



Pravna fakulteta
Univerza v Ljubljani

ZBORNIK
ZNANSTVENIH
RAZPRAV

Ljubljana Law Review

2022

LETNIK LXXXII



Pravna fakulteta
Univerza v Ljubljani

Zbornik znanstvenih razprav, LXXXII. letnik, 2022
Ljubljana Law Review, Vol. LXXXII, 2022

Izdala / Published by

Pravna fakulteta Univerze v Ljubljani,
za Založbo Pravne fakultete v Ljubljani Irena Kordež, direktorica

Zbornik je izšel s finančno pomočjo Javne agencije za raziskovalno dejavnost RS.
The publication is financially supported by Slovenian Research Agency.

Uredniški odbor / Editorial Board

dr. Maruša Tekavčič Veber, sekretarka

dr. Samo Bardutzky, dr. Aleš Galič, dr. Mojca M. Plesničar, dr. Tilen Štajnpihler Božič

Mednarodni uredniški svet / International Editorial Council

dr. Bojan Bugarič (Univerza v Sheffieldu), dr. Janko Ferk (Univerza v Celovcu, Deželno sodišče v Celovcu), dr. Katja Franko Aas (Pravna fakulteta Univerze v Oslu), dr. Velinka Grozdanič (Pravna fakulteta Univerze na Reki), dr. Tatjana Josipović (Pravna fakulteta Univerze v Zagrebu), dr. Claudia Rudolf (Inštitut za pravo Evropske unije, mednarodno pravo in primerjalno pravo, Pravna fakulteta Univerze na Dunaju), dr. dres. h. c. Joseph Straus (Inštitut Maxa Plancka za inovacije in konkurenco)

Odgovorni urednik / Editor-in-Chief

dr. Luka Mišič

Članki so recenzirani. *Articles are peer-reviewed.*

Oblikovanje naslovnice / Cover design

Ranko Novak

Jezikovni pregled in grafična priprava / Proofreading and layout

Dean Zagorac

Tisk / Printed by

Litteralis, d.o.o.

Cena zvezka skupaj z DDV / Price (VAT incl.)

41,30 EUR

Prvi natis / First press run

170 izvodov, Ljubljana 2022

Naročila / Orders

telefon: 01 42 03 113, faks: 01 42 03 115, www.pf.uni-lj.si

UDK34(497.4)(05)

Zbornik znanstvenih razprav

Ljubljana Law Review

ISSN 1854-3839

ISSN (spletna izdaja / *on-line edition*): 2464-0077

Spletni strani / Web pages

<http://zbornik.pf.uni-lj.si>

<http://journal.pf.uni-lj.si>

To delo je ponujeno pod licenco Creative Commons Priznanje avtorstva-Brez predelav 4.0 Mednarodna.

Content on this publication is licensed under a Creative Commons Attribution-NoDerivatives 4.0 International licence.

(<http://creativecommons.org/licenses/by-nd/4.0/>)



Pravna fakulteta
Univerza v Ljubljani

ZBORNİK
ZNANSTVENIH
RAZPRAV

Ljubljana Law Review

2022

LETNIK LXXXII



Kazalo

Table of Contents

- 9 *Joseph (Jože) Straus*
The European Union after the Crisis: Risks and Opportunities—The Problem of “Uncomfortable Knowledge” and “Institutionalised Forgetfulness”
Evropska unija po krizi: tveganja in priložnosti – problema »neprijetnega spoznanja« in »institucionalne pozabljivosti«
- 43 *Damjan Kukovec*
Pomen meta-vizije Sodišča Evropske unije za Slovenijo
The Synoptic Vision of the Court of Justice and its Importance for Slovenia
- 69 *Jaka Kukavica*
Otok sredi Evrope? Vpetost Vrhovnega sodišča RS v evropski mednarodni dialog
An Island at the Center of Europe? The Entrenchment of the Supreme Court of Slovenia in Judicial Dialogue in Europe
- 97 *Rok Dacar, Aleš Ferčič*
Pravnopolitični pogled na doktrino nujnih zmogljivosti: analiza stanja in pomen »nepogrešljivosti«
A Legal Policy View on the Essential Facilities Doctrine: The State of Affairs and the Meaning of “Indispensability”
- 121 *Jure Spruk*
Pravna država in pravno načelo zaupanja v pravo
Legal State and the Principle of Trust in Law

- 157 *Danaja Lipič Plohl, Aleš Ferčič*
Evropski koncept neodvisnega sodstva in kvantifikacija formalne neodvisnosti sodstva v izbranih državah Evropske unije
The European Concept of an Independent Judiciary and Quantification of a Formal Judicial Independence in Selected Countries of the European Union
- 187 *Urška Kramberger Mendek*
Problematika Zakona o predlaganju kandidatov iz Slovenije za sodnike mednarodnih sodišč
The Issues of the Act on Nomination of Candidates from the Republic of Slovenia for Judges at International Courts
- 207 *Peter Šujica, Damjan Korošec*
Razumeti nepravo opustitveno kaznivo dejanje – stare kazenskopravne dileme ob novih problemih umetne inteligence
Understanding Criminal Commission by Omission – Old Criminal Law Dilemmas and New Problems of Artificial Intelligence
- 235 *Matija Damjan*
Upravljanje avtorskih pravic na filmski glasbi
Film Music Rights Management
- 257 *Vid Žepič*
Interesno ravnotežje med zastaviteljem in zastavnim upnikom v rimskem pravu
The Balance of Interests between the Pledgor and the Pledgee in Roman Law
- 307 *Miloš Dimitrijević*
Hvaležnost obdarjenca – pravna in moralna obveznost
Gratitude of a Donee – A Legal and Moral Obligation
- 329 *Anže Dobelšek*
Zgodovinski razvoj pojma javnih služb in storitve splošnega gospodarskega pomena v pravu EU – javne službe med konkurenčnostjo in solidarnostjo
Historical Development of Public Services and Services of General Economic Interest in EU Law – Balancing between Competitiveness and Solidarity

- 365 *Marjan Kos*
Reasserting the Principle of Legality in the Wake of the COVID-19 Pandemic: A Case Note on the Decision U-I-79/21 of the Constitutional Court of the Republic of Slovenia
Utrjevanje načela zakonitosti v času pandemije COVID-19: predstavitev odločbe Ustavnega sodišča Republike Slovenije v zadevi U-I-79/20
- 381 *Zarja Hude*
Unilateral Termination of Employment of Pensionable Workers Held Unconstitutional – Between Equal Treatment, the Principle of Legality and Pure Formalism
Enostranska odpoved pogodbe o zaposlitvi delavcem, ki izpolnjujejo pogoje za starostno upokojitev, je v neskladju z ustavo
- 393 **Sinopsisi**
- 409 **Synopses**

1

Scientific article / *Znanstveni članek*

UDC: 341:330.3:061.1EU

616:061.1EU

DOI: 10.51940/2022.1.9-41

*Joseph (Jože) Straus**

The European Union after the Crisis: Risks and Opportunities—The Problem of “Uncomfortable Knowledge” and “Institutionalised Forgetfulness”

*“All animals are equal but some
animals are more equal than others!”*
George Orwell, *Animal Farm* (1961)

1. Introduction

Addressing the risks and opportunities of the ongoing crisis having unlikely causes, the COVID-19 pandemic and the war in Ukraine, is challenging, even hazardous. Despite the many differences, the two reasons for the European crisis also show some commonalities. Their causes are controversially debated, and there is no reliable prediction on when and how they will end. Further, they enormously harm European Union's economy, with no recipe for how to master the economic consequences and defend the European Union's position as a global economic power.

There is one more commonality: A neutral, fact-based scrutinising and challenging of official positions is, at best, inopportune, at worst, detrimental or even dangerous.

* *Prof. Dr. Dres. h.c., Foreign Member Accademia Nazionale dei Lincei. Extended, revised and with footnotes amended text of an introductory lecture given at the conference Una nuova politica economica e tributaria per l'Unione Europea, Accademia Nazionale dei Lincei, Rome, 27 May 2022, j.straus@ip.mpg.de.*

Depending on where the “mainstream media” report, they mirror either official censorship or opportunistic self-control.¹

I shall follow the principle of the late US Senator Daniel Patrick Moynihan: “Everyone is entitled to his own opinion, but not to his own facts.” Also, that opinions may not suppress or ignore facts!

To avoid any misunderstandings, I emphasise from the outset there is no justification and no excuse whatsoever for the Russian invasion of Ukraine! There should also be no doubt that war crimes must be carefully investigated and prosecuted, and those responsible brought to court! The exclusive aim of my analysis of historical developments, which led to the Ukraine catastrophe and the pandemic threat, is to draw lessons for their aftermath. Thereby I shall concentrate on general political aspects potentially affecting the EU’s macro-economy.

2. The Phenomena of “Uncomfortable Knowledge” and “Institutionalised Forgetfulness”

The late Oxford Professor Steve Rayner in his 2012 article “Uncomfortable Knowledge”, defined the “*unknown knows*” as “things we don’t admit that we know” and termed them “uncomfortable knowledge”.² Rayner identified denial, dismissal, diversion (or decoy) and displacement as strategies of organisations for managing “uncomfortable knowledge”. He argued, “The social construction of ignorance is not only inevitable, but actually necessary for organisations, even entire societies to function at all.”³ Rayner also coined the notion of “*institutionalised forgetfulness*,” i.e. a method which functions as “a part of a broader set of informational and perceptual filters that enable individuals and collectives to make sense of what would otherwise be an overwhelming onslaught of sensory stimuli.”⁴

An assessment of risks and opportunities of the EU in the aftermath of the crisis requires confronting the Europe’s past “*unknown knows*”, including searching for an answer, how much of the “social construction of ignorance” may be stalled in informational and perceptual filters of politics and media without blurring the assessment of the EU’s post-crisis risks and opportunities. Addressing uncomfortable knowledge may imply an “uncomfortable” talk.

¹ In an interview with Aaron Maté of The Grayzone of 24 March 2022, the former US Ambassador Chas Freeman deplored that those “attempting to be objective about this” were “immediately accused of being Russian agents”. (hereinafter: “Freeman Interview”).

² S. Rayner (2012), pp. 107–125.

³ *Ibid.*, pp. 122–123.

⁴ *Ibid.*, p. 110.

3. Europe’s Distant and Current “Uncomfortable Knowledge”

3.1. *The Cold War Era*

In 1952, Belgium, France, Germany (Federal Republic of), Italy, Luxembourg and the Netherlands signed the “Treaty Establishing the European Defence Community” in Paris. Its ratification successfully passed the parliaments of all signatories but that of France. This failure indirectly opened the way for the admission of Germany into the North Atlantic Treaty Organization (NATO), on 23 October 1954.⁵ From then on, NATO has become the foundation of Western Europe’s, now European Union’s defence system, with far-reaching political implications. As Rodric Braithwaite, a former British Ambassador to Moscow recently observed:

“NATO had justified the Americans’ dominant position in Europe. They [the US] had no intention of giving it up. Publicly they argued that Europe’s future security depended on NATO’s existence.”⁶

Article 42 (7) (2) of the Treaty on the European Union (TEU) has implemented the dominance of NATO over the Union’s defence into the EU’s legal order.⁷ By subordinating the “collective defence and the forum for its implementation” of the large majority of its member states under NATO, Article 42 TEU has substantially limited EU’s sovereignty.⁸ The United States is not only the leading military power of the NATO alliance but also the NATO member from whom the security of all other members of the alliance depends. The military capabilities of the latter do not suffice to defend Europe.

US presidents have repeatedly blamed Europeans for being free riders benefitting from the disproportionately large military commitment of the US to NATO. Some in Europe, therefore, worried about the future of NATO and their security. However, they have overlooked that in the fact that the future of NATO ultimately depends on the US’s commitment also “lies the assurance that the organization has a secure future”.⁹ Philip Stephens hits the essence:

“The argument about Washington’s disproportionately large military commitment has been going on for so long that many have come to see it as an act of altruism.

⁵ P.-H. Spaak (1969), pp. 210–248.

⁶ R. Braithwaite (2022), p. 9.

⁷ Article 42 (7) (2) sets forth that the “commitments and cooperation” of the EU Member States in the area of security and defence policy: “shall be consistent with commitments under the North Atlantic Treaty Organization, which, for those States which are members of it [Austria, Cyprus, Finland, Ireland, Malta and Sweden are not NATO members.], remain the foundation of their collective defence and the forum for its implementation.”

⁸ Sovereignty does not only require “an absolute and perpetual power [...], which cannot in any way be subject to the command of others”. J. Bodin (1576), but also constitutes its “artificial soul created for its protection and defence”. T. Hobbes (1651).

⁹ P. Stephens (2019), p. 11.

In truth, America has paid for NATO because it has served US national interests and it still does.”¹⁰

This hybrid NATO-EU construct has consequences transcending the issue of security and defence. In 1959, US president Dwight Eisenhower attempted to convince French President Charles de Gaulle not to develop own nuclear weapons, which France could acquire from the US, and asked, “How can you doubt that the US identifies her fate with that of Europe?”. De Gaulle, in his reply, first, emphasised that the NATO “deterrent is real” only for the two nuclear powers, America and Russia, “But it does not exist for their respective allies. What, after all, is there to prevent Russia and America from wiping out what lies between their own vital, in other words the European battlefield?”, and noted that the ideological slogans, “the cause of freedom” and “Atlantic solidarity”, praised by US, as usual, conceal vital interests. Then de Gaulle reasoned as follows:

“For I know, as you yourself know, what a nation is, with its geography, its interests, its political system, its public opinion, its passion, its fears, its errors, it can help another, but it cannot identify itself with another.”¹¹

Bearing in mind what de Gaulle told Eisenhower, in the context of NATO, essential interests of the EU largely depend on US geopolitical interests, its political system, its public opinion, its passion, its fears, its errors, and even its geography.¹² For many rea-

¹⁰ Ibid.

¹¹ The entire answer of de Gaulle: “If Europe, sliding to disaster, were one day to be completely conquered by your rivals, it is true that the United States would soon be in trouble. Hence your current ideological slogans ‘the cause of freedom’ and ‘Atlantic solidarity’ which as usual conceal vital interests. But before the day of reckoning, what would become of my country? In the course of the two world wars, America was France’s ally and France – ... has not forgotten what she owes to American help. But neither has she forgotten that during the First World War, that help came only after three long years of struggle which nearly proved mortal for her, and that during the Second she had already been crushed before you intervened. In saying this, I intend not the slightest reproach. For I know, as you yourself know, what a nation is, with its geography, its interests, its political system, its public opinion, its passion, its fears, its errors. It can help another, but it cannot identify itself with another. That is why, although remaining faithful to our alliance I cannot accept France’s integration into NATO.” [C. de Gaulle, translated by T. Kilmartin (1970/1971), pp. 213–214]. De Gaulle could also have added that France had to repay to the US for all the military help, which the US delivered before it formally entered into World War I, i.e. 7 April 1917. This French debt in December 1973 (!) still amounted to US \$ 6.4 billion (M. Hudson (2003/2016), p. 41 et seq., p. 103).

¹² For the complexity of what this means considering the current US situation, cf. the Economist article ‘The End of American Hegemony, The World Ahead 2022, United States’, The Economist, 13 December 2021, p. 56. It is further recalled that US president Franklin Delano Roosevelt in his Inauguration speech on 4 March 1933 emphasised *inter alia*: “I shall spare no effort to restore world trade by international economic readjustment but the emergency at home cannot wait on that accomplishment” (quoted from M. Hudson, No. 11, p. 75). In his comment of Roosevelt’s message, Hudson (ibid.) observes, first, that the long term economic position of a country is helped by growth in the world economy, but “the means to such growth along the way must reflect a com-

sons, they cannot and do not overlap entirely with the interests of Europe. Thus, some tensions in the NATO stables had always existed.

3.2. *The Developments since the 1990s*

However, as long as the world had been dominated by the two superpowers, the US “elephant” and its NATO alliance, and the Russian “bear” with its Warsaw Pact, separated by the “iron curtain”, the US Europe dominance had been felt as a kind of natural protective shield. The collapse of the Soviet Union in 1991 with the removal of the “iron curtain”, the genesis of new independent states, the former Soviet Union “republics”, and the fast-progressing economic globalisation, brought about major changes. Many expected that after the “Warsaw Pact” alliance had dissolved, also NATO had lost its *raison d’être*. Instead, to the surprise, anger and upset of many, NATO not only prolonged its “life span”, it even substantially expanded to the East.

Among those upset and concerned were two US veteran experts: George Frost Kennan, a former US Ambassador to Moscow, the architect of the Communism Containment Doctrine, and the former US Secretary of State, James A. Baker III, who negotiated the reunification of Germany at the end of the Cold War. As his 1997 diary notes reveal, in the rapid and reckless expansion of NATO, Kennan saw nothing “other than a new Cold War, probably ending in a hot one, and *the end of the effort to achieve a workable democracy in Russia*.”¹³ In 2002, James Baker III, in his article “Russia in NATO”¹⁴ prudently compared the situation of Russia following the end of the Cold War, including “the expansion of NATO up to Russia’s doorstep,” with that of Germany following the Peace Treaty of Versailles and, *inter alia*, expressed his concerns as follows:

“By continuing to treat Russia like a potential adversary, we may encourage it to become our enemy, the very thing we fear. The best way to find an enemy is to look for one, and I worry that *that is what we are doing when we try to isolate Russia*. The same principle would apply, of course, if we were to embark on a policy to try to isolate China.”¹⁵

In the face of the ongoing war in Ukraine, one is tempted to ask, had Kennan and Baker a “crystal ball” they could read in, or could they predict what we witness today based on their knowledge of how the US policy works.

posite of calculated pursuits of national interest, not its subordination by some to the advantage of other economies” and then, that “no nation has shown itself more aware of this distinction between national self-interest and cosmopolitan ideals than the United States.”

¹³ Cf. J.A. Warren (2014).

¹⁴ The Washington Quarterly (2002), p. 95 ss.

¹⁵ *Ibid.*, p. 100 (emphasis J.S.). It is difficult to understand how some commentators, such as Prof. Christina Spohr (Putin’s War Has Backfired by Reviving the West, Financial Times, 29 April 2022, p. 17), can call Kennan’s position as mistaken as if we would not be witnessing a hot war right now. It also seems that Prof. Spohr apparently has no knowledge of the 2002 article of James Baker.

How it had, in fact, worked, we can learn from Rodric Braithwaite. The former British Ambassador to Moscow reports, *inter alia*, that “under relentless US pressure, NATO’s borders advanced until by 2004 they were within spitting distance of Russia and Ukraine.” “They [Americans] set up the ‘Partnership for Peace’ to associate Russia with NATO’s work: but they made it clear that Moscow would not have an equal voice in them.” “American bureaucrats who believed that NATO should expand to include the whole of Eastern Europe drove their ideas with ruthless effectiveness.” Further, “Ukraine could never have avoided getting caught in the crossfire, although western policymakers always understood that bringing Ukraine into NATO would eliminate the distance between the world’s most powerful military alliance and Russia itself, thus crossing the reddest of all Russia’s red lines.” “Nonetheless, American hardliners successfully inserted references to Ukraine’s membership into one NATO communique after another.”¹⁶

Strikingly, Braithwaite does not mention whether and if, to what extent, the European NATO members were involved in this US NATO expansion efforts. We know no more than that German Chancellor Merkel and French President Sarkozy in 2008 prevented the start of the process for the admission of Ukraine and Georgia into NATO.¹⁷ Europeans have seemingly not been involved in the developments preceding the occupation of Crimea by covert Russian troops in 2014.¹⁸

The EU also had no role to play in the 2014 Ukraine developments. This transpired from a leaked telephone conversation in which the then US Assistant Secretary of State Victoria Nuland, now President Biden’s Undersecretary of State, on 4 February 2014, informed US Ambassador to Ukraine Geoffrey Pyatt that the US State Department had selected Arseniy Yatsenyuk as the next Prime Minister of Ukraine. When Pyatt asked, what the position of the EU was, he got the widely publicized “Fuck the EU” as an an-

¹⁶ ‘Through the Lens of History’, Financial Times, 5 February 2022, p. 9. Former US Ambassador Freeman recalls in this regard: “In 1994, Mr. [President] Clinton was talking out of both sides of his mouth. He was telling the Russians that we were in no rush to add members to NATO, and that our preferred path was the Partnership for Peace. The same time he was hinting to the ethnic diasporas of Russophobic countries in Eastern Europe—and, by the way, it’s easy to understand their Russophobia given their history—that, no, no, we were going to get these countries into NATO as fast as possible. And in 1996 he made that pledge explicit.” (Freeman Interview, *supra* No. 1, p. 5).

¹⁷ Cf., e.g., P. Taylor and M. John (2008).

¹⁸ First, in 2008 Viktor Yushchenko, the then President of Ukraine, announced, not to prolong the lease agreement of the Russian Black Sea fleet of the port of Sevastopol beyond 2017 (cf. Č. Iškauskas (2008)). Then his successor Viktor Yanukovich, in 2010, agreed to extend the lease on Russia’s naval basis in the Crimea for 25 years, until 2042 at least (cf. L. Harding (2010)).

swer.¹⁹ In fact, Yatsenyuk became Prime Minister on 27 February 2014, the very day on which Russia intervened in Crimea. A coincidence?²⁰

According to US Ambassador Freeman, “since about 2015 the United States has been arming, training Ukrainians against Russia.”²¹ In late 2016, US Senators Lindsey Graham, John McCain and Amy Klobuchar visited the Donbas battlefield, where Senator Graham stated: “Your fight is our fight. 2017 will be the year of offense. All of us will go back to Washington, and we will push the case against Russia. Enough of Russian aggression. It is time for them to pay a heavier price.”²² Because the Democrats lost the 2017 elections, the promised 2017 “offense” did not take place.

