske delavce, ki so zaposleni v Sloveniji, torej tudi za zaposlene na tujih diplomatskih predstavništvi v Sloveniji v celoti potrjena.

Kadar se ne teži k pravičnosti in je bila pri postavitvi pozitivnega prava zavestno zanikana enakost, ki tvori jedro pravičnosti, tedaj tak zakoni ni zgolj »nepravilno pravo«, temveč mu nasploh manjka narava prava (Pavčnik, 168). V povezavi z enakostjo bi lokalno zaposleni delavci diplomatskih predstavništev morali imeti pozitivnopravni okvir, ki bi jim omogočal, da bi, tako kot z ostalimi delavci v Sloveniji, delodajalci tudi z njimi lahko sklenili kolektivne pogodbe.

Država lahko po eni strani nalaga diplomatskim predstavništvom, da pri zaposlovanju njihovih državljanov upoštevajo lokalno zakonodajo in njihove državljane in prebivalce zaposlujejo po domači zakonodaji, a po drugi strani nimajo sredstev, da bi lahko zagotovile, da bodo veljavna delovna pravila res upoštevana. Od pripravljenosti diplomatskega predstavništva je v večji meri odvisno, kakšen bo delovnopravni položaj lokalno zaposlenih delavcev.

Zaščita delavcev je v primeru zaposlitve na diplomatskem predstavništvu samo navidezna. Kljub obvezujoči zakonodaji je negotovost glede odločitve o priznanju imunitete toženi državi velika, verjetno celo tako velika, da se delavec v primeru spora niti ne bo odločil za iskanje svoje pravice na sodišču.

Poleg negotove sodne poti zaščite interesov delavcev na diplomatskih predstavništvih pa obstaja tudi diplomatski način dogovarjanja z državo oziroma diplomatskimi predstavništvimi o spoštovanju slovenske delovnopravne zakonodaje pri zaposlovanju lokalnega osebja. V javnosti

oziroma med državljani je sicer precej razširjeno mnenje, da gresta državljanstvo in nudenje take zaščite (varnosti) posamezniku z roko v roki. Velja, da državljanstvo posameznika zgolj upravičuje do take zaščite. Ali jo bo tudi dobil, pa je že drugo vprašanje. Praviloma države seveda ščitijo svoje državljanje. Ali bo država izkoristila pravico, ki ji jo daje mednarodno pravo, je odvisno od same, oziroma od njene presoje konkretnih okoliščin in dostikrat od njene moči, ki jo ima v mednarodno skupnosti in interesov v odnosih s konkretno državo. V takem diplomatskem dialogu države dostikrat ne vodijo toliko interesi prizadetih posameznikov kot njeni širši politični interesi in negovanje odnosov do drugih držav članic mednarodne skupnosti.

6. VIRI IN LITERATURA

PREDPISI IN MEDNARODNE POGODBE

Convention on the law applicable to contractual obligations, opened for signature in Rome on 19 June 1980, entered into force on 1. 4. 1991

OJ C 27 of 26. 1. 1998 Dostopno na <http://europa.eu/scadplus/leg/en/lvb/l33109.htm> (30. oktober 2006)

European Convention on State Immunity

CETS No.: 074 Dostopno na: <http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/QueVoulezVous.asp?NT=074&CM=8&DF=&CL=ENG> (30. oktober 2006)

Recommendation concerning the employment relationship, Geneva, Session of the Conference: 95, 15. 6. 2006, Recommendation:R198, International Labour Organization, Dostopno na: <http://www.ilo.org/ilolex/cgi-lex/convde.pl?R198> (30. oktober 2006)

United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property

Adopted by the General Assembly of the United Nations on 2 December 2004.

Not yet in force. See General Assembly resolution 59/38, annex, Official

Records of the General Assembly, Fifty-ninth Session, Supplement No. 49

(A/59/49). Dostopno na: http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/conventions/4_1_2004.pdf (30. oktober 2006)

U.S. *Foreign Affairs Manual and Foreign Affairs Handbook*, Dostopno na: <http://foia.state.gov/regs/search.asp> (30. oktober 2006)

Ustava Republike Slovenije (Uradni list Republike Slovenije št. 33/1991-I) Dostopno na: http://zakonodaja.gov.si/rpsi/r01/predpis_USTA1.html (30. oktober 2006)

Zakon o delovnih razmerjih (Uradni list RS št. 42/2002), Dostopno na: <http://www.uradni-list.si/1/objava.jsp?urlid=200242&stevilka=2006> (30. oktober 2006)

Zakon o kolektivnih pogodbah (Uradni list RS št. 43/2006), Dostopno na: <http://www.uradni-list.si/1/objava.jsp?urlid=200643&stevilka=1835> (30. oktober 2006)

Zakon o mednarodnem zasebnem pravu in postopku (Uradni list RS št. 56/1999), Dostopno na: <http://www.uradni-list.si/1/objava.jsp?urlid=199956&stevilka=2651> (30. oktober 2006)

Zakon o pravnem postopku (uradno prečiščeno besedilo) (ZPP-UPB2) (Uradni list RS št. 26/1999), Dostopno na: <http://www.uradni-list.si/1/objava.jsp?urlid=200436&stevilka=1565> (30. oktober 2006)

Zakon 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 /MKVCP/ (Ur.l. RS-MP, št. 7/1994), Dostopno na: http://zakonodaja.gov.si/rpsi/r02/predpis_ZAKO632.html (30. oktober 2006)

LITERATURA:

Andrassy, Juraj (1958): *Međunarodno pravo*, 3. izd. Zagreb: Školska knjiga.