Since Joe Biden took office of the US President, he has used every opportunity to attack Russia and its President, thereby provoking reactions of the latter. When the Russian President learned that President Biden, in April 2021, agreed with the assertion of an interviewer that he was “a killer” and would have to “pay a price for having intervened in America’s elections,”²³ Putin alarmed the military and, within a few days, started assembling troops on the Ukrainian border and in Crimea.²⁴

The developments which followed the April 2021 Biden’s Comment on Putin and the subsequent massive concentration of the Russian military forces at the Ukraine border, two quotations from a Financial Times article illustrate best:

“Blinken’s [US Secretary of State] words were the latest salvo in a high-stakes information war between Moscow and Washington over the fate of Ukraine—one that Joe Biden’s administration has openly embraced. Having been blindsided by

¹⁹ The Washington Post commented that in the conversation, *inter alia*, “Nuland also assessed the political skills of Ukrainian opposition figures with unusual candor and, along with the ambassador to Ukraine, Geoffrey Pyatt, debated strategy for their cause, laying bare a deep degree of U.S. involvement in affairs Washington says are Ukrainian’s to resolve”. Cf. V. Nuland (2022).

²⁰ Here again, Ambassador Freeman offers an interesting insight into the 2014 events: “Ukraine entered that sphere of influence [i.e. American, see *infra* European NATO Allies Under the Monroe Doctrine]; it was not neutral after 2014. That was the purpose of the coup, to prevent neutrality or a pro-Russian government in Kiev, and to replace it with a pro-American government that would bring Ukraine into our sphere [...], Russia reacted by annexing Crimea. Let me say about Crimea: of course, Russia reacted because its major naval base on the Black Sea is in Crimea; and the prospect that Ukraine was going to be incorporated into NATO and an American sphere of influence would have negated the value of that base” (Freeman Interview, *supra* No. 1, p. 5).

²¹ Freeman Interview, *ibid.*

²² Quoted from Freeman Interview, *supra* No. 1, p. 7.

²³ In fact, the US in April 2021 imposed new sanctions on Russia (cf. ‘Overload – Foreign policy under Joe Biden’, *The Economist*, 24 April 2021, p. 31).

²⁴ Cf. ‘Place your bets – Vladimir Putin is keeping the world guessing’, *The Economist*, 29 January 2022, p. 18.

Russia's 2014 invasion of Crimea and its 2015 intervention in Syria,²⁵ Washington wants to dominate the narrative before any conflict breaks out.”

“A senior Biden administration official told the Financial Times that their purpose was to make an ‘invasion harder to execute, and then should it be executed, to make it harder to claim legitimacy’.”²⁶

It stands out that the purpose was “to make an invasion harder to execute”, not to prevent it.²⁷

Since the war started, efforts to end it by diplomacy have been practically non-existent. The frail neutrality plan of Ukraine President Zelensky, of which Russia, with some positive connotations, took note,²⁸ received no public feedback from official Washington, being seemingly at a “dead end”.²⁹ The Western press mainly either ignored or refused the plan. James Sherr, an American now Senior Fellow at the Estonian Foreign Policy Institute, for instance, raised an astonishing argument against peace based on Ukrainian neutrality. Sherr argued, “Once Ukraine is formally at peace with Russia, who in the west will argue the case for providing more military support to Ukraine, keeping sanctions in place or raising the costs to Russia?”³⁰ Not a single word on what a prolonged war causes to Ukraine and its people!

Against this background, after the war started, former US Ambassador Freeman observed:

²⁵ This may be the reason, why President Biden uses extremely undiplomatic language whenever he speaks about president Putin (cf. J. Politi, ‘Biden’s Rhetoric Departs from Balancing Act over Russia – US Officials Backtrack after President Appears to Support Removal of Putin’, Financial Times, 28 March 2022, p. 3; see also H. Foy, B. Hall and N. Astrasheuskaya, ‘Macron eschews Biden’s Accusation of Genocide’, Financial Times, 14 April 2022, p. 3).

²⁶ J. Politi, A. Williams, M. Seddon and R. Olearchyk, ‘Biden’s information war with Putin: The US says it has published details intelligence about Russia’s military plans in order to make it harder to launch an eventual invasion of Ukraine. But some allies fear the tactics are exacerbating tensions’, Financial Times, 19/20 February 2022, p. 6.

²⁷ In an interview given on 13 April 2022 to Robinson of Current Affairs, Prof. Noam Chomsky observed in that regard: “The Biden administration has seemed disinclined to pursue the possible diplomatic solutions since before the invasion.” Cf. N. Chomsky (2022).

²⁸ Putin’s Press Secretary said, neutrality for Ukraine based on the status of Austria or Sweden was a possibility (cf. M. Seddon, R. Olearchyk, A. Massoudi and N. Zilber, ‘Moscow and Kyiv explore neutrality plan’, Financial Times, 17 March 2022, p. 1).

²⁹ Cf. M. Seddon and H. Foy, ‘Putin says peace talks at a ‘dead end’ and trains sights on Ukraine land grab’, Financial Times, 25 April 2022, p. 1; and N. Astrasheuskaya and R. Olearchyk, ‘Putin Blames Kyiv After Peace Talks Reached ‘Dead End’’, Financial Times, 14 April 2022, p. 2.

³⁰ J. Sherr, ‘Zelensky’s Muddled Neutrality Plan May Prove a Siren Song for Ukraine’, Financial Times, 4 April 2022, p. 19. Sherr also observed that it was no secret that “Kyiv’s terms were drawn up largely by Zelensky’s Presidential Office, with little input from the foreign and defence ministries. The stamp is all too visible” (*ibid.*).

“Everything we are doing, rather than accelerating an end to the fighting and some compromise, seems to be aimed at prolonging the fighting, assisting the Ukrainian resistance—which is a noble cause, I suppose, but that will result in a lot of dead Ukrainians as well as dead Russians. And, also, the sanctions have no goals attached to them. There’re no conditions which we’ve stated which would result in their end.”³¹

Freeman further points, “[...] the West was, basically, saying to President Zelensky ‘We will fight to the last Ukrainian for Ukrainian independence’, which was pretty cynical, despite all the patriotic fervor.”³²

4. European NATO Allies under the Monroe Doctrine

According to US Ambassador Freeman, the successful expansion of NATO, which incorporated all the countries right up to Russia’s and beyond them, brought all the NATO members into an American sphere of influence, which the US “modelled on the Monroe Doctrine”, and has applied it since then.³³ By applying the Monroe Doctrine,³⁴ the US claims the right to reject the interference of foreign nations in the sphere of its influence and in its own affairs,³⁵ i.e. the entire territory of NATO. Such foreign nations are primarily Russia and China. Since the notion of “interference” leaves room for broad interpretation, the limitation of the sovereignty of European NATO members “modelled on Monroe Doctrine” goes far beyond the issue of security, itself a flexible term. Whether this limitation of sovereignty is one in the sense of international public law or the sense of political sovereignty,³⁶ is left open. In any case, the idea of privileged states being entitled

³¹ Freeman Interview, *supra* No. 1, p. 3.

³² *Ibid.*, p. 4.

³³ Freeman Interview, *supra* No. 1, p. 5. In an interview given on 13 April 2022, to Robinson of Current Affairs, Prof. Noam Chomsky stated in that regard: “Since the Second World War, the U.S. position was that Europe should fall within what’s called the Atlanticist framework, the native framework, which the U.S. runs. Europe should be subordinate to the United States.” (N. Chomsky, *supra* No. 27, p. 24). It appears at least doubtful, whether the proud Fins and Swedes, now candidates for NATO membership, are aware that by becoming a NATO member, they will also benefit from the Monroe Doctrine.

³⁴ Some details on the Doctrine named after the US President James Monroe, which was first articulated on 2 December 1823, in Wikipedia under Monroe Doctrine. Some authors characterise the Monroe Doctrine also as “Imperial Anti-Colonialism” (J. Sexton (2011), pp. 5–6).

³⁵ Cf., e.g., Remarks by President Trump to the 73rd Session of the United Nations General Assembly, New York, on 25 September 2018, where he stated: “It has been the formal policy of our country since President Monroe that we reject the interference of foreign nations in this hemisphere and in our own affairs.”, <<https://trumpwhitehouse.archives.gov/briefings-statements/remarks-president-trump-73rd-session-united-nations-general-assembly-new-york-ny/>> (last accessed 26 April 2022).

³⁶ See on this difference A. Verdross and B. Simma (1984), p. 33.

to intervene in their sphere of influence contradicts the principle of sovereign equality of all UN members under Article 2 (1) of the UN Charter. It is inept as a justification model, used in the past to circumvent the prohibition of intervention.³⁷ How the Monroe Doctrine works in practice, German Chancellor Olaf Scholz experienced in a February 2022 White House press conference. He silently listened to US President Biden when Biden answered a question from a journalist about how the US could bring the Nord Stream 2 gas pipeline to an end, as the president argued, although “the project and the control of the project is within Germany’s control?”, simply with: “We will—I promise you—we’ll be able to do it.”³⁸

5. The Quest for “Atlantic Solidarity”

That the US, working on isolating Russia, was not interested in an independent Europe from Lisbon to Vladivostok, with no military alliance, a vision developed by Michail Gorbachev in 1991,³⁹ seems obvious. Likewise obvious appears that the US had no sympathy for either seeing the EU economically closely cooperating with Russia and China and becoming a global economic power and its serious competitor. President Trump made his aversion towards the EU public by calling Brexit “great” and the EU worse than China, only smaller. Further, by imposing higher customs duties on imported goods from Europe and threatening Europe with all sorts of sanctions, should it not follow US’s requests. It is also hard to believe that Ms Victoria Nuland, now chairing strategic meetings between the US and the European NATO allies, has changed her 2014 “appreciation” for the EU,⁴⁰ although she certainly conceals it more or less diplomatically.

American authors started more subtly to sow seeds of discord between the EU Member States. Jakub Grygiel, e.g. argued that:

“A Europe of newly assertive nation-states would be preferable to the disjointed, ineffectual, and unpopular EU of today. There are good reasons to believe that European countries would do a better job of checking Russia, managing the migrant crisis, and combating terrorism on their own than they have done under the auspices of the EU.”

³⁷ Cf. T. Stein, C. von Buttlar and M. Kotzur (2017), p. 245, also noting that the Doctrine had *ex post* been used to justify the 1968 intervention of the Warsaw Pact states in Czechoslovakia.

³⁸ Remarks by President Biden and Chancellor Scholz (2022).

³⁹ Cf., e.g., N. Chomski, *supra* No. 27, p. 23. Actually, Gorbachev only revived an idea President De Gaulle discussed with Nikita Khrushchev in 1960. De Gaulle said to Khrushchev: “The solution must be sought not in raising two monolithic blocks, one against the other, but on the contrary in working step by step towards *détente*, understanding and co-operation within a European framework. In this way, we shall create among Europeans, from the Atlantic to the Urals, new relationships, new ties, a new atmosphere” (C. de Gaulle, *supra* No. 11, p. 229).

⁴⁰ See *supra* No. 19 and the accompanying text.

Grygiel went even that far as to state:

“The United States, for its part, needs a better partner in Europe than the EU. As the union dissolves, NATO’s function in maintaining stability and deterring external threats will increase—strengthening Washington’s role on the continent.”⁴¹

President Biden has also been using all but gloves when dealing with the Europeans. When he decided to withdraw troops from Afghanistan, he had not consulted his European allies, whose troops were in Afghanistan based on NATO’s Article 5 Mutual Defence Clause—invoked by the US—following an assault on America (the 9/11 attack), not Europe.⁴² Josep Borrell, the EU Foreign Affairs Chief, stated in the European Parliament that the US departure from Afghanistan was “a catastrophe for the Afghan people, for Western values and credibility and for the developing of international relations.”⁴³ Following the signing of the AUKUS Pact, France accused Washington of betrayal, Canberra of duplicity and London of opportunism and recalled its Ambassadors from the US and Australia. Thierry Breton, the EU’s Commissioner for Internal Market, warned that there was, “something broken in transatlantic relations.”⁴⁴

I recall that the French President Emanuel Macron in 2019 saw Europe on “the edge of a precipice”. He stated, “If we don’t wake up [...] there’s a considerable risk that in the long run, we will disappear geopolitically or at least that we will no longer be in control of our destiny.” Macron deplored that there was “no co-ordination whatsoever of decision-making between the United States and its NATO allies. None.” The unilateral withdrawal of the US troops from Syria he called “the brain death of NATO.”⁴⁵ I also recall President Macron’s 2017 Sorbonne speech “Initiative for Europe – A Sovereign, United, Democratic Europe”,⁴⁶ in which he developed a vision for Europe. Macron stressed that Europe must guarantee every aspect of security. In defence, it needs to establish a common intervention force, a common defence budget and a common doctrine of action. The French President, *inter alia*, recalled the powerful words of Robert Schuman, who, on 9 May 1950, proposed to build Europe by stating: “A united Europe was not achieved and we had war.”⁴⁷ Speaking at the Elysée Palace on 28 September 2021, President Macron stated:

⁴¹ J. Grygiel (2016), p. 9.

⁴² E. Luce, ‘Biden’s America is confused – and so is the world’, *Financial Times*, 24 August 2021, p. 17.

⁴³ E. Luce, ‘Biden’s Afghanistan fiasco’, *Financial Times*, 21/22 August 2021, p. 5.

⁴⁴ J. Politi and A. Williams, M. Khan, S. Fleming and V. Pop, ‘EU official warns of ‘something broken’ in relations with US’, *Financial Times*, 22 September 2021, p. 3.

⁴⁵ ‘A president on mission’, *The Economist*, 9 November 2019, pp. 17–18.

⁴⁶ Initiative pour l’Europe - Discours d’Emmanuel Macron pour une Europe souveraine, unie, démocratique, <<http://www.elysee.fr/declarations/article/initiative-pour-l-europe-discours-d-emmanuel-macron-pour-une-europe-souveraine-unie-democratique>> (last accessed 13 April 2022).

⁴⁷ For more, see J. Straus (2018), pp. 100–102.

“We are forced to note that for a little more than 10 years now the US has put itself and its strategic interests first [...] We would be naive, or rather we would be making a terrible mistake, not to [...] grasp all of the consequences this has for ourselves. We need to react and show that we have the power and capacity to defend ourselves. Not escalating things but protecting ourselves.”⁴⁸

6. The Remedy of “Institutionalised Forgetfulness”

Since 24 February 2022, the day Russia invaded Ukraine, Europeans, with the vigorous support of the US, have activated and programmed all available informational and perceptual filters, first, to wipe out the recollection of how, in the understanding of European leaders such as President Macron, the US in the past had treated its European NATO allies. Then, to praise and celebrate NATO’s unity and Atlantic solidarity. Solidarity in the context meant, the US delivering predominantly US weapons to Ukraine⁴⁹ and expecting/requesting Europeans to deliver not only weapons but also welcome and take care of millions of Ukrainian refugees, contribute to the Ukrainian budget, pledge to help in rebuilding the destroyed country, etc.⁵⁰

Without the input of “institutionalised forgetfulness”, accepting such an enormous economic burden as a consequence of a war in whose genesis Europe had not participated, for European voters and taxpayers, although willing to offer every humanitarian

⁴⁸ Quoted from A. Gross and E. Varvitsioti, ‘Macron claims EU ‘naive’ over US interests – French leader calls on bloc to strengthen its defences in wake of Aukus deal’, *Financial Times*, 29 September 2021, p. 2.

⁴⁹ On 6 April 2022, the US Senate adopted S.3522, an Act “To provide enhanced authority for the President to enter into agreement with the Government of Ukraine to lend or lease defense articles to that Government to protect civilian populations in Ukraine from Russian military invasion, and for other purposes.” – “Defense Lend-Lease Act of 2022”. The Act was cleared by Congress on 28 April 2022 (cf. U.S. to lend and lease military supplies Ukraine under bill cleared by Congress, 28 April 2022. According to Section 2(a)(3) of the Act – ‘Conditions’ – “Any loan or lease of defense articles to the Government of Ukraine under paragraph (1) shall be subject to all applicable laws concerning the return of and reimbursement and repayment for defense articles loan or leased to foreign governments.”

⁵⁰ Grzegorz Kolodko, economics professor at Kozminski University in Warsaw and a former finance minister of Poland, offered a first idea on the Ukraine recovery costs. He suggests that the EU should create a special long-term financial vehicle—a European Fund for the reconstruction Ukraine and that successive multibillion-euro tranches should finance infrastructure investment and human capital development. Further, that Ukraine’s public debt, which at the end of 2021 amounted to about US \$ 94bn (some US \$ 57bn foreign debt) should be either to a large extent reduced or completely cancelled (‘Ukraine recovery needs debt write-off and help from EU and China’, *Financial Times*, 8 April 2022, p. 19).

help, especially to refugees, would be an unacceptable “overwhelming onslaught of their sensory stimuli”.

European politicians celebrating the “revived West” mirrored in their actions demonstrating unity and Atlantic solidarity as a consequence of the Ukraine war⁵¹ should note what Prof. Chomsky says about the position of Europe as a result of the Russian attack on Ukraine.

“Putin did what every man of violence does: reach for the violent option, attack Ukraine with criminal aggression, and hand the United States on a silver platter its most fervent wish: *Europe deep in its pocket. More than ever before. The greatest gift that the Kremlin could have given Washington, while it stabs itself in the back. That’s called statesmanship. Okay. Quite apart from the criminal aggression.*”⁵²

Being even “deeper in the pocket” of the “governor” of the Monroe Doctrine potentially constitutes the most recent and threatening piece of Europe’s “uncomfortable knowledge”.

So far, there are no signs that European leaders, enthusiastically celebrating the “re-gained” unity, realise that being deeper than before in the pocket of the US means being and becoming more dependent, not only in terms of defence and security but geopolitically and economically in general.⁵³ Deep in the pocket, the stick of the Monroe Doctrine is more “palpable” and the room left to manoeuvre, i.e. the sovereignty, even more limited. The “pocket” does not stand for a safe shelter in terms of security. Quite to the contrary, being in the “pocket”, Europeans have few chances to prevent the sparks of the war from reaching the territories of European NATO members if that would not suit the US strategy.⁵⁴

7. The Problem of Double Standards and the Hypocrisies of Western Values

Firmly embedded in the pocket of the concealed interests of “Atlantic solidarity”, Europeans, with all available means, support Ukraine in defending the liberal international order against the Russian threat to a rule-based world. Europeans have also joined

⁵¹ Cf. G. Rachman, ‘Has War in Ukraine Revived the West?’, *Financial Times*, 16/17 April 2022, p. 5; also, ‘The Concert of Europe’, *The Economist*, 26 March 2022, p. 21.

⁵² N. Chomsky, *supra* No. 27, p. 24 (emphases added, J.S.).

⁵³ This transpired also from a statement President Biden made before a meeting with European NATO leaders. He told a group of US CEOs: “Now is a time when things are shifting. There’s going to be a new world order out there, and we’ve got to lead it. And we’ve got to unite the rest of the free world in doing it.” (cf. J. Politi and H. Foy, ‘Biden arrives in Europe on mission to keep western countries united’, *Financial Times*, 24 March 2022, p. 4).

⁵⁴ In fact, e.g. the US strategy of weapons supply to Ukraine is in a continuous flux (cf. F. Schwartz, ‘US Makes ‘Profound Shift’ on Weapons Supply to Kyiv’, *Financial Times*, 25 April 2022, p. 3).

the US calls to bring President Putin for committed war crimes before the International Criminal Court (ICC). Thereby they either do not know or do not admit to know (?), that the US, e.g. in the case of Serbia, Iraq, Libya and Afghanistan, has broken the rules of the liberal international order itself. The same applies to the fact that the US is not a Member State of the ICC because the US Senate refused to ratify the ICC Rome Statute to prevent the Court from prosecuting US soldiers for alleged crimes committed in, e.g., Iraq and Afghanistan.⁵⁵ Moreover, the US for years has been hindering the work of the judiciary system of the World Trade Organization (WTO) by blocking the work of the Appellate Body of its Dispute Settlement system.⁵⁶

Thus, although these aspects do not enjoy much public attention in Europe, the war in Ukraine has again unveiled the problem of the applied double standards and the hypocrisies of western values.⁵⁷ As Edward Luce correctly observes, western values “will only endure if the West applies them to itself.” Therefore, “the US can no longer afford to be selective. Either everyone submits to the rules, or they will end up in history’s dustbin.”⁵⁸ Europeans “would be naïve, or rather would make a terrible mistake”, to paraphrase president Macron,⁵⁹ not to grasp that they themselves since long have been treated by the double standards and should, therefore, find a way out of the “pocket” as a matter of high priority.

⁵⁵ John Bolton, as the White House Security Advisor, in 2018 threatened the ICC Justices with a ban to enter the US, should they begin with investigations into alleged crimes committed by US soldiers in Afghanistan. That would interfere with the US sovereignty. Therefore, “we [the US] will let it [ICC] die on its own” (cf. D. Sevastopulo and M. Peel, ‘Bolton Threatens ICC with Sanctions’, *Financial Times*, 10 September 2018, p. 1).

⁵⁶ Cf. B.J. Condon (2018), pp. 535–556; and E.U. Petersmann (2018), pp. 103–122.

⁵⁷ On the problem of double standards and hypocrisy in the US foreign policy, cf. J. Ganesh, ‘The Ukraine conflict is not about democracy versus autocracy’, commenting the former US foreign policy: “The reality is that America had to be pragmatic to the point of amorality between 1945-1989-91. Pretending otherwise now is understandable enough as a piece of rhetoric. The danger is that a generation of policymakers actually comes to believe the wholesome cant that America saw off the Soviets by standing up for its values, or some such, and tries to repeat the trick today.” (*Financial Times*, 23 March 2022, p. 21); cf. also E. Luce, ‘Biden bets on democracy – facing competition from China and Russia, the White House is using summit with allies to outline a foreign policy that is built around liberal value. But will it end pushing autocracies closer together?’, *Financial Times*, 9 December 2021, p. 17.

⁵⁸ E. Luce, ‘US Can No Longer Afford to be Selective about Western Values’, *Financial Times*, 22 April 2022, p. 4.

⁵⁹ Cf. Quotation accompanying *supra* No. 45.

8. Assessing Risks and Opportunities of the Crisis’ Aftermath

8.1. *No End of the War in Sight*

Risks and opportunities for the EU in the aftermath of the crisis largely depend on how long the Ukraine war is going to continue. The prospects for a nearing end are grim, and the EU’s ability to influence the events is more than modest, not to say none. The vision of the former US Ambassador Freeman reads in this regard:

“And finally, we have people now, including the president of the United States and the prime minister of Great Britain, calling Putin a war criminal and professing that they intend to bring it to trial somehow. This gives Mr Putin absolutely no incentive to compromise or reach an accommodation with the Ukrainians, and it probably guarantees a long war. And there seems to be a lot of people in the United States who think that’s just dandy: it’s good for the military-industrial complex; it reaffirms our negative views of Russia; it reinvigorates NATO; it puts China on the spot. What’s so terrible about a long war? If you’re not Ukrainian, you probably see some merit in a long war.”⁶⁰

Statements made by U.S. and U.K. officials confirm Freeman’s assumption of a long war. US Secretary of Defence Lloyd Austin, on 25 April 2022 stated in Kyiv: “We [the US] want to see Russia weakened to the degree that it can’t do the kinds of things that it has done in invading Ukraine.”⁶¹ And on 27 April 2022, U.K. Foreign Secretary Liz Truss, seconded: “Ukraine’s victory is a strategic imperative for all of us”. The West had to be “prepared for the long haul.”⁶²

8.2. *Any Beneficiary(ies) of the War?*

It is difficult to believe that despite all the public attention that the war in Ukraine has attracted, the core question, who is (are) the actual beneficiary(ies) of that war, has practically not been raised.

The vastly devastated *Ukraine*, with thousands of casualties, a ruined economy, millions of refugees and an estimated financial need for its reconstruction alone of US \$ 750

⁶⁰ Freeman Interview, *supra* No. 1, p. 3.

⁶¹ Quoted from J. Politi, F. Schwartz and R. Olearchyk, ‘US Wants Russia ‘Weakened’ and Orders Return of Diplomats’, *Financial Times*, 26 April 2022, p. 3. A commentator noted on the duration of Ukrainian war in *The Economist*: “Victory [of Ukraine] would revitalize democracy and might even bring down Mr. Putin. Mr. Biden, however, prefers the long game. Ukraine is bravely holding its ground. Russia is being weakened and China is paying a political cost for embracing Mr. Putin.” (‘The Revers Roosevelt Doctrine’, *The Economist*, 2 April 2022, p. 42).

⁶² Quoted from ‘Pushing for ‘victory’’, *The Economist*, 30 April 2022, p. 20.

bn?⁶³ Even winning the war, i.e. regaining most of its territory, and achieving its strategic political goal, i.e. successful defence of independence, sovereignty, affiliation with the US sphere of influence, with the prospect of becoming a NATO member, i.e. enjoying the same sovereignty as other members, will hardly make Ukraine a true war beneficiary in the short and medium term. The longer the war lasts, the less so.

Russia, even if “winning” the war, e.g. by achieving some agreement on retaining Crimea and some compromise on Donbas? It will remain, for long, isolated from the rest of the Western world, economically, financially and geopolitically, with thousands of casualties, an enormously damaged economy, continuously threatened with new sanctions, which will not end by the end of the war, and condemned to be a pariah?

The European Union, no matter how the war may end? It is burdened with up to 10 million Ukrainian refugees, facing enormous energy costs, desperately searching for new suppliers for gas, oil and various other raw materials at much higher prices than before the crisis. Confronted with supply chain problems, inflation, negative consequences of sanctions imposed on Russia, etc.⁶⁴ Europe is supposed to bear the lion’s share of the costs directly incurred by the war in Ukraine.⁶⁵

The war works, as Martin Wolf of the Financial Times put it, “Via five main channels: higher commodity prices; disruption of trade; financial instability; the humanitarian impact, above all millions of refugees; and the policy response, notably sanctions.”⁶⁶ This reflects, at a higher level of abstraction, the present and the after-crisis European problems. Europe does not appear a beneficiary, but, hopefully only, the economic loser of the war. What Wolf fails to address is, is there a beneficiary of the war, politically and economically.

⁶³ Cf. S. Fleming and R. Olearchyk, ‘Ukraine Estimates Recovery Will Cost \$ 750bn’, Financial Times, 5 July 2022, p.2; cf. also ‘The Builder’s Bill, the Ukrainian Economy is in Tatters and Much of its Infrastructure Wrecked. Setting things right could cost half a trillion dollars’, The Economist, 16 April 2022, p. 20.

⁶⁴ Some titles of articles published in the Financial Times may illustrate Europe’s situation: Ch. Giles, ‘Russian Export Curbs Raise Risk of Stagflation Across Europe’, Financial Times, 9 March 2022, p. 3; S. Pfeifer, *et al.*, ‘Grim Energy Outlook for European Industry: Sectors Including Aviation, Carmaking, Steel and Chemicals Braced for Closure After War Sends Oil and Gas Prices Higher’, Financial Times, 8 March 2022, p. 11; C. Giles, ‘Backlash Against Russia Threatens to Bring Hold to 30 Years of Trade Growth’, Financial Times, 6 April 2022, p. 3; T. Wilson, ‘Severe Growth Impact Protected if EU Succeeds in Braking Russian Gas Habit’, Financial Times, 8 April 2022, p. 9; J. Miller, A. Kazmin and S. Sciorilli Borrelli, ‘Germany Strikes Long-Term Gas Accord with Qatar’, Financial Times, 21 March 2022, p. 2; O. Storbeck, ‘Immediate Russian Gas Ban Would Cost Germany € 165 bn, Bundesbank Warns’, Financial Times, 23/24 April 2022, p. 1); H. Agnew, ‘Supply Chains, Ukraine Fallout – Onshoring Gains Grounds Globalization Grinds Halt’, Financial Times, 26/27 March 2022, p. 13.

⁶⁵ Cf. *supra* No. 50, and text accompanying No. 63 *supra*. Cf. also S. Fleming and A. Bounds, ‘Yellen and IMF Urge Additional Financial Aid for Defenders’, Financial Times, 18 May 2022, p. 2.

⁶⁶ M. Wolf, ‘Shocks from War in Ukraine are Many-Sided’, Financial Times, 27 April 2022, p. 17.

As regards *the United States*, the expectations of many Americans, who, according to Ambassador Freeman, assess a long war in Ukraine as good for the military-industrial complex, reaffirming their own negative views of Russia, reinvigorating NATO and putting China on the spot,⁶⁷ seem already fulfilled. President Biden has boosted the US military spending.⁶⁸ The defence stocks have outpaced the global market,⁶⁹ the US natural gas prices have surged,⁷⁰ and, e.g., the US oilfield services experience a US drilling boom.⁷¹ Not surprisingly, some commentators see in the US “the ultimate winner of the war in Ukraine”.⁷² This is even without taking into account that the US, thanks to the war, has in the “pocket” Europe deeper than ever before, and, most importantly, it has successfully accomplished its decades-long endeavour, to isolate Russia,⁷³ geopolitically, economically and financially.

8.3. *The “Secret” of the EU’s Silence*

Another, seemingly never, at least not in public, asked question of paramount importance for Europe’s prosperity and peace is that how could the leaders of the European Union and its Member States silently tolerate the strategic efforts of their most important NATO ally, on whose military might they depend, to isolate Russia? In other words, on purpose, since the 1990s working on cutting Europe’s economic ties with Russia and transforming Russia, first to an adversary and then to an enemy not only of the US but also of the EU.⁷⁴ The EU and Russia share a land border of some 1.900 km, and Russia has an extension of over 17 million km², which stretches from Norway, Finland and the Baltic Sea to the Pacific Ocean and is a country with extremely rich natural resources. It needs technologies, which Europe can offer. Even without the experience of the adventures of Napoleon and the Nazi-Germany, every mindful and rational, prudently deliberating European should have understood that it is in his/her, *Europe’s (!)* very genuine interest

⁶⁷ *Supra*, text accompanying No. 60.

⁶⁸ Cf. C. Smith and J. Politi, ‘Biden Plans Military Spending Surge in \$ 5.8 tn Budget Proposal’, *Financial Times*, 29 March 2022, p. 1.

⁶⁹ Cf. S. Pfeifer and H. Klasa, ‘Defence Stocks Beat Global Indices on Expectations of Higher Spending’, *Financial Times*, 23/24 April 2022, p. 15; S. Chávez, ‘US Weapon Makers Face Battle to Meet Demand’, *Financial Times*, 10 May 2022, p. 7.

⁷⁰ Cf. D. Brower, ‘US Natural Gas Prices Surge as Europe Spurns Russia Energy’, *Financial Times*, 6 May 2022, p. 8.

⁷¹ Cf. J. Jacobs and M. McCormick, ‘Oilfield Services Rebound in US Drilling Boom’, *Financial Times*, 3 May 2022, p. 7.

⁷² Cf. J. Ganesh, ‘The US Will be the Ultimate Winner of the War in Ukraine’, *Financial Times*, 6 April 2022, p. 19.

⁷³ Cf. J. Baker’s 2002 publication (*supra* text accompanying Nos. 14 and 15).

⁷⁴ Cf. J. Baker, *ibid.*

not to have Russia as an adversary even less as an enemy. In particular, when that neighbour's and Europe's economies could/can complement each other. The best proof that this mutual economic interest had endured over more than a hundred years, i.e. survived a number of wars and ideological differences, is the successful engagement of the German Siemens AG, one of the world's largest industrial conglomerates, in Russia, which had lasted for over 170 years! Thanks to the "Atlantic solidarity", wrapped in sanctions on Russia and the war in Ukraine, Siemens is now definitively closing its Russia business!⁷⁵

8.4. *The Starting Point for the Assessment and the EU's Message to its Members, Allies and the Globe*

The assessment of risks and opportunities must depart from the established facts of "uncomfortable knowledge" as regards the "unity" and "Atlantic solidarity" before the Ukraine war started! There is no indication of any changes in that regard. Thus, the "social construction of ignorance" is reduced to the minimum, necessary for the functioning of the EU. "Institutionalised forgetfulness" and self-deception are entirely avoided. The ongoing crisis shows how dangerous and harmful they can be.

One core message of the EU to its Members must be the "*European solidarity*", with all of its attributes, including security and defence, comes first under all aspects! Especially the Baltic States and Poland reminded, firstly, that the decades they suffered under the Soviet regime had their origin in the conferences of Teheran and Yalta, where the US President Franklin D. Roosevelt, without consulting Winston Churchill, the British Prime Minister, conceded Stalin the Soviet post-war dominance over Eastern Europe.⁷⁶ Secondly, they owe their economic prosperity and relative wealth to their integration into the EU, and the enormous economic support, that they have received from the EU, not from NATO, i.e. the U.S.! Thus, they have to stick unconditionally to the EU's legal order and to the EU's foreign and security policy and demonstrate unrestricted loyalty to Europe.⁷⁷

⁷⁵ Cf. Siemens (2022).

⁷⁶ Frustrated that US President Roosevelt refused to consult him before meeting Stalin in Teheran in December 1943, Churchill later noted: "When I was at Teheran, I realized for the first time what a very small country this [UK] is. On the one hand, the big Russian bear with its paws outstretched – on the other hand the great American elephant – & between them the poor little English donkey – who is the only one that knows the right way home." (cf. Baham-Carter (2005), p. 202). To paraphrase Churchill and transfer his comments to the present, Europe between the US and Russia may be viewed at best as a donkey.

⁷⁷ Koen Lenaerts (2022, p. 23) makes this clear: "So, once a Member State makes the sovereign and free choice of being part of a structure of common governance, the *pacta sunt servanda* rule of international law applies: all the branches of government—including courts—have to comply with the common standards. There cannot be any unilateral break with the common rules, no matter how justified such break might seem from a purely national perspective."

For the EU and its Members, it is unacceptable to see their sovereignty significantly limited by the application of the Monroe Doctrine by the US. It seems doubtful that Finland and Sweden have realised that NATO membership is not about security and defence only, as stressed by President Biden welcoming the Finish President Sauli Niinistö and the Swedish Prime Minister Magdalena Andersson in Washington.⁷⁸ Equally, geopolitically and economically, even more important is the aspect that by becoming a member of NATO, their countries join the sphere of the US influence with all the consequences. Leaders of the EU should finally realise that it has been irresponsible to either not realise, or not to have the necessary courage, the gut, to make the NATO leader clear that Europe is not going to accept its efforts to isolate Russia (from whom and from what?). How could Europe ever accept the logic that a privileged state has the right to intervene, under the Monroe Doctrine, in an established relationship of a NATO ally with a third party and request to terminate it as dangerous and harmful?⁷⁹ Although knowing that the potential harm will result from the fact that that privileged state has successfully transformed the third party into Europe’s adversary and enemy?

8.5. *The Aftermath Risks*

Some risks for the EU in the aftermath of the crisis are already visible. As a consequence of the COVID-19 pandemic and even more so the ongoing Ukraine war, the EU and its Member States have accumulated an enormous debt rising on a daily basis and have had to battle with the highest rate of inflation since more than 40 years. The near- and at least medium-term perspectives are grim for both the debt and the inflation, where the EU has not yet developed clear exit plans.⁸⁰ For Europe, integrated in and strongly depending on the globalised economy, supply chain problems resulting in the tendency of companies to pull back from global supply chains⁸¹ severely endanger its position as a global economic power.

⁷⁸ Cf. J. Politi, ‘Biden Vows Security for Finland and Sweden’, *Financial Times*, 20 May 2022, p. 2. What NATO security under its existing defence plans offers in practical terms to the three Baltic states, according to a recent statement of the Estonian prime minister Kaja Kallas, was to allow them to be overrun before liberating them after 180 days. Kallas said: “If you compare the size of Ukraine and the Baltic countries, it would mean the complete destruction of countries and our culture.” (cf. R. Milne and S. Fleming, ‘Estonia fears being wiped from map’, *Financial Times*, 23 June 2022, p. 2. That statement reminds one of what de Gaulle told Eisenhower in 1960) (see *supra* text accompanying No.11).

⁷⁹ The US Ambassador Freeman, who sees the Ukraine war as a US-Russia conflict, makes the point: “It’s not Russia versus Europe. So, in this context, why would a great power [Europe] that values its cooperation with Russia want to alienate Russia?” (Freeman Interview, *supra* No. 1, p. 9).

⁸⁰ Cf., e.g., G. Chazan, ‘Germany warns EU to rein in spending’, *Financial Times*, 23 May 2022, p. 2.

⁸¹ Cf., e.g., B. Masters, ‘Fink Says War has Finished Off Globalization’, *Financial Times*, 25 March 2022, p. 8; also R. Foroohar, ‘Davos and the New Era of Deglobalisation’, *Financial Times*, 23 May

A challenge, if not even a threat for the EU and its Member States, constitutes the US strategy to contain China and decouple its allies from China. That could result in a divided global economy, forcing American partners to choose between the US and China.⁸² That the US is working to ensure that its partners will share and support its strategy to contain and isolate China is apparent.⁸³ Also apparent should be that the US strategy implies all sorts of sanctions against China, which Europe would have to follow, although they may have a detrimental impact on EU's economic position. The US and its European allies should not forget the warning of the former US Secretary of State James Baker of 2002,⁸⁴ as regards the potential consequences of such endeavour. In any case, Europe should timely develop strategies on how to react to sanctions demands. It should not shy away from making it clear that it will retaliate if needed. It should never accept measures having asymmetric effects.

The EU should also closely monitor developments in the ongoing "financial warfare" in which the US has developed "the powers to act as the global financial police".⁸⁵ The sanctions imposed in this warfare generated great economic pain, which, however, affected Europe much harder than the US.⁸⁶ It is premature to say whether the ongoing financial warfare and a substantially weaker EU could make Euro a target to attack its position as an important international reserve currency. From the history, we know that the British Pound Sterling lost its international reserve currency role to the US Dollar between World War I and World War II as a result of geopolitical changes and the changes in economic balance. Thereby the British World War I debt from the "Lend-Lease" Agreement with the US played a significant role.⁸⁷

2022, p. 21.

⁸² Cf. E. Luce, 'Biden's China Strategy Cannot Work with Weapons Alone', *Financial Times*, 18 May 2022, p. 17.

⁸³ Cf. D. Sevastopulo, 'Biden's Lopsided China Strategy', *Financial Times*, 27 April 2022, p. 15.

⁸⁴ See *supra* Nos. 14 and 15.

⁸⁵ V. Pop, S. Fleming and J. Politi, 'The New Era of Financial Warfare: From 9/11 to Russia', *Financial Times*, 7 April 2022, p. 17.

⁸⁶ Cf. V. Pop, *et al.*, *ibid.*

⁸⁷ Cf. on these developments M. Hudson, *supra* No. 11, pp. 75–117. As Hudson notes, to Britain the fact was critical "that the US Government insisted that wartime Lend-Lease support must stop with the end of hostilities." By amending the Lend-Lease Act in April 1945, US Congress prohibited the President from promising "post-war relief, post-war rehabilitation or post-war reconstruction" (*ibid.*, p. 113). Hudson starkly comments the causes of the end of Britain's economic power with the words: "What Germany as foe had been unable to accomplish in two wars against Britain, the United States accomplished with ease as its ally." (*ibid.*, p. 117). Hudson's book should be made mandatory reading for European politicians and bureaucrats responsible for economic and legal affairs. Only a detailed knowledge of how the US had treated European allies in financial affairs in the past can prevent naïve and illusionary European approaches in the aftermath of the crisis.

8.6. *The Aftermath Opportunities*

Nobody knows how the US led the “new World order”, announced and planned by President Biden,⁸⁸ will look like once the Ukraine war is over and the COVID-19 pandemic is defeated. In any case, it is relatively safe to assume that for the reasons discussed, at that point in time, if nothing very unpredictable happens, Europe will be economically much weaker than before the crisis. This, however, does not mean it could not use the opportunity of the imminent global political changes to strengthen its global position by consolidating its Member States firm commitment to the Union and *overhaul its legal foundations and its foreign and security policy*. In an interview with Jeffrey Goldberg from The Atlantic, in November 2016, the former US Secretary of State Henry Kissinger, by stating, *inter alia*,

“Today, a standard statement is that when Europe is weak, it cannot conduct great foreign policy, therefore it must be, at a minimum, economically cohesive. That is only partially true. At the end of World War II, when Europe was exhausted and devastated, they produced Adenauer [in Germany] and Schuman [in France] and De Gasperi [in Italy]. They had a vision. Now, their successors risk transforming their vision into a bureaucracy.”⁸⁹

indirectly indicated that a vision is necessary to master such unfavourable conditions.

Less than a year later, the then new French President Emmanuel Macron, on 7 May 2017 in his Sorbonne speech titled Initiative for Europe—A Sovereign, United, Democratic Europe,⁹⁰ developed what Kissinger called for, namely the “vision for Europe”. President Macron addressed in his initiative altogether six key aspects of European sovereignty—security, migration challenge, focus on Africa and the Mediterranean, Europe exemplary in sustainable development, Europe’s innovation and regulation adapted to the digital world and Europe standing as an economic and monetary power. At the centre of his considerations, however, stood the aspect of security. He explicitly emphasized that

*“In defence, Europe needs to establish a common intervention force, a common defence budget and a common doctrine for action. We need to encourage the implementation of the European Defence Fund and Permanent Structured Cooperation as quickly as possible and to supplement them with a European intervention initiative enabling us to better integrate our armed forces at every stage.”*⁹¹

Deplorably, the security aspect addressed so energetically by President Macron found little, if any, attention. Others, however, especially the problem of migration challenge,

⁸⁸ See *supra* No. 53; and G. Rachman (2022) [2].

⁸⁹ J. Goldberg (2016).

⁹⁰ See *supra* No. 46.

⁹¹ English Synthesis of the Speech provided by the Élysée <<https://www.elysee.fr/admin/upload/default/0001/03/76ee524bea17f6c386a5f2a99a00d142cf94436a.pdf>> (last accessed 24 May 2022). [emphases in the original].

were broadly discussed.⁹² France's EU partners failed to understand the danger of the precarious security dependence of Europe on NATO. Also, Macron's "wake-up calls" of the last years received no adequate feedback from EU partners. The aftermath of the crisis, whose causes and results should finally wake up the EU, is a unique opportunity to take up President Macron's 2017's ideas and subject them to a thorough analysis. There is no doubt that sovereignty and independence are those two attributes of the European Union, which are in urgent need of being adapted to the prevailing and predictable circumstances.

Such an overhaul will require an overall revision of the TEU and the Treaty on the Functioning of the EU (TFEU), overdue to improve the EU's functionality. The revised laws should avoid any "unmeetable demands for ethical rationality" because such demands generate laws which in the past turned out to be largely dysfunctional.⁹³ Instead, rational, value-based pragmatism should be the principle of preference. A priority in the efforts for the revision of the TEU and TFEU is the progress braking/preventing *principle of unanimity*, which enables to veto important decisions of the EU by a single Member State. Therefore, the Italian Prime Minister Mario Draghi recently proposed the EU to abandon the requirement of unanimity for most common foreign and security policy decisions.⁹⁴ This proposal merits the unconditional support of all EU Members committed to the idea of the EU and is concerned with its future.

As it stands, the EU's Security and Defence Policy has neither a common Union defence policy nor a common defence. As Article 42 (2) TEU provides, a "Common Union Defence Policy is at a stage of progressive framing," which "will lead to a common defence, when the European Council, acting unanimously, so decides." However, even if that, for the time being, unlikely decision would be adopted, it would not directly result in a "common defence". The latter would require, on the one hand, a respective recommendation of the European Council and, on the other hand, a subsequent adoption of all Member States "in accordance with their respective constitutional requirements". Thus, the "common defence policy", still being at a stage of progressive framing" (!), is already a union *competence*, the "common defence", however, not even that!⁹⁵ The TEU

⁹² See for more J. Straus, No. 47, pp. 100–101.