Bartoš, Milan (1956): *Međunarodno javno pravo*. Knjiga 2, Oblasti, Organi za međunarodno predstavljanje. Beograd: Kultura.

Berkovič, Svjetlan (1997): *Diplomatsko i konzularno pravo*, 2. dopunjena izd. Zagreb: Nacionalna i sveučilišna knjižnica.

Berrige, G.R. (2006): *Diplomacy: Theory and Practice*, Thrid Edition. Basingstoke, New York: Palgrave Macmillan.

Bohinc, Rado (2004): *Delovna in uslužbenska razmerja*. Ljubljana: GV založba.

Bohinc, Rado; Cerar, Miro; Rajgelj, Barbara (2006): *Temelji prava in pravne ureditve: za nepravnike*, 1. natis, Ljubljana, GV založba.

Brglez, Milan (1993): Sodna imuniteta v diplomatskem pravu v *Teorija in praksa*, 30, 12 – 13, Ljubljana.

Cerar, Miro (2001): *(I)racionalnost moderne prava*, Ljubljana, Bonex.

Cigoj, Stojan (1984): *Mednarodno pravo osebnih in premoženjskih razmerij: mednarodno zasebno pravo: pravo razmerij z inozemskimi sestavinami*, prva knjiga, splošni nauki. Ljubljana: Uradni list SR Slovenije.

Cigoj, Stojan (1987a): Delovna razmerja z inozemskimi elementi – kolizijskopravne rešitve mednarodnega delovnega prava, *Pravnik*, 1987, (11-12), 511 – 526.

Cigoj, Stojan (1987b): Delovna razmerja z inozemskimi elementi – splošna načela o razmejitvi med substančnimi in kolizijskimi elementi mednarodnih delovnih razmerij v *Pravnik*, 42, (8-10), 393 – 400.

Cigoj, Stojan (1988): Delovna razmerja z inozemskimi elementi – moderna teorija o normah neposredne uporabe v okviru mednarodnega zasebnega prava v *Pravnik*, 43, 1-2 (1988), 11 - 22.

Čujovič, Vojko (2000): Kaj je in kakšna je pravna varnost zaposlenih v Sloveniji, *Industrijska demokracija*, 3. Ljubljana

Degan, Vladimir – Đuro (2000): *Međunarodno pravo*. Rijeka: Pravni fakultet.

Dembinski, Ludwig (1988): *The Modern Law of Diplomacy. External Missions of States and International Organizations*, Dordrecht, Martinus Nijhoff.

Denza, Eileen (1998): *Diplomatic law: a comentary on the Vienna Convention on Diplomatic Relations*, Clarendon Press, Oxford.

Geč-Korošec, Miroslava (2001): *Mednarodno zasebno pravo, prva knjiga - splošni del.* Ljubljana: Uradni list Republike Slovenije

Geč-Korošec, Miroslava (2002): *Mednarodno zasebno pravo, druga knjiga-posebni del.* Ljubljana: Uradni list Republike Slovenije.

Garnett, Richard (1997): *State Immunity in Employment Matters* v *International and Comparative Law Quaterly*, 46, 81 – 124.

Garnett, Richard (2005): *The precarious position of embassy and consular employees in the United Kingdom* v *International and Comparative Law Quaterly*, 54, 705 – 718.

Ilešič, Marko; Polajnar-Pavčnik, Ada; Wedam-Lukič, Dragica (1992): *Mednarodno zasebno pravo*, komentar zakona, 2. dopolnjena izdaja. Ljubljana: Uradni list Republike Slovenije.

Jankovič, Branimir (1988): *Diplomatija – suvremeni sistem*, Beograd, Naučna knjiga.

Knez, Rajko (1994): *Rimska konvencija o uporabi prava pri pogodbenih obligacijskih razmerjih in njen pomen za Republiko Slovenijo* v *Pravnik*, 49, (1-3), 46 – 63.

Knez, Rajko; Kraljič, Suzana (2002): *Razvoj civilnega in mednarodnega zasebnega prava v EU* v *Pravna praksa*, 21,(18), 38 – 39.

Končar, Polonca (1993): *Mednarodno delovno pravo*. Ljubljana: Časopisni zavod Uradni list Republike Slovenije.

Mežnar, Drago (2004): *Delovno pravo s temeljnimi pravnimi pojmi*. 3. spremenjena in dopolnjena izdaja. Kranj: Moderna organizacija.

Morgenstern, Felice (1984): *International conflicts of labour law: a survey of the law applicable to the international employment relation*. Geneve: International Labour Office.

Pavčnik (2001): *Teorija prava: prispevek k razumevanju prava*. 2., pregledana in dopolnjena izd. Ljubljana: Cankarjeva založba.

Satow E. (1957): *A Guide to Diplomatic Practice*, 5th ed., London: Longmans.

Varadi, Tibor (1987): *Međunarodno privatno pravo*, drugo izmenjeno i dopunjeno izdanje. Novi Sad: Forum.

White, Brian (1997): *Diplomacy v John Baylis, Steve Smith: The Globalisation of World Politics: An Introduction to International Relations*. Oxford: Oxford University Press, 318 – 330.