⁹³ Duncan Kennedy argues, "politics is law by other means, in the sense that politics flows as much from the unmeetable demands for ethical rationality in the world as from the economic interests or pure power lust with which it is so often discursively associated." ("The Globalization of Law and Legal Thoughts: 1850-2000", in D.M. Trubek and A. Santos (eds.) (2006), p. 72). EU's legal order is full of regulations and directives which, at least in part, pursue "unmeetable demands for ethical rationality", e.g., in the area of migration or border control, which, therefore, cannot achieve their goals.

⁹⁴ Cf. A. Kazmin, S. Fleming and A. Bounds, 'Draghi Urges End to Vetoes on EU Security', Financial Times, 4 May 2022, p. 2.

⁹⁵ Cf. M. Kellerbauer, M. Klamert and J. Tomkin (eds.) (2019), Article 42 (by T. Ramopoulos), marginal note 15, pp. 279–280.

fails to define the meaning of the two terms. However, “common defence”, according to a view expressed in the legal doctrine, would require “a qualitatively different level of integration going beyond that set forth in the TEU and TFEU”. For instance, it should entail integrated armed forces of the Union.⁹⁶ In other words, it would require what President Macron had proposed in 2017.

For the EU to base its sovereignty and independence claim on common defence, it should, first, delete the unanimity requirement in Article 42 (2) TEU. Next, a revision of Article 42 (2) (2) should follow. Instead, to provide that the EU’s Common Security and Defence Policy not to prejudice the specific character of the Security and Defence Policy of EU NATO Members, and respect their obligations under the North Atlantic Treaty and be compatible with NATO’s common security and defence policy, EU NATO members should comply with EU’s Common Security and Defence Policy rules. Otherwise, even if once the EU Common Security and Defence Policy is established, it would be subordinate to the NATO rules, cementing a not acceptable limitation of EU’s sovereignty.

Finally, also the provision of Article 42 (7) (2) TEU cannot pass the EU’s “sovereignty test” because it sets forth that for the EU NATO Members, the NATO Treaty “remains the foundation of their collective defence and the forum for its implementation.” Thus, NATO does not complement the EU’s security and defence, but in truth, entirely dominates it. In future, the reverse should be the case!

In the past, in the EU, the view had prevailed that its security and defence depended on the US military might due to the insufficient military capabilities of the EU Member States. President Macron’s repeated wake-up calls and his “rhetoric about EU sovereignty, strategic autonomy and European armies” some commentators characterised as having “a phantasy quality”. This is because “in the reality the EU is still a long way from having the spending power, the structures or the shared vision to turn ideas into reality.”⁹⁷ Many politicians, especially in Germany, shared that view.

Why could the aftermath of the crisis be the right point in time, to paraphrase President Macron, to react and show that Europe has the power and capacity to defend itself—without escalating things but protecting itself?⁹⁸ The circumstances of the Ukraine war made the EU and its Members aware that relying on the US military might and neglecting security and defence was irresponsible. This led to a radical change in defence policy and to a substantial increase in military expenditures in Europe. Even Germany, for a number of reasons for long reluctant to invest heavily in defence, decided to put an amount of EUR 100 billion into a special fund for improving the defence capabilities of its armed forces. Moreover, it also pledged to comply with its NATO obligation to

⁹⁶ *Ibid.*

⁹⁷ G. Rachman, ‘Europe Still Lacks a Unifying Vision’, *Financial Times*, 28 September 2021, p. 19.

⁹⁸ Cf. text accompanying *supra* No. 48.

spend per annum 2% of the GDP.⁹⁹ The EU Commission has put forward a number of initiatives in areas critical for defence and security within the EU. They relate to conventional defence industry and equipment on land, sea and air, as well as to cyber, hybrid and space threats, military mobility, etc.¹⁰⁰ The EU Commission has adopted measures for investing in defence research. End of 2022, the European Defence Fund (EDF) will have invested EUR 1.9 billion in defence research and capability development projects. For the first time, the EU Commission is also planning to spend EUR 500 million of EU taxpayer money on the joint procurement for the weaponry of the Member States. In the wake of the Ukrainian war, the EU Member States raised their collective military budgets by more than EUR 200 billion.¹⁰¹

It may appear as a paradox that improved security and defence capabilities of the EU resulting from the experience with the Ukraine war may lay the foundations for the EU to regain sovereignty and independence and get rid of, or at least essentially reduce its exposure to the Monroe Doctrine of the NATO leader. It is time for the EU, having a population of some 447 million, military personnel of about 1.2 million, and expenditures for the armed forces in excess of EUR 264 billion, to organise its security and defence adequately. The EU should let the US “Elephant”, the Russian “Bear”, and the Chinese “Panda” know that it claims the status of an “*equal animal*” in the “*animal stables*” of the Globe, but it must also act and behave accordingly. The EU must finally reach a state of *Enlightenment* and leave behind its self-incurred immaturity.¹⁰²

⁹⁹ Cf. J. Miller and E. Solomon, ‘German Defence Sector Puts Foot on the Gas’, *Financial Times*, 2 March 2022, p. 9; and ‘Ploughshares to Swords: A Risk-Averse Germany Reluctantly Enters an Age of Confrontation’, *The Economist*, 19 March 2022, pp. 19–21. Also, Denmark and Poland, and other EU Members are increasing their armed forces expenditure (cf., e.g., A. Spalinger, U. von Schwerin, K. Büchenbacher and J. Monn (2022)).

¹⁰⁰ Commission Press Releases IP/22/924 and Quand A/22/1045 (2022).

¹⁰¹ Cf. H. Foy, ‘Brussels plans to help finance joint weapons procurement by states’, *Financial Times*, 20 July 2022, p. 2; and S. Pfeifer and H. Foy, ‘Europe’s war dividend’, *Financial Times*, 19 July 2022, p. 15. Pfeifer and Foy report also on fears of European manufacturers that Europe will spend much of the funds in the US, and on quite unbelievable lack of consistency of military equipment in the EU Member States (e.g. 17 different main battle tanks, 29 different naval frigates or destroyers!).

¹⁰² A critical analysis of the EU’s present behavior leads one to the conclusion that it has not yet reached the state of the Enlightenment, which Immanuel Kant in 1794 defined as follows: “Enlightenment is the emancipation of man from a state of self-imposed tutelage [...] of incapacity to use his own intelligence without external guidance. Such a state of tutelage I call ‘self-imposed’ if it is due, not to lack of intelligence, but to lack of courage or determination to use one’s own intelligence without the help of a leader [...] *Sapere aude!* Dare to use your own intelligence! This is the battle-cry of the Enlightenment.” (From Karl Popper, ‘Immanuel Kant: The Philosopher – A lecture to commemorate the 150th anniversary of Kant’s death’, reprinted in Karl Popper, *In Search for a Better World*, Routledge, London and New York 1994 (2000), pp. 126 et seq., at 128). The EU and its Members should also heed the warning of Kant: “May God protect us from our friends [...] For

9. How to Reach the Aftermath of the Crisis?

The aim of this contribution has been to find out how the EU could be best prepared in the aftermath of the crisis to identify and master the potential risks reliably, as well as to identify the opportunities and see how to exploit them at best. Neither the causes of the COVID-19 pandemic and the Ukrainian war nor their management and their solution has been explicitly addressed. However, to deal with the addressed risks and opportunities in practice, the war must find an end. Neither the parties directly involved in the armed conflict nor their engaged supporters show a clear will to end the conflict. One cynic could assume that they want to confirm the cynical comment of the US Ambassador Freeman, that they “will fight to the last Ukrainian for Ukrainian independence”.¹⁰³ Thus, continuing the harm and increasing the costs, including those of the EU, although the latter never had a realistic opportunity to have any independent impact on this armed conflict.

Now the Italian Government decided to take the initiative. On 19 May 2022, it presented to António Gutierrez, the Secretary General of the UN, a four-point peace plan. According to the plan, its first stage should achieve a ceasefire and the demilitarisation of the front lines. In the second, Ukraine should acquire a neutral status (compatible with its accession to the EU), with security guaranteed by a group of countries not yet identified. Details discussed in a peace conference. The third stage should encompass a bilateral agreement between Russia and Ukraine and should clarify the future of Crimea and Donbas. Finally, as a fourth and last stage, a new multilateral agreement on peace and security in Europe, in the context of the Organization for Security and Co-Operation in Europe (OSCE), and the EU’s neighbourhood policy, is proposed. It should reassess international equilibrium, starting with the relationship between the EU and Russia.¹⁰⁴

The chances of the Italian plan, which should be welcome by all, especially by the EU and its Member States, however, seem modest. For whatever reason, except from President Macron, European politicians until now have shown little if any sympathy for an attempt to put on solid legal ground the unsettled situation which European countries, including Russia, “inherited” at the “informal” end of the Cold War. They seemingly fail to realise that a peace treaty modelled according to those of Westphalia of 1648 and Vienna of 1815, not that Versailles of 1919 if held on time, could have prevented the catastrophe we witness now. It would be a tragedy if the European Union and

there are fraudulent and perfidious so-called friends who are scheming for our ruin while speaking the language of good will.” (cf. K. Popper, *ibid.* p. 127).

¹⁰³ See *supra* accompanying text of No. 32.

¹⁰⁴ Cf. 24ORE (2022); cf. also E. Sylvers (2022).

its Member States failed to realise that enduring peace and prosperity in Europe cannot be achieved without Russia and, even less so, against Russia.¹⁰⁵

Karl Popper, in April 1992, ended an interview with *Der Spiegel*, in which they discussed “Waging Wars for Peace”, today an even more than then topical subject, with the following remark: “Optimism is a duty. One must focus on the things that need to be done and for which one is responsible. What I have said in this interview is meant to make you vigilant. We must live so that our grandchildren have a better life than ours—and not just in an economic sense.”¹⁰⁶ Indeed, we should never give up optimism, but rather work hard to justify it!

10. Epilogue

The assessment of risks and opportunities of the EU after the crisis in this contribution rests on an analysis of EU’s “uncomfortable knowledge” as identified in historical retrospective. Conceptualised as a conference introductory lecture, it by necessity does not cover all facts, i.e. “things the EU knows but does not admit to know”. The recently published book by Klaus von Dohnanyi *Nationale Interessen: Orientierung für deutsche und europäische Politik in Zeiten globaler Umbrüche* (National Interests: Orientation for German and European Politics in Times of Global Upheavals), Siedler publisher in the Penguin Random House Group, Munich 2022, constitutes a perfect complement in that regard. Von Dohnanyi, a former German Minister, Mayor of Hamburg, and close aid to the late Federal Chancellor Helmut Schmidt, offers an impressive first-hand analysis of the respective developments spanning over many decades. The book is a “Spiegel-Bestseller”, but its content and analysis have remained practically unnoticed, ignored by the German mainstream media and politicians. Best proof that it reveals and analyses “uncomfortable knowledge”, and that the “institutionalised forgetfulness” is efficiently working.

¹⁰⁵ Cf. J. Straus, *supra* No. 47, p. 103; N. Chomsky, *supra* No. 27, p. 23, who emphasised that the Vienna Treaty “accommodated all of the warring powers, including the defeated power, which had been the aggressor in recent years, namely the Napoleon France, which had virtually conquered Europe. So, they accommodated France within the peace treaty. And that led to a century of pretty much peace.” US Ambassador Freeman, *supra* No. 1, p. 7, opined, that “from the very beginning the solution [of the Ukrainian conflict] had been obvious, which is some variant of the Austrian State Treaty of 1955, meaning a guaranteed independence in return for two things: one, a decent treatment of minorities inside the guaranteed state; and second, neutrality for the guaranteed state.”

¹⁰⁶ K. Popper (1994). Popper’s then suggestion that to prevent a nuclear war, “We should try to cooperate so actively in this *pax Americana* that it becomes a *pax civilitatis*” (*ibid.*, p. 120), because this were simply what the situation requires for the survival of mankind, seems naïve already for that time, it is certainly illusory today.

References

- 24ORE, Servizio Diplomazia (2022) Ucraina, Italia presenta all’Onu piano in Quattro punti per la pace, 19 May, <https://www.ilsole24ore.com/art/ucraina-italia-presenta-all-onu-piano-quattro-punti-la-pace-AEYRgpZB?refresh_ce=1> (last accessed 20 May 2022).
- Addison, P. (2005) *Churchill, the Unexpected Hero*. Oxford: Oxford University Press.
- Agnew, H. (2022) ‘Supply Chains, Ukraine Fallout – Onshoring Gains Grounds Globalization Grinds Halt’, *Financial Times*, 26/27 March, p. 13.
- Astrasheuskaya, N., and Olearchyk, R. (2022) ‘Putin blames Kyiv after peace talks reached ‘dead end’’, *Financial Times*, 14 April, p. 2.
- Baham-Carter (2005) Round table, pp. 312–313, Diary for 1 August 1944, cited from P. Addison, *Churchill, the Unexpected Hero*. Oxford University Press, Oxford 2005.
- Baker, J. III (2002) ‘Russia in NATO’, *The Washington Quarterly* 25 (1), p. 95 ss.
- Bodin, J. (1576) *Six Livres de la Republique*, Book I, Ch. VIII.
- Braithwaite, R. (2022) ‘Through the Lens of History’, *Financial Times*, 5 February, p. 9.
- Brower, D. (2022) ‘US Natural Gas Prices Surge as Europe Spurns Russia Energy’, *Financial Times*, 6 May, p. 8.
- Chávez, S. (2022) ‘US Weapon Makers Face Battle to Meet Demand’, *Financial Times*, 10 May, p. 7.
- Chazan, G. (2022) ‘Germany warns EU to rein in spending’, *Financial Times*, 23 May, p. 2.
- Chomsky, N. (2022) ‘How to Prevent World War III’, 12. *Current Affairs*, <<https://www.currentaffairs.org/2022/04/noam-chomsky-on-how-to-prevent-world-war-iii>> (last accessed 26 April 2022).
- Commission Press Releases (2022) IP/22/924 and Quand A/22/1045, 15 February.
- Condon, B.J. (2018) ‘Captain America and the Tarnishing of the Crown. The Feud Between the WTO Appellate Body and the USA’, *Journal of World Trade* 52, pp. 535–556.
- de Gaulle, C. (1970, 1971) *Memoirs of Hope: Renewal and Endeavor*. New York: Simon & Schuster Publisher.
- Fleming, S., and Bounds, A. (2022) ‘Yellen and IMF Urge Additional Financial Aid for Defenders’, *Financial Times*, 18 May, p. 2.
- Fleming, S., and Olearchyk, R. (2022) ‘Ukraine Estimates Recovery Will Cost \$750bn’, *Financial Times*, 5 July, p. 2.

- Foroohar, R. (2022) 'Davos and the New Era of Deglobalisation', *Financial Times*, 23 May, p. 21.
- Foy, H. (2022) 'Brussels plans help finance joint weapons procurement by states', *Financial Times*, 20 July, p. 2.
- Foy, H., Hall, B., and Astrasheuskaya, N. (2022) 'Macron Eschews Biden's Accusation of Genocide', *Financial Times*, 14 April, p. 3.
- Freeman, C. (2022) 'Proxy War in Ukraine, Interview with Aaron Maté', *The Grayzone*, 24 March. <<https://thegrayzone.com/2022/03/24/us-fighting-russia-to-the-last-ukrainian-veteran-us-diplomat>> (last accessed 25 April 2022).
- Ganesh, J. (2022) [2] 'The US Will be the Ultimate Winner of the War in Ukraine', *Financial Times*, 6 April, p. 19.
- Ganesh, J. (2022) [1] 'The Ukraine Conflict is not About the Democracy vs. Autocracy', *Financial Times*, 23 March, p. 21.
- Giles, C. (2022) 'Backlash Against Russia Threatens to Bring Hold to 30 Years of Trade Growth', *Financial Times*, 6 April, p. 3.
- Giles, C. (2022) 'Russian Export Curbs Raise Risk of Stagflation Across Europe', *Financial Times*, 9 March, p. 3.
- Goldberg, J. (2016) 'World Chaos and World Order: Conversations with Henry Kissinger', <<https://www.theatlantic.com/international/archive/2016/11/kissinger-order-and-chaos/506876/>> (last accessed 24 May 2022).
- Gross, A., and Varvitsioti, E. (2021) 'Macron claims EU 'naive' over US interests – French leader calls on bloc to strengthen its defences in wake of Aukus deal', *Financial Times*, 29 September, p. 2.
- Grygiel, J. (2016) 'The Return of Europe's Nation-States: The Upside to the EU's Crisis', *Foreign Affairs*, 5, p. 9. <<https://www.jstor.org/stable/43946960>> (last accessed 26 April 2022).
- Harding, L. (2010) 'Ukraine extends lease for Russia's Black Sea fleet', *The Guardian*, 21 April. <<https://www.theguardian.com/world/2010/apr/21/ukraine-black-sea-fleet-russia>> (last accessed 12 April 2022).
- Hobbes, Th. (1651) *Leviathan*.
- Hudson, M. (2003, 2016) *Super Imperialism. The Economic Strategy of American Empire*, 2nd ed. London: Pluto Press Publisher.
- Iškauskas, Č. (2008), 'Sevastopol: The Russian Fleet Will Have to Clear Out', *Geo Politika*, 6 October, <<http://www.geopolitika.lt/?artc=2731>> (last accessed 12 April 2022).

- Jacobs, J., and McCormick, M. (2022) ‘Oilfield Services Rebound in US Drilling Boom’, *Financial Times*, 3 May, p. 7.
- Kazmin, A., Fleming, S., and Bounds, A. (2022) ‘Draghi Urges End to Vetoes on EU Security’, *Financial Times*, 4 May, p. 2.
- Kellerbauer, M., Klamert, M., and Tomkin, J. (2019) (eds.), *The EU Treaties and the Charter of Fundamental Rights – A Commentary*. Oxford: Oxford University Press Publisher Article 42 (by Th. Ramopoulos), pp. 279–280.
- Kolodko, G. (2022) ‘Ukraine recovery needs debt write-off and help from EU and China’, *Financial Times*, 8 April, p. 19.
- Lenaerts, K. (2022) ‘Concluding remarks by Mr. Koen Lenaerts, President of the Court of Justice of the European Union’, *EUnited in diversity: between common constitutional traditions and national identities*, International Conference, Riga, Latvia, 2-3 September 2021, Conference Proceedings, Court of Justice of the European Union, Luxembourg 2022.
- Luce, E. (2021) [2], ‘Biden’s Afghanistan fiasco’, *Financial Times*, 21/22 August, p. 5.
- Luce, E. (2021) [1], ‘Biden’s America is confused – and so is the world’, *Financial Times*, 24 August, p. 17.
- Luce, E. (2021) ‘Biden bets on democracy – facing competition from China and Russia, the White House is using summit with allies to outline a foreign policy that is built around liberal value. But will it end pushing autocracies closer together?’, *Financial Times*, 9 December, p. 17.
- Luce, E. (2022) [2] ‘Biden’s China Strategy Cannot Work with Weapons Alone’, *Financial Times*, 18 May, p. 17.
- Luce, E. (2022) [1] ‘US Can No Longer Afford to be Selective about Western Values’, *Financial Times*, 22 April, p. 4.
- Macron, E. (2017) ‘Initiative pour l’Europe – Discours d’Emmanuel Macron pour une Europe souveraine, unie, démocratique’, <<http://www.elysee.fr/declarations/article/initiative-pour-l-europe-discours-d-emmanuel-macron-pour-une-europe-souveraine-unie-democratique/>> (last accessed 24 May 2022). English Synthesis of the Speech provided by the Élysée, <<https://www.elysee.fr/admin/upload/default/0001/03/76ee524bea17f6c386a5f2a99a00d142cf94436a.pdf>> (last accessed 24 May 2022).
- Masters, B. (2022) ‘Fink Says War has Finished Off Globalization’, *Financial Times*, 25 March, p. 8.
- Miller, J., and Solomon, E. (2022) ‘German Defence Sector Puts Foot on the Gas’, *Financial Times*, 2 March, p. 9.

- Miller, J., Kazmin, A., and Sciorilli Borrelli, S. (2022) 'Germany Strikes Long-Term Gas Accord with Qatar', *Financial Times*, 21 March, p. 2.
- Milne, R., and Fleming, S. (2022) 'Estonia fears being 'wiped from map'', *Financial Times*, 23 June, p. 2.
- Nuland, V. (2022) *Wikipedia*, <https://de.wikipedia.org/wiki/Victoria_Nuland> (last accessed 12 April 2022).
- Petersmann, E.U. (2018) 'Between 'Member Driven' WTO Governance and 'Constitutional Justice': Judicial Dilemmas in GATT/WTO Dispute Settlement', *Journal of International Economic Law* 21, pp. 103–122.
- Pfeifer, S., and Foy, H. (2022) 'Europe's war dividend', *Financial Times*, 20 July, p. 15.
- Pfeifer, S., and Klasa, H. (2022) 'Defence Stocks Beat Global Indices on Expectations of Higher Spending', *Financial Times*, 23/24 April 2022, p. 15.
- Pfeifer, S., *et al.* (2022) 'Grim Energy Outlook for European Industry: Sectors Including Aviation, Carmaking, Steel and Chemicals Braced for Closure After War Sends Oil and Gas Prices Higher', *Financial Times*, 8 March, p. 11.
- Politi, J. (2022) 'Biden Vows Security for Finland and Sweden', *Financial Times*, 20 May, p. 2.
- Politi, J. (2022) 'Biden's Rhetoric Departs from Balancing Act over Russia – US Officials Backtrack after President Appears to Support Removal of Putin', *Financial Times*, 28 March, p. 3.
- Politi, J., and Foy, H. (2022) 'Biden arrives in Europe on mission to keep western countries united', *Financial Times*, 24 March, p. 4.
- Politi, J., Schwartz, F., and Olearchyk, R. (2022), 'US Wants Russia 'Weakened' and Orders Return of Diplomats', *Financial Times*, 26 April, p. 3.
- Politi, J., Williams, A., Khan, M., Fleming, S., and Pop, V. (2021), 'EU official warns of 'something broken' in relations with US', *Financial Times* 22 September, p. 3.
- Politi, J., Williams, A., Seddon, M., and Olearchyk, R. (2022), 'Biden's information war with Putin: The US says it has published details intelligence about Russia's military plans in order to make it harder to launch an eventual invasion of Ukraine. But some allies fear the tactics are exacerbating tensions', *Financial Times*, 19/20 February, p. 6.
- Pop, V., Fleming, S., and Politi, J. (2022) 'The New Era of Financial Warfare: From 9/11 to Russia', *Financial Times*, 7 April, p. 17.
- Popper, K. (1994, 2000) *In Search for A Better World*. London and New York: Routledge.
- Popper, K. (1994) *All Life is Problem Solving*. London and New York: Routledge.

- Rachman, G. (2021) ‘Europe Still Lacks a Unifying Vision’, *Financial Times*, 28 September, p. 19.
- Rachman, G. (2022) [1] ‘Has War in Ukraine Revived the West?’, *Financial Times*, 16/17 April, p. 5.
- Rachman, G. (2022) [2] ‘Ukraine and the Start of a Second World War’, *Financial Times*, 7 June, p. 17.
- Rayner, S. (2012) ‘Uncomfortable Knowledge: The Social Construction of Ignorance in Science and Environmental Discourses’, *Economy and Society*, No. 41, pp. 107–125.
- Remarks by President Biden and Chancellor Scholz (2022), White House Press Conference, 7 February. <<https://www.whitehouse.gov/briefing-room/state-ments-releases/2022/02/07/remarks-by-president-biden-and-chancellor-scholz-of-the-federal-republic-of-germany-at-press-conference>> (last accessed 24 May 2022).
- Remarks by President Trump to the 73rd Session of the United Nations General Assembly (2018) <<https://trumpwhitehouse.archives.gov/briefings-statements/remarks-president-trump-73rd-session-united-nations-general-assembly-new-york-ny>> (last accessed 26 April 2022).
- Schwartz, F. (2022) ‘US Makes ‘Profound Shift’ on Weapons Supply to Kyiv’, *Financial Times*, 25 April, p. 3.
- Seddon, M., and Foy, H. (2022) ‘Putin says peace talks at a ‘dead end’ and trains sights on Ukraine land grab’, *Financial Times*, 25 April, p. 1.
- Seddon, M., Olearchuk, R., Massoudi, A., and Zilber, N. (2022) ‘Moscow and Kyiv explore neutrality plan’, *Financial Times*, 17 March, p. 1.
- Sevastopulo, D. (2022) ‘Biden’s Lopsided China Strategy’, *Financial Times*, 27 April, p. 15.
- Sevastopulo, D., and Peel, M. (2018), ‘Bolton Threatens ICC with Sanctions’, *Financial Times*, 10 September, p. 1.
- Sexton, J. (2011) *The Monroe Doctrine: Empire and Nation in Nineteenth Century America*. New York: Hill and Wang Publishers.
- Sherr, J. (2022) ‘Zelensky’s Muddled Neutrality Plan May Prove a Siren Song for Ukraine’, *Financial Times*, 4 April, p. 19.
- Siemens to withdraw from Russia after 170 years – The German company has already taken a € 600 million hit from sanctions on Russia, <<https://www.standard.co.uk/business/siemens-russia-withdrawal-ukraine-roland-busch-b999549.html>> (last accessed 24 May 2022).
- Smith, C., and Politi, J. (2022) ‘Biden Plans Military Spending Surge in \$ 5.8 tn Budget Proposal’, *Financial Times*, 29 March, p. 1.

- Spaak, P.-H. (1969) 'Combats Inachevés', *Memoiren eines Europäers*. Hamburg: Hoffman & Campe Publisher.
- Spalinger, A., von Schwerin, U., Büchenbacher, K., and Monn, J. (2022) 'Welche Folgen der Krieg in Europa für die Welt hat', *Neue Zürcher Zeitung*, 29 March, <<https://www.nzz.ch/international/die-folgen-des-ukraine-krieges-ld.1676299>> (last accessed 30 May 2022).
- Spoehr, C. (2022) 'Putin's War Has Backfired by Reviving the West', *Financial Times*, 29 April, p. 17
- Stein, T., von Buttler, C., and Kotzur, M. (2017) *Völkerrecht*, 14th ed. Munich: Fritz Vahlen Publisher.
- Stephens, P. (2019) 'Why the US needs NATO as much as ever?', *Financial Times*, 6 December, p. 11.
- Storbeck, O. (2022) 'Immediate Russian Gas Ban Would Cost Germany € 165 bn, Bundesbank Warns', *Financial Times*, 23/24 April, p. 1.
- Straus, J. (2018) 'Legal Order in the Draft: Europe on the Eve of the 100th Anniversary of the Treaty of Versailles', *Annals of Fondazione Luigi Einaudi*, Vol. LII. pp. 95–106.
- Sylvers, E. (2022) 'Italy circulates 4-Point Peace Plan', *The Wall Street Journal*, Live coverage, <<https://www.wsj.com/livecoverage/russia-ukraine-latest-news-2022-05-20/card/italy-circulates-4-point-peace-plan-h2o9EfwULf6P1mwDbjdn>> (last accessed 25 May 2022).
- Taylor, P., and John, M. (2008), 'Ukraine and Georgia Face Uphill Battle on NATO Bid', *Reuters Politics*, 1 April, <<https://www.reuters.com/article/us-nato-idUSL0179714620080401>> (last accessed 25 April 2022).
- The Economist (2019) 'A president on mission', *The Economist*, 9 November, pp. 17–18.
- The Economist (2021) [1] 'Overload – Foreign policy under Joe Biden', *The Economist*, 24 April.
- The Economist (2021) [2] 'The End of American Hegemony, The World Ahead 2022, United States', *The Economist*, 13 December, p. 56.
- The Economist (2022) [1] 'Place your bets – Vladimir Putin is keeping the world guessing', *The Economist*, 29 January, pp. 17–19.
- The Economist (2022) [2] 'Ploughshares to Swords: A Risk-Averse Germany Reluctantly Enters an Age of Confrontation', *The Economist*, 19 March, pp. 19–21.
- The Economist (2022) [3] 'Pushing for 'victory'', *The Economist*, 30 April, p. 20.
- The Economist* (2022) [4] 'The Builder's Bill, the Ukrainian Economy is in Tatters and Much of its Infrastructure Wrecked. Setting things right could cost half a trillion dollars', *The Economist*, 16 April, p. 20.

- The Economist* (2022) [5] ‘The Concert of Europe’, *The Economist*, 26 March, p. 21.
- The Economist* (2022) [6] ‘The Revers Roosevelt Doctrine’, *The Economist*, 2 April, p. 42.
- The News Iowa Capital Dispatch* (2022) ‘U.S. to lend and lease military supplies Ukraine under bill cleared by Congress’, 28 April, <<https://millermeeks.house.gov/media/in-the-news/us-lend-and-lease-military-supplies-ukraine-under-bill-cleared-congress>> (last accessed 11 May 2022).
- Trubek, D.M., and Santos, A. (eds.) (2006) *The New Law and Economic Development – A Critical Appraisal*. Cambridge: Cambridge University Press Publisher.
- Verdross, A., and Simma, B. (1984) *Universelles Völkerrecht*, 3rd ed. Berlin: Duncker & Humblot Publishers.
- Warren, J.A. (2014) The man who knew Russia best: George Kennan’s revealing diaries, <<https://www.thedailybeast.com/the-man-who-knew-russia-best-george-kennans-revealing-diaries>> (last accessed 11 April 2022).
- Wikipedia, Monroe Doctrine, <https://en.wikipedia.org/wiki/Monroe_Doctrine> (last accessed 26 April 2022).
- Wilson, T. (2022) ‘Severe Growth Impact Protected if EU Succeeds in Braking Russian Gas Habit’, *Financial Times*, 8 April, p. 9.
- Wolf, M. (2022) ‘Shocks from War in Ukraine are Many-Sided’, *Financial Times*, 27 April, p. 17.

2

Izvirni znanstveni članek / *Scientific article*

UDK / UDC: 347.9:061.1EU

DOI: 10.51940/2022.1.43-67

*Damjan Kukovec**

Pomen meta-vizije Sodišča Evropske unije za Slovenijo

1. Uvod

Ali imajo zadeve Sodišča Evropske unije skupno Arhimedovo točko, na katero bi morale biti stranke in predvsem države članice kot Slovenija najbolj pozorne? Pravniki, kolegi sodniki, politiki in akademiki napovedujejo, obravnavajo ter kritizirajo sodno prakso Sodišča Evropske unije z najrazličnejših vidikov, med drugim z vidika ideologije,¹ neoliberalizma,² *effet utile* in teleologije,³ logike notranjega trga⁴ ali logike globalizacije,⁵ globlje integracije,⁶ pozitivizma⁷ in konstitucionalizma.⁸

* *Doktor pravnih znanosti, sodnik Splošnega sodišča Evropske unije, damjan.kukovec@curia.europa.eu.*

¹ Čapeta, 2018; Kukovec, 2015.

² Somek, 2012.

³ Fennelly, 1996.

⁴ Kochenov idr., 2020, str. 14–15: »Državljanstvo EU še nima temeljnih pravic. [...] odvisnost vseh zahtevkov glede pravic iz državljanstva EU od delitve pristojnosti med EU in državami članicami nedvomno kaže na daljnosežne omejitve državljanstva EU. Delitev pristojnosti med EU in državami članicami na splošno sledi temu, kar lahko imenujemo čezmejna logika ali logika notranjega trga.« Glej tudi Mulder (2018), ki trdi, da je izziv najti enotnost v družbeni raznolikosti, številni komentatorji pa menijo, da je Sodišče ustavno podlago Evropske unije razlagalo tako, da je pravice dostopa do trga preoblikovala v temeljne pravice in socialno politiko v omejevalno moč, ki jo je treba omejiti. Trdi, da je Sodišče razvilo oceno sorazmernosti, ki lahko upošteva številne politične odločitve držav članic.

⁵ Meeusen (2020) denimo pravi, da je Sodišče v nedavni sodbi C-507/17 *Google/CNIL* »o ozelemjskem obsegu pravil EU o varstvu podatkov in 'pravici do pozabe' uvedlo novo 'logiko globalizacije', ki jo je treba razlikovati od tradicionalne 'logike notranjega trga'.«

⁶ Glej Lebeck, 2011, str. 190: »Integracijski pristop tako do neke mere temelji na predpostavki, da so demokratični postopki manj učinkoviti kot druge institucionalne zasnove za odpravo ovir, zaradi česar morajo sodišča ukrepati pri reševanju težav.«

⁷ Somek, 2020.

⁸ Micklitz in Reich, 2014, str. 800–801.

Toda ali obstaja, poleg omenjenih delnih razlag, tudi neka enotna središčna vizija in sila, ki bi lahko pojasnila posebno pot, ki jo ubira Sodišče?

Sodišče mora nenehno zagotavljati enotnost in skladnost evropskega pravnega sistema, ki deluje na presečišču različnih nacionalnih pravnih sistemov in različnih jezikov.⁹ Kakšno bi lahko bilo organizacijsko načelo koherentnosti Sodišča glede na njegovo vlogo v Evropski uniji?¹⁰

V tem članku dokazujem, da je avtonomija, opredeljena kot ideja novega pravnega reda s svojim posebnim ontološkim in aksiološkim značajem, primer take enotne, univerzalne meta-vizije, v okviru katere vse, kar Sodišče počne, pridobi poseben pomen in doslednost. Prav z načelom avtonomije sodna praksa Sodišča postane celovita in dosledna, saj avtonomija omogoča najboljši predhodni vpogled v to, kaj lahko pričakujemo od Sodišča v zvezi z njegovim odločanjem, kakor tudi naknadno razlago sodb Sodišča in njihovo umestitev v mozaik pravnega reda Evropske unije. Rekonstrukcija sodne prakse Sodišča glede na tako vizijo je izhodišče za pravno raziskovanje sodne prakse Sodišča.

Ob tem moram izraziti jasen pridržek. Nikoli ni mogoče odkriti vseh vzročnih verig v nekem pravnem sistemu, kajti takih vzrokov je neskončno mnogo, vzroki sami pa so lahko neznatni.¹¹

Vendar pa, kot predlagam v tem članku, je avtonomnost mogoče razumeti kot enotno sinoptično vizijo koherentnosti in integritete Sodišča. Glede na edinstven položaj Sodišča v evropskem in svetovnem pravosodnem tkivu bi lahko avtonomijo upravičeno šteli za njegovo osrednjo gonilno silo, saj odzvanja po vsej sodni praksi, in odvetniki, ki nastopajo pred Sodiščem, jo spregledajo v svojo škodo. To velja tudi za Republiko Slovenijo, kar bom posebej pokazal v drugem delu članka. Čeprav slovenskih primerov pred Sodiščem ni posebej veliko, je v več pomembnih primerih pred Sodiščem EU, v katere je bila Republika Slovenija neposredno vpletena, avtonomija prava EU odigrala ključno vlogo. Ker je bil pomen avtonomije v razlogovanju Sodišča spregledan, so bile tudi ocene uspeha Republike Slovenije v postopkih oziroma pričakovanja glede sodb Sodišča zato zmotne.

2. Pojem avtonomije v pravu Evropske unije

Pojem avtonomije na splošno ima lahko več pomenov. Najprej bom pojasnil zgodovinski razvoj avtonomije v sodni praksi Sodišča in nekatere najbolj znane zadeve v zvezi z avtonomijo, ki so privedle do njegovega razumevanja kot ščita pred drugimi pravnimi sistemi, ki ščiti pravni red EU pred zunanjim nadzorom in vplivom.

⁹ Glej na primer Prechal in van Roermund, 2008.

¹⁰ Vedno znova se postavlja vprašanje vira skladnosti odločanja Sodišča Evropske unije v primerjavi z nacionalnimi ustavnimi sodišči. Glej na primer Šadl in Bengoetxea, 2017. Za preučitev pojma skladnosti v pravu Evropske unije glej tudi Duić, 2015.

¹¹ Berlin, 1997, str. 459.

Avtonomija je bila razumljena kot samouprava in sposobnost izbire lastne poti.¹² Razumemo jo tudi kot odnos avtonomnega reda do drugih in sposobnost oblikovanja tega odnosa.¹³ Nadalje je bila opisana kot simbol neodvisnosti, osvobojenosti zunanjega nadzora ali vpliva.¹⁴ Pojem avtonomije obstaja tudi v mednarodnem javnem pravu, vendar se je v pravu Unije razvil v samostojno idejo z natančnim pomenom.¹⁵

Avtonomijo ali trditev o neodvisnosti pravnega reda EU od nacionalnega prava držav članic in mednarodnega prava so v literaturi označili za najbolj daljnosežno in verjetno tudi najspornejše načelo Evropske unije.¹⁶ Šlo naj bi za enega od več elementov, ki skupaj sestavljajo »bistvene elemente evropskega ustavnega prava«.¹⁷ Zamisel o »avtonomnem pravnem viru« je bila osrednjega pomena za razvoj prava EU.¹⁸

Avtonomija se je na notranji ravni začela razvijati v razmerju do pravnih redov držav članic v šestdesetih letih 20. stoletja. O njej se je razpravljalo predvsem v okviru načela primarnosti in neposrednega učinka. Kot je to razvidno danes, možnost, da Unija svoje pristojnosti izvaja neodvisno od držav članic, ob ustanovitvi Skupnosti ni bila samoumevna, kar je zlasti razvidno iz stališč držav članic v postopku v zadevi *Van Gend en Loos*.¹⁹ V tej sodbi je bilo zasejano seme avtonomije prava EU, s tem ko je Sodišče vzpostavilo neposredni učinek in idejo »novega pravnega reda«, vključno s predpostavko, da je vprašanje obstoja neposrednega učinka vprašanje prava EU, ki kot avtonomni pravni red samo določa učinek in naravo prava Unije v nacionalnih pravnih redih.²⁰

Pozneje pa je Sodišče v sodbi v zadevi *Costa proti Enel* navedlo, da bi lahko bila predpostavka novega pravnega reda, ki ima neposredni učinek, uspešna le, če bi bil

¹² Odermatt, 2016.

¹³ Van Rossem, 2013.

¹⁴ Vajda, 2019, str. 9.

¹⁵ Odermatt, 2016, str. 3–5. Glede različnih načinov razumevanja avtonomije glej tudi Ziegler, 2017; Molnár, 2016.

¹⁶ Schilling, 1996.

¹⁷ Lavranos, 2010. Lavranos avtonomijo navaja poleg drugih pojmov, kot sta razdelitev pristojnosti, določena v Pogodbah EU, in izključna pristojnost Sodišča.

¹⁸ Sodba Sodišča z dne 15. julija 1964 v zadevi *Flaminio Costa proti E.N.E.L.*, ECLI:EU:C:1964:66, zadeva 6–64. Po mnenju Sodišča: »[Z]oper pravo, izvirajoče iz avtonomnega vira, nastalo s Pogodbo, zaradi njegove izvirnosti ni mogoče sodno nasprotovati s kakršnimi koli notranjimi besedili, ne da bi izgubilo svojo skupnostno naravo in ne da bi bila ogrožena pravna podlaga Skupnosti«.

¹⁹ Sodba Sodišča z dne 5. februarja 1963 v zadevi *NV Algemene Transport- en Expeditie Onderneming van Gend & Loos proti Nizozemski Inland Revenue Administration*, ECLI:EU:C:1963:1, zadeva 26–62.

²⁰ De Witte, 2012; Schütze, 2007. Glej tudi sodbo Sodišča z dne 30. septembra 1987 v zadevi *Meryem Demirel proti Stadt Schwäbisch Gmünd*, ECLI:EU:C:1987:400, zadeva 12/86, v kateri je Sodišče priznalo neposredni učinek nekaterih sporazumov v skladu z merili iz sodbe *Van Gend en Loos*.

vzpostavljen »avtonomen pravni vir« ali »*une source autonome*«²¹ v francoščini.²² Po mnenju Sodišča bi lahko brez take podlage razlogi nacionalne ustavnopravne narave ogrozili načeli neposrednega učinka in primarnosti. To je bilo še jasneje poudarjeno v sodbah *Stauder*²³ in *Internationale Handelsgesellschaft*²⁴. Namen načela primarnosti je tako preprečiti znatna izkrivljanja pri uporabi prava EU v državah članicah.²⁵

Poleg tega Sodišče avtonomijo izrecno omenja v sodni praksi na področju zunanjih odnosov, kadar želi ohraniti nadzor in svojo izključno pristojnost za razlago in uporabo prava Evropske unije.²⁶ V Mnenju 2/13²⁷ v zadevi *Mox Plant*²⁸ in v zadevi *Achmea*²⁹ je postalo jasno, da cilj varstva avtonomije v teh primerih izhaja iz 344. člena Pogodbe, ki preprečuje, da bi države članice spore, ki se nanašajo na pravo EU, predložile sodiščem, ki niso Sodišče.³⁰ V skladu s tem členom mora biti »razlaga ali uporaba Pogodb« pridržana Sodišču.

Še en primer, v katerem je Sodišče zavarovalo avtonomijo prava Unije, je Mnenje 1/91.³¹ V tej zadevi je Sodišče zavrnilo novoustanovljeno sodišče EEA, ker bi bilo pristoj-

²¹ Van Rossem, 2013.

²² Angleška različica sodbe govori o »*independent*« namesto »*autonomous*«. Druge jezikovne različice, vključno s francoskim izvirnikom, pa dosledno govorijo o »*autonome*« (francoščina in nizozemščina) oziroma »*Autonomen*« v nemščini.

²³ Sodba Sodišča z dne 12. novembra 1969, *Erich Stauder proti Stadt Ulm*, ECLI: ECLI:EU:C:1969:57, zadeva 29-69.

²⁴ Sodba Sodišča z dne 17. decembra 1970, *Internationale Handelsgesellschaft mbH v Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel*, ECLI: ECLI:EU:C:1970:114, zadeva 11-70.

²⁵ Van Rossem, 2013.

²⁶ Odermatt, 2016, str. 5; Van Rossem, 2013, str 19.

²⁷ Mnenje Sodišča (občna seja) z dne 18. decembra 2014, *Pristop Evropske unije k Evropski konvenciji o varstvu človekovih pravic*, ECLI:EU:C:2014:2454, Mnenje 2/13.

²⁸ Sodba Sodišča (veliki senat) z dne 30. maja 2006, *Komisija Evropskih skupnosti proti Irski*, ECLI:EU:C:2006:345, zadeva C-459/03, točka 154 obrazložitve. V ozadju zadeve je bil spor med Združenim kraljestvom in Irsko glede jedrskega objekta na obali Irskega morja. Irska je začela arbitražni postopek proti Združenemu kraljestvu v skladu z določbami o reševanju sporov Konvencije Združenih narodov o pomorskem mednarodnem pravu (UNCLOS), ki je svetovni večstranski sporazum o pomorskem pravu. Ker bi tribunal sprejel odločitev na področju, ki se nanaša na pravo EU, za katerega je izključno pristojno Sodišče EU, je Sodišče ugotovilo, da je Irska s tem kršila Pogodbe.

²⁹ Sodba Sodišča (veliki senat) z dne 6. marca 2018, *Slowakische Republik proti Achmea BV*, ECLI: EU:C:2018:158, zadeva C-284/16. S to sodbo je Sodišče končalo možnost sporazumov o varstvu naložb med državami članicami. Za kritiko zaradi nižanja varstva vlagateljev glej Ankersmit, 2018; Gaffney, 2018.

³⁰ Sodba *Achmea* je bila deležna številnih kritik zaradi nižanja standardov procesnega in materialnega varstva evropskih vlagateljev v času, ko jih najbolj potrebujejo. Glej Kochenov in Lavranos, 2021.

³¹ Mnenje Sodišča EU z dne 14. decembra 1991, *Osnutek sporazuma med Skupnostjo na eni strani in državami Evropskega združenja za prosto trgovino na drugi strani o vzpostavitvi Evropskega gospodarstvenega prostora*, ECLI:EU:C:1991:490, Mnenje 1/91, točka 35 obrazložitve.

no za zagotavljanje enotne uporabe pravil Sporazuma EGP, ki so formulirana enako kot pravila EU. S tem bi se ustvarila vzporedna in zavezujoča razlaga novega sodišča, pri čemer bi se pristojnost za razlago prava Unije dejansko predala drugemu sodišču, kar bi kršilo avtonomijo prava EU. Mednarodne pogodbe, ki jih sklene Unija, namreč ne morejo spremeniti pristojnosti njenih organov, vključno s pristojnostmi Sodišča, kot so določene v Pogodbah.³²

Sodišče uveljavlja svojo pristojnost s ciljem zagotovitve enotne in skladne razlage prava Unije.³³ V Mnenju 1/17 glede poglavja o naložbah v celovitem gospodarskem in trgovinskem sporazumu med EU in Kanado (CETA) je denimo Sodišče presodilo, da je avtonomnost njegovega odločanja bila zagotovljena.³⁴ Sistem za reševanje sporov med vlagatelji in državo v okviru sporazuma CETA je prestal preizkus varstva avtonomnega pravnega reda,³⁵ ker je bil po presoji Sodišča sistem zasnovan tako, da odločanje ni posegal v avtonomno odločanje Sodišča, podobno kot pri odborih STO za reševanje sporov, katerih poročila nimajo neposrednega učinka in so popolnoma ločena od odločanja Sodišča.

Sodišče se je z enotnostjo in učinkovitostjo avtonomnega pravnega reda EU ukvarjalo tudi v več drugih zadevah v zvezi z odnosom prava Unije do mednarodnega prava.³⁶ Najpomembnejši primer je sodba *Kadi*, v kateri se je Sodišče sklicevalo na »samostojnost pravnega sistema Skupnosti« in pojasnilo, da je izključna pristojnost, ki mu jo podeljuje Pogodba, »del temeljev Skupnosti«.³⁷ Sodišče je tudi jasno navedlo, da ni dopustno s pra-

³² Mnenje Sodišča EU (občna seja) z dne 8. marca 2011, *Sporazum o vzpostavitvi enotnega sistema za reševanje patentnih sporov*, ECLI:EU:C:2011:123, Mnenje 1/09, točke 76–89 obrazložitve. Glej tudi mnenje Sodišča z dne 18. aprila 2002, *Sporazum o vzpostavitvi Skupnega evropskega značnega prostora*, ECLI:EU:C:2002:231, Mnenje 1/00, točka 12 obrazložitve in naslednje; Mnenje Sodišča EU z dne 26. aprila 1977, *Draft Agreement establishing a European laying-up fund for inland waterway vessels*, ECLI:EU:C:1977:63, Mnenje 1/76. V Mnenju 1/76 je Sodišče zavrnilo oblikovanje sodnega organa, ki bi ga sestavljalo šest sodnikov Sodišča in eden iz Švice, saj bi se slednji soočili s konfliktom zvestobe.

³³ Mnenje Sodišča z dne 14. decembra 1991, *Osnutek sporazuma o vzpostavitvi Evropskega gospodarskega prostora*, EU:C:1991:490, Mnenje 1/91, točka 40 obrazložitve.

³⁴ Glej Eckes, 2020. Sporazum je določal, da mehanizem reševanja sporov med vlagatelji in državo »ni pristojen za odločanje o zakonitosti ukrepa, ki domnevno pomeni kršitev sporazuma CETA«; drugič, »lahko po potrebi upošteva notranje pravo pogodbenice kot dejansko vprašanje«; tretjič, »upošteva prevladujočo razlago notranjega prava s strani sodišč ali organov te pogodbenice«; in četrtič, »kakršni koli pomen, ki ga nacionalnemu pravu določi Sodišče, ni zavezujoč za sodišča ali organe te pogodbenice«.

³⁵ Prav tam.

³⁶ Obstaja bogata literatura o razmerju med mednarodnim pravom in pravom EU. Glej na primer Weiler in Haltern, 1996; Schilling, 1996; Barents, 2004; De Witte, 2010.

³⁷ Sodba Sodišča (veliki senat) z dne 3. septembra 2008, *Yassin Abdullah Kadi in Al Barakaat International Foundation proti Svetu Evropske unije in Komisiji Evropskih skupnosti*, ECLI:EU:C:2008:461, združeni zadevi C-402/05 P in C-415/05 P, točka 282 obrazložitve

vili mednarodnega prava zaobiti načela vladavine prava, na katerem temeljijo Pogodbe, in zlasti osrednjega vidika poslanstva Sodišča – sodnega nadzora in varstva pravic.³⁸

Razprave in kritike te sodne prakse o avtonomiji, ki je sledila, so se osredinile na njen jurisdikcijski značaj, ki Evropsko unijo ščiti pred zunanjim nadzorom in vplivanjem. Avtonomija je bila z redkimi izjemami³⁹ večkrat tarča akademske kritike, zlasti na račun učinkovitega sodelovanja EU v mednarodnem pravnem redu,⁴⁰ vključno s pristopom k Evropski konvenciji o človekovih pravicah.⁴¹

Menim, da tako razumevanje ne upošteva v celoti osrednje vloge, ki jo ima avtonomija v sodni praksi Sodišča.

3. Avtonomija v sodni praksi Sodišča

V tem razdelku bom analiziral, kako avtonomija zagotavlja splošno normativno strukturo odločanja Sodišča in usmerja njegovo pravno argumentacijo, tudi če v sodni praksi ni izrecno omenjena. Opredelil bom nekatere »globoke tokove« avtonomije, ki tečejo skozi sodno prakso, ne da bi jih hotel opredeliti izčrpno. V razdelku pojasnujem, kako avtonomija na številne načine vodi Sodišče k sklepu, da ena razlaga zagotavlja boljše utemeljitev obstoječe ustavne prakse kot kakšna druga.

Če avtonomijo razumemo kot način, s katerim Sodišče ščiti lastno pristojnost, kot izhaja iz zadev, predstavljenih v prejšnjem razdelku, bi opazili, da je po zadevi *Costa Enel* pojem avtonomije preprosto izginil in se vnovič pojavil šele v začetku devetdesetih let 20. stoletja⁴² v Mnenju 1/91.⁴³ To bi bilo mogoče, če bi bila avtonomija v sodni praksi res

³⁸ Prav tam.

³⁹ Halberstam, 2015.

⁴⁰ De Búrca, 2009; Odermatt, 2016, str. 5; De Witte, 2010, str. 150. Za kritiko zadeve *Mox Plant* glej Koskeniemi, 2007; Klabbers, 2009, str. 148.

⁴¹ De Witte, 2014; Halberstam, 2015; Eeckhout, 2015; Malenovský, 2015; Picod, 2015; Spaventa, 2015; Kochenov, 2015.

⁴² Van Rossem, 2013, str. 15. Avtor pokaže le nekatere »izjeme«, in sicer da se je glede razmejitve odnosov med EU in državami članicami ta pojem pojavil le v sodbi Sodišča Evropske unije z dne 17. decembra 1970, *Internationale Handelsgesellschaft mbH proti Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel*, ECLI:EU:C:1970:114, zadeva C-11/70, v kateri je Sodišče pojasnilo, da pravilo primarnosti ne pomeni izjeme za norme ustavne narave. Glej še sodbo Sodišča (peti senat) z dne 18. januarja 1984 v zadevi *Ekro BV Vee- en Vleeshandel proti Produktschap voor Vee en Vlees*, ECLI:EU:C:1984:11, točka 11 obrazložitve, in z dne 19. septembra 2000, *Veliko vojvodstvo Luksemburg proti Berthe Linster, Aloyse Linster in Yvonne Linster*, ECLI:EU:C:2000:468, točka 43 obrazložitve, v kateri je Sodišče poudarilo pomen »avtonomne in enotne razlage« ukrepov Skupnosti.

⁴³ Mnenje Sodišča z dne 14. decembra 1991, *Osnutek sporazuma med Skupnostjo na eni strani in državami Evropskega združenja za prosto trgovino na drugi strani o vzpostavitvi Evropskega gospodarskega prostora*, ECLI:EU:C:1991:490, Mnenje 1/91.

omejena na primere, v katerih je avtonomija izrecno omenjena, vendar trdim, da čeprav ni bila več izrecno omenjena, avtonomija po *Costa Enel* ni nikoli izginila.

Razprave o avtonomiji z vidika sodne pristojnosti so predpostavljale, da avtonomija deluje na zunanjem robu pravnega reda EU in ga štiti pred zunanjimi vplivi.⁴⁴ Vendar pa je avtonomija osrednja sila sodne prakse EU, ki je na zunanji meji prava EU le najbolj vidna, vendar dejansko prežema pravni sistem kot celoto. Včasih je vidna in jo Sodišče izrecno omenja, v drugih primerih pa ni, vendar je kljub temu vseprisotna v sodbah Sodišča.

Sodišče je v Mnenju 2/13 potrdilo vseprisotnost avtonomije v pravnem redu EU.⁴⁵ Pojasnilo je, da se avtonomija nanaša na ustavno strukturo Evropske unije, naravo prava EU, načelo vzajemnega zaupanja med državami članicami, sistem varstva temeljnih pravic, ki ga določa Listina, materialne določbe prava Unije, »ki neposredno prispevajo k uresničevanju evropskega povezovanja«,⁴⁶ vključno z določbami Pogodbe, ki zagotavljajo prosti pretok blaga, storitev, kapitala in oseb, državljanstvo Unije, območje svobode, varnosti in pravice ter politiko konkurence.⁴⁷ Poleg tega se avtonomija nanaša na načelo lojalnega sodelovanja in na sistem sodnega varstva Unije, katerega temelj je predlog za sprejetje predhodne odločbe iz 267. člena PDEU.⁴⁸

Mnenje 2/13 potrjuje, da so sodbe, v katerih je avtonomija izrecno omenjena, le odraz precej večjega podtalnega pojava. Analiza njegove vseprisotnosti, ki sledi v nadaljevanju, razkriva strukturo avtonomije in njen normativni vpliv, saj nenehno nastopa kot način pravnega razlogovanja.

3.1. Avtonomija, ki deluje vidno

Kot je navedeno v prejšnjem razdelku, je avtonomija najbolj vidna v sodni praksi EU, ki štiti Evropsko unijo pred zunanjim nadzorom in vplivom. Ti sodni primeri, kot so Mnenje 2/13, *Kadi*, *Mox Plant* in *Achmea*, so sprožili plaz razprav in kritik.⁴⁹ Vendar osredinjanje na take primere ne upošteva popolnoma posebnega značaja avtonomije,

⁴⁴ Van Rossem, 2013, str. 27–31; Odermatt, 2016.

⁴⁵ Mnenje Sodišča (občna seja) z dne 18. decembra 2014, *Pristop Evropske unije k Evropski konvenciji o varstvu človekovih pravic*, ECLI:EU:C:2014:2454, Mnenje 2/13.

⁴⁶ Lenaerts, 2019.

⁴⁷ Sodba Sodišča (veliki senat) z dne 5. decembra 2017, *Kazenski postopek zoper M. A. S. in M. B.*, ECLI:EU:C:2017:936, zadeva C-42/17.

⁴⁸ Prav tam, točke 174–176 obrazložitve.

⁴⁹ Van Rossem, 2013, poleg teh štirih zadev omenja le še tri druge zadeve, v katerih Sodišče izrecno omenja pojem avtonomije, in sicer sodbo Sodišča z dne 17. decembra 1970 v zadevi *Internationale Handelsgesellschaft*, ECLI:EU:C:1970:114, zadeva 11–70; mnenje Sodišča z dne 18. aprila 2002, *Sporazum o vzpostavitvi Skupnega evropskega zračnega prostora*, ECLI:EU:C:2002:231, Mnenje 1/00, in mnenje Sodišča (občna seja) z dne 8. marca 2011, *Sporazum o vzpostavitvi enotnega sistema za reševanje patentnih sporov*, ECLI:EU:C:2011:123, Mnenje 1/09.

zato bom predstavil še nekatere druge primere iz sodne prakse Sodišča, v katerih avtonomija deluje vidno.

Avtonomija je najbolj vidna, kadar se Sodišče sklicuje na »avtonomno razlago«. Sodišče pogosto poudarja, da iz zahtev po enotni uporabi prava Unije in načela enakosti izhaja, da je treba izraze iz določb prava Unije, ki se za opredelitev smisla in obsega ne sklicujejo izrecno na pravo držav članic, običajno razlagati avtonomno in enotno v vsej EU, neodvisno od nacionalnega prava.⁵⁰

Avtonomija je pomembna zlasti, kadar bi lahko pojmi prava Unije, če so odvisni od posebnosti upoštevne zakonodaje držav članic, povzročili razhajanja pri njihovi uporabi v Evropski uniji.⁵¹ Obstajajo številni primeri take razlage, denimo glede pojma »sodišče«, ki lahko ali mora vložiti predlog za sprejetje predhodne odločbe v postopku predhodnega odločanja na podlagi 267. člena PDEU. Pri tej razlagi se upošteva več dejavnikov, vključno s tem, ali je zadevno sodišče ustanovljeno z zakonom, ali je stalno in obvezno pristojno, ali odloča kontradiktorno in ali je neodvisno.⁵²

Sodišče včasih opozarja, da je treba avtonomni pojem prava EU, kadar ni opredeljen v Pogodbah, razlagati v skladu z njegovimi običajnim pomenom v vsakdanjem jeziku, kot je na primer pojem »oddani glasovi« iz četrtega odstavka 354. člena PDEU.⁵³ Poleg tega, kar je sicer tudi na splošno značilno za odločanje Sodišča, pa je avtonomija zelo pogosto podprta tudi s teleološkim sklepanjem⁵⁴ ali sklepanjem na podlagi *effet utile*, kadar je treba pri razlagi upoštevati ne le besedilo te določbe, ampak tudi njen kontekst in cilj. To je le majhen vzorec zadev, v katerih Sodišče obravnava avtonomno razlago. Ta vprašanja se pojavljajo na različnih področjih prava EU in Sodišče zelo pogosto niti ne razpravlja o razlagi v smislu njene »avtonomije«, saj nekateri izrazi tako jasno zahtevajo avtonomno razlago, da jo Sodišče uporablja brez njene navedbe. Opredelitev pojma »cilj« ali »posledica« kršitev 101. člena PDEU, pojem »selektivnost državne pomoči« iz 107. člena PDEU ali pojem »posamično in neposredno nanašanje« za namene aktivne legitimacije

⁵⁰ Sodba Sodišča (veliki senat) z dne 16. julija 2020, *AFMB in drugi proti Raad van bestuur van de Sociale verzekeringsbank*, ECLI:EU:C:2020:565, zadeva C-610/18, točka 50 obrazložitve; sodba Sodišča (peti senat) z dne 18. januarja 1984, *Ekro BV Vee- en Vleeshandel/Produktschap voor Vee en Vlees*, ECLI:EU:C:1984:11, zadeva 327/82, točka 11 obrazložitve; sodba Sodišča z dne 19. septembra 2000, *Veliko vojvodstvo Luksemburg proti Berthe Linster, Aloyse Linster in Yvonne Linster*, ECLI:EU:C:2000:468, točka 43 obrazložitve.

⁵¹ Sodba Sodišča (peti senat) z dne 21. januarja 2016, *Les Jardins de Jouvence SCRL proti État belge*, ECLI:EU:C:2016:36, zadeva C-335/14, točka 47 obrazložitve.

⁵² Glej na primer sodbo Sodišča (četrti senat) z dne 31. januarja 2013, *Valeri Hariev Belov proti CHEZ Elektro Bulgaria AD in drugi*, zadeva C-394/11, točka 38 obrazložitve.

⁵³ Glej na primer sodbo Sodišča (veliki senat) z dne 3. junija 2021, *Madžarska proti Evropskemu parlamentu*, ECLI:EU:C:2021:426, zadeva C-650/18.

⁵⁴ Glej na primer Šadl, 2015.

na podlagi 263. člena PDEU so le nekateri primeri, v katerih avtonomije ni treba navesti, čeprav aktivno deluje.

3.2. *Autonomija kot globoki tok razlogovanja*

V številnih primerih ima avtonomija nevidno dejavno in odločilno vlogo, saj zagotavlja usmeritev in naknadno razlago odločanja Sodišča ter njegovo končno koherentnost, kar bom prikazal z analizo sodne prakse Sodišča.

Eden najboljših primerov je sodba v zadevi *ERTA*.⁵⁵ S to sodbo je Sodišče vzpostavilo tako imenovano doktrino *ERTA* o implicitnih zunanjih pristojnostih, po kateri ima notranja pristojnost EU prednost pred zunanjimi akti držav članic. Sodišče je zavrnilo medvladno in pomožno vlogo Sveta ter naredilo pomemben korak k še popolnejšemu avtonomnemu pravnemu redu. Sodišče je s to sodbo močno omejilo države članice v zunanjih odnosih s tem, ko je razvilo doktrino o paralelizmu norm na notranji in zunanji ravni ter povečalo jurisdikcijsko avtonomijo Unije, ne da bi sploh omenilo pojem avtonomije.⁵⁶

Možno je, da je bila *ERTA* v razpravah o avtonomiji spregledana, ker v tej sodbi, tako kot pri številnih drugih, avtonomija prava EU ni izrecno omenjena, čeprav je vodila razlogovanje Sodišča. Slednje se res ni sklicevalo na »novi pravni red« ali »samostojnost«, vendar je navedlo, da je treba upoštevati celotno sistematiko Pogodbe nič manj kot njene materialne določbe.⁵⁷ Cilj zagotavljanja enotnosti avtonomnega pravnega sistema jasno izhaja iz odstavka, ki pravi, da:

»vsakokrat, ko [EU] zaradi izvajanja skupne politike, predvidene v Pogodbi, sprejme določbe, ki določajo skupna pravila, ne glede na njihovo obliko, države članice nimajo več pravice, da bi posamično ali celo kolektivno sprejemale obveznosti do tretjih držav, ki vplivajo na ta pravila ali spreminjajo njihovo področje uporabe.«⁵⁸

Poleg tega pa je že generalni pravobranilec D. Dutheillet de Lamothe tlakoval pot argumentaciji Sodišča s svojimi sklepnimi predlogi, v katerih je zastopal stališče, po kate-

⁵⁵ Sodba Sodišča z dne 31. marca 1971, *Komisija Evropskih skupnosti proti Svetu Evropskih skupnosti*, ECLI:EU:C:1971:32, zadeva 22–70. Postopek je zadeval sklenitev Evropskega sporazuma o delu posadk vozil (»ERTA«) v okviru Sveta, za katerega so države članice menile, da predstavlja mednarodni sporazum med državami članicami in ne akt Sveta, in ga sklenile po medvladnem postopku. Komisija je glede na obstoj predhodne uredbe, ki ureja to področje, ugotovila, da sporazum posega v notranjo pristojnost na področju prometa, in je zadevo predložila Sodišču.

⁵⁶ Prav tam, točka 22 obrazložitve. Sodišče je trdilo, da na podlagi pristojnosti Unije na področju prometne politike in načela lojalnega sodelovanja v povezavi »iz tega sledi, da države članice zunaj okvira institucij Unije ne morejo prevzeti obveznosti, ki bi lahko vplivale na ta pravila ali spremenile njihovo področje uporabe, če so pravila Unije sprejeta za doseganje ciljev Pogodbe«.

⁵⁷ Prav tam, točka 15 obrazložitve.

⁵⁸ Prav tam.

rem bi države članice s pogajanjem o mednarodnem sporazumu pomenile grožnjo za »novi pravni red« v smislu sodbe *Van Gend en Loos*.⁵⁹

V nasprotju s temeljnima sodbama *Van Gend en Loos* in *Costa Enel* pa je bila doktrina ERTA celo izrecno vključena v Pogodbi.⁶⁰ Čeprav je sodba nedvomno pomembna za učinkovito izvajanje avtonomije Evropske unije na področju zunanjih odnosov in se zato zdi najpomembnejša za vidik zunanje avtonomije s tem, ko države članice ne smejo spodkopavati mednarodnega delovanja EU,⁶¹ pa je enako pomembna za notranjo avtonomijo Unije. Sodba ni rešila le sporov o pristojnosti med institucijami EU, temveč tudi nekatere spore glede notranjih pristojnosti med državami članicami in institucijami EU.⁶²

Sodišče je v sodbi *ERTA* jasno navedlo, »da v zvezi z izvajanjem določb Pogodbe ni mogoče ločiti sistema notranjih ukrepov [Unije] od sistema zunanjih odnosov«. ⁶³ Sodišče je izrazilo gotovost o tem, da je avtonomija nedeljiva. Samo EU, ki lahko ima skladen sklop avtonomije na področju sodne pristojnosti, lahko tako avtonomijo izvaja tudi navzven. Sodba v zadevi *ERTA* je tako most med zunanjo avtonomijo v razmerju do mednarodnega prava in avtonomijo v razmerju do pravnih sistemov držav članic ter dokazuje njuno enotnost,⁶⁴ ne da bi sploh omenila idejo o avtonomiji.

4. Trije primeri iz slovenske sodne prakse

ERTA je bil le eden od ustavnopravno najpomembnejših primerov, v katerem je avtonomija neopazno odigrala odločilno vlogo. V tem razdelku bom svojo tezo preveril na treh primerih, ki neposredno zadevajo Slovenijo. Izbrani primeri bi si bili težko bolj različni, saj gre za različne vrste postopkov pred Sodiščem EU in za popolnoma nepo-

⁵⁹ Prav tam.

⁶⁰ Drugi odstavek 3. člena PDEU določa, da ima Unija izključno pristojnost za sklenitev mednarodnega sporazuma, kadar je ta sklenitev določena v zakonodajnem aktu Unije ali je potrebna, da se Uniji omogoči izvajanje njene notranje pristojnosti, ali kolikor lahko vpliva na skupna pravila ali spremeni njihovo področje uporabe. Prvi odstavek 216. člena PDEU določa, da lahko Unija tudi v takih primerih sklene mednarodni sporazum, ne le če je to izrecno določeno v Pogodbi.

⁶¹ Odermatt, 2016, str. 1.

⁶² Sodba Sodišča (veliki senat) z dne 4. septembra 2014, *Evropska komisija proti Svetu Evropske unije*, ECLI:EU:C:2014:2151, zadeva C-114/12; Mnenje Sodišča (veliki senat) z dne 14. oktobra 2014, *adhésion d'États tiers à la Convention de La Haye*, ECLI:EU:C:2014:2303, mnenje 1/13; Sodba Sodišča (veliki senat) z dne 5. decembra 2017, *Zvezna republika Nemčija proti Svetu Evropske unije*, ECLI:EU:C:2017:935, zadeva C-600/14; Mnenje Sodišča (občna seja) z dne 16. maja 2017, *Accord de libre-échange avec Singapour*, Mnenje 2/15.

⁶³ Sodba Sodišča z dne 31. marca 1971, Komisija Evropskih skupnosti proti Svetu Evropskih skupnosti, ECLI:EU:C:1971:32, zadeva 22–70, točka 19.

⁶⁴ Nekdanji sodnik Allan Rosas je opozoril, da mora vsaka smiselna študija ustavnega reda Unije vključevati zunanje odnose Unije. Rosas in Armati (2018).

vezana pravna področja. Toda čeprav vsaj na videz delujejo popolnoma nepovezano, jih razen tega, da so povezani z Republiko Slovenijo, povezuje tudi dejstvo, da je v prav vseh v razlogovanju Sodišča prisotna avtonomija, čeprav je Sodišče ni izrecno omenilo.

4.1. Zadeva *Detiček*, prvi slovenski primer predhodnega odločanja

Zadeva *Detiček* je prvi primer predhodnega odločanja, ki ga je sprožilo Višje sodišče v Mariboru s sklepom z dne 19. oktobra 2009. Zadeva se nanaša na pravosodno sodelovanje v civilnih zadevah, natančneje na zakonske spore in spore v zvezi s starševsko odgovornostjo. Predlog za sprejetje predhodne odločbe se je nanašal na razlago Uredbe Sveta (ES) št. 2201/2003 z dne 27. novembra 2003 o pristojnosti in priznavanju ter izvrševanju sodnih odločb v zakonskih sporih in sporih v zvezi s starševsko odgovornostjo ter o razveljavitvi Uredbe (ES) št. 1347/2000 (»uredba Bruselj II bis«).⁶⁵

Uredba Bruselj II bis je na podlagi načela medsebojnega zaupanja med državami članicami vzpostavila režim samodejnega priznavanja in izvrševanja sodnih odločb, izrečenih v državi članici, kot izhaja iz prvega in tretjega odstavka 21. člena te uredbe. Uredba »sodno odločbo« opredeljuje kot odločbo o razvezi, prenehanju življenjske skupnosti ali razveljavitvi zakonske zveze, kakor tudi sodno odločbo, ki se nanaša na starševsko odgovornost, in jo je izdalo sodišče države članice, ne glede na to, kakšno je ime sodne odločbe, skladno s četrto točko prvega odstavka 2. člena Uredbe.

Dejstva v tej zadevi so bila naslednja. Jasna Detiček, slovenska državljanka, njen mož, italijanski državljan, sta več let živela v Rimu, in imela hčerko. Leta 2007 sta pred pristojnim sodiščem v Italiji začela postopek razveze zakonske zveze, v okviru katerega sodišče odloča tudi o varstvu in vzgoji otrok. Italijansko sodišče je julija 2007 hčerko začasno zaupalo v izključno varstvo in vzgojo očetu. Istega dne je mama s hčerko zapustila Italijo in odšla v Slovenijo. Slovenska sodišča so sklep italijanskega sodišča oktobra 2008 dokončno razglasila za izvršljiv, na podlagi sklepa Vrhovnega sodišča se je tako začel izvršilni postopek za izročitev otroka očetu. Gospa Detiček je nato novembra istega leta pri Okrožnem sodišču v Mariboru vložila predlog za izdajo začasnih odredb za predodelitev otroka v varstvo in vzgojo njej. To sodišče je čez en mesec s sklepom ugodilo njenemu predlogu in ji hčerko začasno zaupalo v varstvo in vzgojo. Svojo odločitev pa je oprlo na 20. člen Uredbe št. 2201/2003 v povezavi s 13. členom Haške konvencije iz leta 1980 in jo obrazložilo s spremenjenimi okoliščinami in otrokovimi koristmi, saj naj bi se hčerka v tem času že vživela v socialno okolje v Sloveniji, vrnitev v Italijo pa bi ji povzročila nepopravljivo škodo, prav tako pa je hčerka tudi sama izjavila, da želi ostati pri materi. Oče je pri istem sodišču vložil ugovor zoper izvršbo, ki ga je sodišče junija 2009 zavrnilo. Nato je oče proti temu sklepu vložil pritožbo pri Višjem sodišču v Mariboru, ki je v teh

⁶⁵ Uradni list EU, št. L 338, str. 1.

okolščinah prekinilo odločanje in Sodišču EU v predhodno odločanje predložilo dve vprašanji.

Predložitveno sodišče je zanimalo, ali je slovensko sodišče v skladu z 20. členom Uredbe št. 2201/2003 pristojno izdati ukrep zavarovanja, če je sodišče druge države članice, ki je po tej uredbi pristojno za odločanje o glavni stvari, že izdalo ukrep zavarovanja, ki je razglašen za izvršljivega v Republiki Sloveniji. V primeru pritrdilnega odgovora je mariborsko sodišče še zanimalo, ali lahko slovensko sodišče z izdajo ukrepa zavarovanja spremeni oziroma razveljavi pravnomočen in izvršljiv ukrep zavarovanja, izdan po sodišču druge države članice, ki je po Uredbi pristojno za odločanje o glavni stvari.

Sodišče EU je svojo odločitev v zadevi *Detiček* utemeljilo na stališču, da bi možnost slovenskega sodišča, da spremeni pravnomočno odločitev pristojnega sodišča v drugi državi članici, nasprotovala načelu medsebojnega priznavanja sodnih odločb, kot izhaja iz Uredbe in ki samo temelji na načelu medsebojnega zaupanja med državami članicami, s tem pa bi bili ogroženi temelji skupnega pravosodnega prostora.

Sodišče je zavarovalo ontološki značaj avtonomnega pravnega reda in mu dalo prednost pred varstvom otrokovih koristi. Moralo se je zanesti na pravilnost odločitve pristojnega sodišča v prvi državi članici, ki je presodilo, da bodo človekove pravice otroka najboljše zaščitene z vrnitvijo otroka očetu, ko mu je dodelilo pravico do varstva in vzgoje otroka.⁶⁶ Edina druga možnost preizkusa pravilnost te odločitve bi bila pritožba na višje sodišče v prvi državi članici, ki pa je gospa Detiček, ko je otroka pripeljala v drugo državo članico in ga tako vnovič »ugrabila«, ni uporabila.⁶⁷ Tako nikoli ne bo znano, ali je vrnitev otroka očetu resnično najboljše zaščitila otrokove pravice. Uporabljena je bila domneva pravilnosti sodbe sodišča prve države članice, skladno z načelom medsebojnega zaupanja.

Zato je neodvisnost sodstva kot ena od glavnih značilnosti pravne države, kot je določeno v 19. členu Pogodbe o Evropski uniji (PEU), še toliko bolj pomembna za avtonomijo prava Unije, saj je novi avtonomni pravni red dejansko strukturno odvisen od pravosodnih sistemov držav članic.⁶⁸ Vzajemno zaupanje med sodišči oziroma zanašanje sodnikov v eni državi članici na to, da se pravo Unije pravilno uporablja tudi v drugih državah članicah, je odvisno od spoštovanja načel pravne države, med drugim od obstoja neodvisnega sodstva in učinkovitega sodnega nadzora v tej državi članici.

Posebna skrb Sodišča za varovanje ontološkega značaja avtonomnega pravnega reda, tudi, kot bi trdili nekateri komentatorji, v škodo varstva človekovih pravic kot v zadevi

⁶⁶ Sodba Sodišča (tretji senat) z dne 23. decembra 2009, *Jasna Detiček proti Mauriziju Sgueglii*, ECLI:EU:C:2009:810, zadeva C-403/09 PPU, točka 43 obrazložitve.

⁶⁷ Prav tam, točka 52 obrazložitve.

⁶⁸ Sodba Sodišča z dne 25. februarja 1988 v zadevi *Parti écologiste »Les Verts« proti Evropskemu parlamentu*, ECLI:EU:C:1988:94, 190/84; sodba Sodišča (veliki senat) z dne 3. oktobra 2013, *Inuit Tapiriit Kanatami in drugi proti Evropskemu parlamentu in Svetu Evropske unije*, ECLI:EU:C:2013:625, C-583/11 P, točka 91 obrazložitve.

Detiček, je še posebej razvidna iz Mnenja 2/13.⁶⁹ V njem je Sodišče ugotovilo, da osnutek sporazuma o pristopu EU k Evropski konvenciji o človekovih pravicah (EKČP) ni v skladu s Pogodbama in Protokolom št. 8. Sodišče je menilo, da osnutek sporazuma o pristopu ogroža načelo medsebojnega zaupanja med državami članicami in sodni dialog, ki sta glavni značilnosti avtonomije. Tako je poudarilo, da:

»če bi se z EKČP – s tem, da določa, da se Unija in države članice štejejo za pogodbenice ne le v svojih odnosih s tistimi državami, ki niso države članice Unije, temveč tudi v svojih medsebojnih odnosih, vključno kadar te odnose ureja pravo Unije – od države članice zahtevalo, da preveri, ali druga država članica spoštuje temeljne pravice, čeprav se s pravom Unije nalaga vzajemno zaupanje med temi državami članicami, bi se s pristopom lahko ogrozila ravnotežje, na katerem temelji Unija, in avtonomija prava Unije.«⁷⁰

Vse to pa ne pomeni, da razmerje med aksiološkim in ontološkim značajem ni tudi sporno. Načelo vzajemnega zaupanja⁷¹ med organi držav članic in zlasti sodišči je namreč pogosto kritizirano kot neskladno z ustreznim varstvom človekovih pravic. Stališče iz Mnenja 2/13, da države članice pri izvajanju prava Unije razen v izjemnih primerih ne smejo preverjati, ali je druga država članica v konkretnem primeru dejansko spoštovala temeljne pravice, ki jih zagotavlja Unija,⁷² je bilo predmet ostrih kritik, da zaradi njega prihaja do številnih kršitev človekovih pravic, posebej na področju evropskih nalogov za prijetje in predajo ter odločitev o pristojnosti za odločanje o azilu na podlagi uredbe Dublin III.⁷³

Sodišče glede teh vprašanj ni bilo povsem brez poslušanja. V sodbi *Aranyosi in Caldăraru*⁷⁴ je tako odločilo, da je absolutna prepoved nečlovečnega ali ponižujočega ravnanja ali kaznovanja del temeljnih pravic, ki jih varuje pravo Unije. Zato mora organ, pristojen za izvršitev evropskega naloga za prijetje in predajo, če razpolaga z dokazi o dejanski nevarnosti nečlovečnega ali ponižujočega ravnanja z osebami, pridržanimi v državi članici, v

⁶⁹ Mnenje Sodišča (občna seja) z dne 18. decembra 2014, *Pristop EU k EKČP*, ECLI:EU:C:2014:2454, Mnenje 2/13.

⁷⁰ Sodišče se je ukvarjalo tudi s tveganji za načelo vzajemnega zaupanja in učinkovitost pravnega reda EU na področju evropskega naloga za prijetje in predajo ter uredb Dublin II in Bruselj II, pa tudi za sodni dialog med Sodiščem in nacionalnimi sodišči. Sodišče je imelo še več drugih pridržkov, med drugim v zvezi s pristojnostjo ESČP na področju skupne zunanje in varnostne politike, ki je Sodišče samo nima, pa tudi glede mehanizma sotožene stranke. Prav tam, točka 194 obrazložitve.

⁷¹ Za študijo tega načela glej na primer Ladenburger, 2020.

⁷² Mnenje Sodišča (občna seja) z dne 18. decembra 2014, *Pristop EU k EKČP*, ECLI:EU:C:2014:2454, Mnenje 2/13, točke 191–92 obrazložitve; glej tudi sodbo Sodišča (tretji senat) z dne 23. decembra 2009, *Jasna Detiček proti Mauriziu Sgueglii*, ECLI:EU:C:2009:810, zadeva C-403/09 PPU. Za stališče, da je po Mnenju 2/13 avtonomija zamenjala temeljne pravice na piedestalu pravnega reda, saj da so slednje le še sredstvo za doseg integracije, glej Moreno Lax, 2019, str. 62.

⁷³ Glej na primer Peers, 2021.

⁷⁴ Sodba Sodišča (veliki senat) z dne 5. aprila 2016, *Pál Aranyosi in Robert Caldăraru proti Generalstaatsanwaltschaft Bremen*, ECLI:EU:C:2016:198, združeni zadevi C-404/15 in C-659/15 PPU.

kateri je bil izdan nalog, to tveganje presoditi, preden odloči o predaji zadevne osebe, in odločiti, ali je treba postopek predaje končati.⁷⁵

4.2. Zadeva Arhivi

V zadevi *Arhivi*⁷⁶ je avtonomijo pravnega reda EU kot meta-vizijo Sodišča EU možno razbrati tako iz razlage pravnih pojmov prava EU, ki je neodvisna od mednarodnega in nacionalnega prava, kot tudi iz razlage Sodišča, ki varuje avtonomno delovanje institucij Evropske unije in s tem delovanje pravnega reda Evropske unije.

Evropska komisija je s tožbo Sodišču predlagala, naj ugotovi, da Republika Slovenija z enostranskim zasegom dokumentov, povezanih z izvajanjem nalog Evropskega sistema centralnih bank (ESCB) in Evrosistema, v prostorih Banke Slovenije in nelojalnim sodelovanjem z Evropsko centralno banko (ECB) pri tem vprašanju ni izpolnila obveznosti iz 343. člena PDEU, 39. člena Protokola (št. 4) o statutu Evropskega sistema centralnih bank in Evropske centralne banke (v nadaljevanju: Protokol o ESCB in ECB)⁷⁷ in 2., 18. in 22. člena Protokola (št. 7) o privilegijih in imunitetah Evropske unije (v nadaljevanju: Protokol o privilegijih in imunitetah)⁷⁸ ter tretjega odstavka 4. člena PEU.

Komisija je trdila, da so slovenski organi z enostranskim zasegom dokumentov v prostorih Banke Slovenije 6. julija 2016 kršili načelo nedotakljivosti arhivov Unije, ki izhaja iz 2. člena Protokola o privilegijih in imunitetah.

Sodišče je moralo najprej preučiti, ali so dokumenti, ki so jih slovenski organi zasegli, dejansko zajemali dokumente, ki so del arhivov ECB, in v naslednjem koraku presoditi, ali je zaseg teh dokumentov pomenil kršitev načela nedotakljivosti teh arhivov.

Na samem začetku je Sodišče moralo sploh določiti obseg pojma »arhivi Unije«. Republika Slovenija je trdila, da je treba pojem »arhivi« razlagati glede na mednarodno pravo. Toda Sodišče je pri razlagi tega pojma izrecno uporabilo pojem avtonomije prava EU, ko je pojasnilo, da so države članice s pogodbami o Evropski uniji, drugače kot pri običajnih mednarodnih pogodbah, vzpostavile lasten pravni red, ki je bil z začetkom

⁷⁵ Zadevi *Aranyosi in Caldaru* sta imeli precedens v sodbi Sodišča (veliki senat) z dne 21. decembra 2011, *N. S. proti Secretary of State for the Home Department in M. E. in drugi proti Refugee Applications Commissioner in Minister for Justice, Equality and Law Reform*, združeni zadevi C-411/10 in C-493/10, v katerih je Sodišče razsodilo, da nacionalna sodišča prosilca za azil ne morejo predati tej državi članici, če obstajajo utemeljeni razlogi za domnevo, da bo prosilec za azil izpostavljen dejanski nevarnosti nečlovečnega ali ponižujočega ravnanja v smislu 4. člena Listine Evropske unije o temeljnih pravicah.

⁷⁶ Sodba Sodišča (veliki senat) z dne 17. decembra 2020, *Evropska komisija proti Republiki Sloveniji*, ECLI:EU:C:2020:1030, zadeva C-316/19.

⁷⁷ Uradni list EU, št. C 202/2016, str. 230.

⁷⁸ Uradni list EU, št. C 202/2016, str. 266.

veljavnosti teh pogodb vključen v pravni red držav članic.⁷⁹ Iz tega izhaja, da je pojem »arhivi Unije« avtonomen pojem prava Unije, ki se razlikuje od tistega, ki ga lahko upoštevajo mednarodne organizacije in sodišča ali pravo držav članic.

Skladno s svojo sodno prakso je Sodišče pojem razlagalo ob upoštevanju njegovega besedila ter glede na sobesedilo in cilj določbe, v kateri je ta pojem uporabljen.⁸⁰ Sodišče je natančno analiziralo pojem arhivov v avtonomnem pravnem redu EU in ugotovilo, da pojem »arhivi« običajno pomeni celoto dokumentov, ne glede na njihov datum, obliko in fizični nosilec, ki jih oseba poseduje pri opravljanju svoje dejavnosti. Vendar pa je bil v pravu Unije pojem »arhivi« natančno opredeljen, sicer ne v Protokolu o privilegijih in imunitetah, temveč v točki a drugega odstavka 1. člena Uredbe Sveta št. 354/83 o odpiranju za javnost arhivskega gradiva Evropske gospodarske skupnosti in Evropske skupnosti za atomsko energijo. Skladno s to določbo »arhiv« pomeni vse dokumente katerekoli vrste in na kateremkoli nosilcu, ki izvirajo iz ali jih je prejela ena od institucij, organov, uradov ali agencij oziroma njihovi predstavniki ali uradniki med opravljanjem svojih dolžnosti in se nanašajo na dejavnosti teh Skupnosti.⁸¹ Sodišče je uporabilo to opredelitev pojma »arhivi« za razlago 2. člena Protokola o privilegijih in imunitetah ter presodilo, da njegova uporaba ne nasprotuje drugim določbam Protokola in tudi pripomore k doslednemu oziroma koherentnemu razumevanju obsega tega pojma v pravu Unije.

Glede cilja določbe 2. člena Protokola o privilegijih in imunitetah je Sodišče na podlagi svoje sodne prakse ugotovilo, da so privilegiji in imunitete EU funkcionalne narave, ker je njihov namen preprečiti oviranje delovanja in neodvisnosti EU. Zato se lahko institucija EU na načelo nedotakljivosti arhivov EU sklicuje zlasti, kadar bi razkritje informacij iz dokumentov v arhivih zadevne institucije oviralo delovanje ali neodvisnost te institucije, s čimer bi bilo ogroženo izvajanje njenih nalog.⁸² Na podlagi tega je Sodišče presodilo, da »arhivi EU« nujno zajemajo vse dokumente v zvezi z dejavnostmi EU in njenih institucij, organov, uradov in agencij ali v zvezi z izvajanjem nalog teh subjektov, ne glede na njihov datum, obliko in fizični nosilec, ki so jih ustvarile ali prejele institucije, organi, uradi ali agencije EU oziroma njihovi predstavniki ali uradniki med opravljanjem svojih funkcij in ki se nanašajo na dejavnosti teh subjektov ali so povezani z izvajanjem njihovih nalog.⁸³

⁷⁹ SEU C-316/19 *Komisija proti Republiki Sloveniji* z dne 17. decembra 2020, točke 69–71 obrazložitve.

⁸⁰ Sodišče se v točki 69 obrazložitve sodbe smiselno sklicuje na točko 62 obrazložitve sodbe z dne 19. decembra 2019, *Junqueras Vies*, C502/19, EU:C:2019:1115.

⁸¹ SEU C-316/19 *Komisija proti Republiki Sloveniji* z dne 17. decembra 2020, točka 72 obrazložitve.

⁸² Prav tam, točke 72–73. Sodišče se je tam sklicevalo na točko 11 obrazložitve sklepa z dne 6. decembra 1990, *Zwartveld in drugi*, C2/88-IMM, EU:C:1990:440.

⁸³ SEU C-316/19 *Komisija proti Republiki Sloveniji* z dne 17. decembra 2020, točki 74 in 75 obrazložitve.

Avtonomija prava EU je delovanje nacionalnih centralnih bank jasno potegnila v del avtonomnega pravnega reda EU, saj je Sodišče v nadaljevanju poudarilo tesno integriranost delovanja ECB in nacionalnih centralnih bank, ki izhaja iz strukture ESCB, posebnega pravnega reda, specifičnega avtonomnemu pravnemu redu EU, ki v sebi združuje tako nacionalne centralne banke kot tudi institucijo EU, ECB. ECB in nacionalne centralne banke držav članic evroobmočja, ki sestavljajo Evrosistem, skupaj vodijo monetarno politiko EU, za kar je potrebno tesno sodelovanje med njimi, pri čemer je znotraj tega sistema ločnica med pravom Unije in nacionalnimi pravnimi redi manj jasno določena.⁸⁴ V tem zelo integriranem sistemu imajo nacionalne centralne banke in njihovi guvernerji, ki so člani Sveta ECH, hibridni status, saj so hkrati nacionalni organi in organi, ki delujejo v okviru ESCB.⁸⁵

Iz tega po presoji Sodišča nujno sledi, da dokumenti, povezani z izvajanjem nalog ESCB in Evrosistema, niso le v posesti ECB, temveč so tudi v posesti nacionalnih centralnih bank.⁸⁶ Če načelo nedotakljivosti arhivov Unije ne bi ščitilo dokumentov, ki jih izdajo ECB ali nacionalne centralne banke in si jih ti subjekti izmenjujejo za izvajanje nalog ESCB in Evrosistema, to načelo ne bi imelo polnega učinka.⁸⁷ Avtonomen pravni red mora biti tudi učinkovit, zato so dokumenti, zajeti s pojmom »arhivi ECB«, tudi tisti, ki so v posesti nacionalnih centralnih bank, in ne le ECB.

Avtonomija prava EU je bila bistvena tudi v drugem koraku, v katerem je Sodišče ugotovilo kršitev nedotakljivosti arhivov ECB zaradi visokega pomena avtonomnega delovanja institucij Evropske unije. Ker morajo namreč pravni red EU ter institucije EU delovati avtonomno, v očeh Sodišča pojem »nedotakljivost« v smislu 2. člena Protokola o privilegijih in imunitetah vključuje zaščito pred vsakršnim enostranskim poseganjem držav članic. Zato je v zasegu dokumentov, ki spadajo v arhive Unije, ki so ga izvedli slovenski organi, ugotovilo kršitev načela nedotakljivosti teh arhivov Unije.⁸⁸

Sodišče je štelo za dokazano, da so oprema in dokumenti, ki so jih slovenski organi zasegli, vključevali dokumente, ki so del arhivov ECB, kajti glede na veliko količino zaseženih dokumentov in funkcij guvernerja nacionalne centralne banke v okviru Sveta ECB, ESCB in Evrosistema, so dokumenti, ki so jih zasegli slovenski organi, nujno vključevali dokumente, ki so del arhivov ECB.⁸⁹ Sodišče je zaključilo, da so z enostranskim zasegom slovenski organi kršili nedotakljivost teh arhivov.⁹⁰

⁸⁴ Sodba z dne 26. februarja 2019, *Rimševičs in ECB/Latvija*, C202/18 in C238/18, EU:C:2019:139, točka 69 obrazložitve.

⁸⁵ SEU C-316/19 *Komisija proti Republiki Sloveniji* z dne 17. decembra 2020, točka 82 obrazložitve.

⁸⁶ Prav tam, točka 84 obrazložitve.

⁸⁷ Prav tam, točka 85 obrazložitve.

⁸⁸ Prav tam, točki 91–92 obrazložitve.

⁸⁹ Prav tam, točka 96 obrazložitve.

⁹⁰ Prav tam, točke 92–96 obrazložitve.

Opazimo lahko, da je stopnja avtonomije delovanja institucij Unije v luči razlage Sodišča visoka, saj instituciji, v tem primeru Komisiji, ni treba dokazati, da bi razkritje nekaterih dokumentov pomenilo oviro za delovanje in neodvisnost Unije, da bi se lahko zaseg teh dokumentov, ki ga enostransko opravijo organi države članice, štelo za nezakonit. Drugačna razlaga bi bila po mnenju Sodišča očitno v nasprotju tako z besedilom kot tudi s ciljem 2. člena Protokola o privilegijih in imunitetah.⁹¹ Zato nacionalni organi za dostop do dokumentov iz arhivov Unije potrebujejo soglasje institucije ali v primeru zavrnitve dostopa odločbo Sodišča EU, ki tej instituciji naloži, da omogoči dostop do svojih arhivov. S tem je zagotovljena funkcija nedotakljivosti arhivov EU, to je preprečiti neupravičeno oviranje delovanja in neodvisnosti EU.⁹²

Tako je Sodišče na podlagi avtonomije pravnega reda EU zaključilo, da je Republika Slovenija kršila nedotakljivost arhivov ECB in ugodila zahtevku Evropske komisije.⁹³

4.3. Zadeva Slovenija proti Hrvaški

Naslednji primer dejavne vloge avtonomije, ne da bi bila izrecno omenjena, je zadeva *Slovenija proti Hrvaški*.⁹⁴ Slovenija je pri Sodišču vložila tožbo zaradi neizpolnitve obveznosti na podlagi 259. člena PDEU, v kateri je trdila, da je Hrvaška s tem, ko ni izpolnila svojih obveznosti iz arbitražnega sporazuma, sklenjenega s Slovenijo za rešitev njunega mejnega spora pred pristopom Hrvaške k Evropski uniji, in arbitražne odločbe, v kateri je arbitražni tribunal določil meje med državama članicama, kršila več določb primarnega in sekundarnega prava EU.

Sodišče je razsodilo, da ni pristojno za odločanje o razlagi in obveznostih mednarodnega sporazuma, ki so ga sklenile države članice, katerega predmet ne spada na področje pristojnosti EU in katerega pogodbenica ni EU. Poudarilo je tudi, da je arbitražno odločbo izdalo mednarodno sodišče, ustanovljeno na podlagi tega sporazuma mednarodnega prava. Ugotovilo je, da niti arbitražni sporazum niti arbitražna odločba nista sestavni del pravnega reda EU.

Sodišče je pomembno pojasnilo, da sklicevanja na to arbitražno razsodbo z nevtralno dikcijo opombe k določbi Akta o pristopu Hrvaške k Evropski uniji ni mogoče razlagati tako, da v pravo EU vključuje mednarodne zaveze, ki sta jih obe državi članici sprejeli v okviru arbitražnega sporazuma.⁹⁵ Zato je Sodišče presodilo, da so zatrjevane kršitve prava

⁹¹ Prav tam, točka 101 obrazložitve.

⁹² Prav tam, točki 101 in 102 obrazložitve.

⁹³ Prav tam, točki 104 in 105 obrazložitve.

⁹⁴ Sodba Sodišča (veliki senat) z dne 31. januarja 2020, *Republika Slovenija proti Republiki Hrvaški*, ECLI:EU:C:2020:65, zadeva C-457/18.

⁹⁵ V Prilogi III, ki se nanaša na ribištvo in vsebuje seznam prilagoditev aktov EU v zvezi s pristopom *Pogodbe med državami članicami EU in Republiki Hrvaško o pristopu Republike Hrvaške k EU* (Uradni list EU, št. L 112, 24. april 2012, str. 49–50), je bilo določeno, da se bodo določbe

EU v obravnavanem primeru akcesorne glede na to, da Hrvaška ni izpolnila obveznosti, ki izhajajo iz zadevnega dvostranskega sporazuma.

Čeprav ni bila omenjena, je imela avtonomija, zlasti zunanja avtonomija v razmerju do mednarodnega prava, ključno vlogo pri razlogovanju Sodišča v zadevi *Slovenija proti Hrvaški*, saj se je zadeva nanašala na bistveno vprašanje vključitve norm mednarodnega prava v avtonomni pravni red EU.

Mednarodna norma mora biti za EU formalno zavezujoča, preden lahko učinkuje v evropskem pravnem redu. Le mednarodni sporazumi, ki jih sklene EU, postanejo sestavni del avtonomnega pravnega reda EU in ga zavezujejo v skladu z drugim odstavkom 216. člena PEU. Njihove določbe so pretvorjene v pravo EU in se obravnavajo enako kot notranje norme, pri čemer so hierarhično višje od sekundarne zakonodaje in hkrati nižje od vrednot pravnega reda EU iz 2. člena PEU, nacionalnih ustavnih načel, splošnih načel prava EU, vključno s temeljnimi pravicami in pod primarnim pravom, kot sta PEU in PDEU s protokoli.⁹⁶

Enostransko vključevanje norm, ki ne zavezujejo EU, s strani držav članic, pa bi privedlo do norm prava EU, ki bi prevladale nad sekundarnimi normami. Če bi bile norme v pravni red EU uvedene z mednarodnim pravom in ne z internim dogovorom, bi to lahko resno ogrozilo celovitost in avtonomijo EU.⁹⁷ Države članice bi lahko zasledovale svoj namen (de)regulacije skozi zadnja vrata, kar bi ogrozilo avtonomijo pravnega reda EU.⁹⁸ Sodišče je tudi v zvezi s pravili GATT⁹⁹ in STO dejansko odvrnilo grožnjo spodkopavanja prava EU z uporabo mednarodnega prava,¹⁰⁰ s tem ko je ugotovilo, da norme mednarodnega prava nimajo neposrednega učinka v pravnem redu EU. Neposredni

ni sekundarni akti prava EU uporabljali »od popolnega izvajanja arbitražne odločbe, ki izhaja iz Arbitražnega sporazuma med Vlado Republike Slovenije in Vlado Republike Hrvaške, podpisanega 4. novembra 2009 v Stockholmu« oziroma »od datuma popolne izvršitve arbitražne odločbe [...]«.

⁹⁶ Rosas in Armati, 2018.

⁹⁷ Glej na primer Stein in Halberstam, 2009, str. 49.

⁹⁸ Van Rossem, 2013, str. 22.

⁹⁹ Vendar pa se je Sodišče v sodbi z dne 12. decembra 1972, *International Fruit Company NV and others v Produktschap voor Groenten en Fruit*, združene zadeve 21 do 24-72, odločilo, da GATT vključi v pravni red EU. GATT je postal zavezujoč za EU zaradi znatnega prenosa pristojnosti z držav članic na EU na področju trgovinske politike. Drugi razlog je bil v tem, da so tretje države EU kot taki omogočile sodelovanje v okviru GATT, kar pomeni, da je GATT postal del EU z vidika mednarodnega prava. Zaradi različnih vidikov GATT, vključno z veliko prožnostjo njegovih določb in možnostjo enostranskega izstopa pa določbam GATT ni podelilo tudi neposrednega učinka. Glej Osterhoudt Berkey, 1998.

¹⁰⁰ Sodba Sodišča z dne 23. novembra 1999, *Portugalska republika proti Svetu Evropske unije*, ECLI:EU:C:1999:574, zadeva C-149/96.

učinek bi nastal le, če bi EU nameravala izpolniti določeno obveznost ali če bi se nanjo izrecno skliceval predpis EU.¹⁰¹

Še vedno je obstajala grožnja, da bi lahko katere druge norme mednarodnega prava ogrozile avtonomijo prava EU z vidika hierarhije norm, kar je bilo dokončno razrešeno v zadevi *Kadi*,¹⁰² v kateri je Sodišče zavrnilo uporabo »zunanjih« mednarodnih obveznosti zaradi varstva temeljnih norm evropskega pravnega reda, zlasti pravice do obrambe in lastninske pravice. Odločilo je, da je vključitev zunanjih norm v avtonomni pravni red EU pogojena z njihovo skladnostjo s temeljnimi vrednotami in strukturami Unije. Uporaba mednarodnih pravnih norm se tako lahko zavrne, če so v nasprotju s Pogodbama, vključno z Listino o temeljnih pravicah ali splošnimi pravnimi načeli.¹⁰³

Da bi lahko upoštevali mednarodnopravno pravilo, ga je torej treba najprej vključiti v avtonomni pravni red EU. V zadevi *Slovenija proti Hrvaški* pa obveznost izvršitve arbitražne odločbe ni bila nikoli vključena v avtonomni pravni red EU.¹⁰⁴ Če bi Akt o pristopu Hrvaške k Evropski uniji vseboval določbo, da Hrvaška in Slovenija prevzameta obveznost izvršitve arbitražne odločbe, bi bil položaj drugačen. Avtonomija prava EU, ki prav tako ni izrecno omenjena, je imela osrednjo vlogo pri odločitvi v tej zadevi.

Sodišče se hkrati tudi zaveda, da vseh vprašanj ne more spraviti v orbito prava Evropske unije. Za to tudi nima legitimnosti, saj Sodišče v skladu s prvim odstavkom 19. člena PEU skrbi zgolj za to, da se pravo upošteva pri uporabi in razlagi Pogodb. Pogodbe pa se jasno ne uporabljajo za vsa področja in pravne položaje v Uniji. Tako tudi argument, da je šlo pri izvršitvi arbitražne odločbe za vprašanje prava EU, ker Slovenija sicer ne bi vedela, kje naj ga uporablja, ne more uspeti, saj bi s tako široko razlago koneksitete s pravom EU v avtonomni pravni red EU padlo praktično vsako vprašanje. Vsako nereseno pravno vprašanje namreč lahko vpliva na delovanje vsake države članice Evropske unije. S široko vključitvijo mnogoterih pravnih položajev v avtonomni sistem prava EU bi Sodišče prestopilo lastne meje, določene s Pogodbami, in spodkopalo legitimnost avtonomnega pravnega sistema EU ter lastnega razsojanja.

¹⁰¹ Sodba Sodišča z dne 22. junija 1989 v zadevi *Fédération de l'industrie de l'huilerie de la CEE (Fediol) proti Komisiji Evropskih skupnosti*, ECLI:EU:C:1989:254, zadeva 70/87; sodba Sodišča z dne 7. maja 1991 v zadevi *Nakajima All Precision Co. Ltd proti Svetu Evropskih skupnosti*, ECLI:EU:C:1991:186, zadeva C-69/89.

¹⁰² Sodba Sodišča (veliki senat) z dne 3. septembra 2008, *Yassin Abdullah Kadi in Al Barakaat International Foundation proti Svetu Evropske unije in Komisiji Evropskih skupnosti*, ECLI:EU:C:2008:461, združeni zadevi C-402/05 P in C-415/05 P.

¹⁰³ *Prav tam*

¹⁰⁴ Izvrševanje arbitražnega sporazuma je pomenilo le datum začetka uporabe določene posebne zakonodaje o ribištvu in je bilo zaradi majhnega pomena navedeno v opombah v prilogi. Ni bilo nobenega pogoja, da katerakoli stranka potrdi arbitražni sporazum. Kot je ugotovilo tudi Sodišče, je bil predlog za sprejetje predhodne odločbe popolnoma »nevtralen«.

Navsezadnje mora Sodišče, da bi okrepilo svojo legitimnost in hkrati ohranilo avtonomen pravni red EU ter ob zavedanju pripada, skrbno nadzirati meje pristojnosti EU in držav članic ter s tem meje avtonomnega pravnega reda in njegovo razmerje do nacionalnih in mednarodnih pravnih redov, s katerimi je v stalnem dialogu. Sodišče se dobro zaveda, da so jasne meje avtonomije nujne za legitimnost odločanja ter da bi preširoka razlaga avtonomije prava EU slednjo tudi spodkopavala. Zato so omejitve avtonomnega sistema prava EU na vseh pravnih področjih nujne.

Sodišče je pri določanju teh omejitev v zakonodaji o državni pomoči na primer ugotovilo, da ob upoštevanju davčne avtonomije, ki jo imajo države članice zunaj področij, ki so predmet harmonizacije, zakonodaja EU o državni pomoči načeloma ne preprečuje državam članicam, da se odločijo za progresivne davčne stopnje, katerih namen je upoštevati zmožnost plačevanja davčnih zavezancev. Prav tako od držav članic ne zahteva, da uporabo progresivnih stopenj pridržijo le za davke, ki temeljijo na dobičku, ne pa tudi za davke, ki temeljijo na prometu.¹⁰⁵ To iskanje meja je pomembna značilnost avtonomije, ki se kaže tudi v več sodbah na drugih pravnih področjih, kot je *Keck*, v zvezi s prostim pretokom blaga ali v zadevah v zvezi z javnimi naročili pred Sodiščem, ki ne dosega mejnih vrednosti iz direktiv.¹⁰⁶ Spoštovanje nacionalnih pravnih sistemov je odvisno od avtonomije in dialoga. Določitev natančnih meja prispeva k legitimnosti vseobsežne avtonomije.

5. Sklepna ugotovitev

Avtonomija lahko pojasni razlogovanje Sodišča in ponudi najpomembnejša vodila za spremljanje in razumevanje sodne prakse Sodišča. Moj opis aksioloških in ontoloških značilnosti avtonomije je neizogibno le delen, vendar prikazuje, da je avtonomija najbolj temeljni dejavnik, ki zagotavlja koherentnost sodne prakse EU, njeno predvidljivost in dosleden razvoj pravnih načel.

Evropska unija je bila ustanovljena, da bi presegla velike zgodovinske delitve v Evropi z uresničevanjem ciljev skozi avtonomni pravni red. Avtonomija pripomore k integriteti sodnega postopka, hkrati pa zagotavlja pluralizem Evropske unije. Pomembno je, da Sodišču omogoča, da nastopa enotno, z enim glasom. Glede na poseben položaj Sodišča v evropski pravni strukturi nobeno drugo temeljno načelo ne more verodostojno konkurirati avtonomiji pri zagotavljanju koherentnosti pri sprejemanju njegovih odločitev. Avtonomija je najboljše izhodišče za analizo prakse Sodišča, je njegova Arhimedova točka in sinoptični pogled.

¹⁰⁵ Sodba Sodišča (tretji senat) z dne 2. aprila 2020, *Evropska komisija/Republika Poljska in drugi*, ECLI:EU:C:2020:257, združene zadeve C-715/17, C-718/17 in C-719/17.

¹⁰⁶ Sodba Sodišča (veliki senat) z dne 20. marca 2018, *Evropska komisija proti Republiki Avstriji*, ECLI:EU:C:2018:194, zadeva C-187/16.

Avtonomije ne smemo razumeti zgolj kot ščit nasproti drugim pravnim sistemom, čeprav opravlja tudi to funkcijo. Avtonomija, ki sicer ni izrecno omenjena ali vidna v večini zadev, je vedno prisotna in usmerja odločanje Sodišča ter je tako vsaj ozadje vsake odločitve Sodišča. Avtonomija nenehno zagotavlja splošno koherentnost odločanja Sodišča in je zato osrednjega pomena za njegovo normativno strukturo. Odvetniki in državljani, ki kakorkoli sodelujejo pri odločanju Sodišča, bi spregledali avtonomijo sebi v škodo. To se delno kaže tudi v slovenskih primerih pred Sodiščem.

Omejeno pojasnjevanje razlogovanja Sodišča zgolj skozi prizmo vzpostavljanja notranjega trga ali pospeševanja integracije bi napačno opredelilo razlogovanje Sodišča in spregledalo njegovo izpopolnjenost. Ni mogoče zanikati, da je Sodišče dejansko imelo ključno vlogo pri oblikovanju notranjega trga, vendar je to le eden od številnih delnih ciljev Pogodbe, ki služijo širšemu končnemu cilju ustanoviteljev, kot izhaja iz Schumanove deklaracije. Sektorski cilji, kot sta svobodna konkurenca ali notranji trg, so namenjeni zgolj zagotavljanju daljnosežnejših ciljev Evrope, kot sta preprečevanje vojn in združevanje močno razdeljene celine, in splošne sodne prakse Sodišča ni mogoče rekonstruirati v takih delnih pogledih.

Vsa liberalna sodišča se lahko sklicujejo na koherentnost svojega razlogovanja.¹⁰⁷ Vendar se nobeno drugo sodišče ne more sklicevati na avtonomijo, določeno v njegovem posebnem institucionalnem in normativnem okviru. Posebno pluralistično prizadevanje za stalno preoblikovanje avtonomije, da bi dosegli različne cilje, določene v Pogodbi, ki Evropo povezujejo v edinstvenem ontološkem smislu, potrjuje *sui generis* naravo Evropske unije.

Literatura

- Ankersmit, L. (2018) *Achmea: le début de la fin du RDIE en et avec l'Europe ?* <<https://www.iisd.org/itn/fr/2018/04/24/achmea-the-beginning-of-the-end-for-isds-in-and-with-europe-laurens-ankersmit>> (dostop: 1. julij 2022).
- Barents, R. (2004) *The Autonomy of Community Law*. Haag: Kluwer Law International.
- Berlin, I. (1997) 'An Essay on Tolstoy's View of History', v Hardy, H., in Hausheer, R. (ur.) (2013) *The Proper Study of Mankind: An Anthology of Essays*. London: Vintage.
- Čapeta, T. (2015) 'Ideology and Legal Reasoning at the European Court of Justice' v Perišin, T., in Rodin, S. (ur.) (2018) *The Transformation or Reconstitution of Europe: The Critical Legal Studies Perspective on the Role of the Courts in the European Union*. Oxford: Bloomsbury Publishing, str. 89–119.
- De Búrca, G. (2009) 'The EU, the European Court of Justice and the International Legal Order after Kadi', *Harvard Journal of International Law* 1(51), str. 1–52.

¹⁰⁷ Sargentich, 2018.

- De Witte, B. (2010) 'European Union Law: How Autonomous is its Legal Order?', *Zeitschrift für öffentliches Recht* 65(1), str. 141–155.
- De Witte, B. (2012) 'Direct Effect, Supremacy and the Nature of the Legal Order', v Craig, P., in De Búrca, G. (ur.) (2012) *The Evolution of EU Law*. Oxford: Oxford University Press, str. 323–362.
- De Witte, B. (2014) 'A Selfish Court? The Court of Justice and the Design of International Dispute Settlement Beyond the European Union', v Cremona, M., in Thies, A. (ur.) (2014) *The European Court of Justice and External Relations Law: Constitutional Challenges*. Oxford: Hart Publishing, str. 33–46.
- Duić, D. (2015) 'The concept of coherence in EU law', *Zbornik Pravnog Fakulteta u Zagrebu* 65(3-4), str. 537–554.
- Eckes, C. (2020) 'The autonomy of the EU legal order', *Europe and the World: A Law Review* 4(1), str. 2–19.
- Eeckhout, P. (2015) 'Opinion 2/13 on EU Accession to the ECHR and Judicial Dialogue: Autonomy or Autarky?', *Fordham International Law Journal* 38(4), str. 955–992.
- Osterhoudt Berkey, J. (1998) 'The European Court of Justice and Direct Effect for the GATT: A Question Worth Revisiting', *European Journal of International Law* 9, str. 626–657.
- Fennelly, N. (1996) Legal Interpretation at the European Court of Justice, *Fordham International Law Journal* 20(3) str. 656–679.
- Gaffney, J. P. (2018) 'Slovak Republic v. Achmea: A Disproportionate Judgment?' <<http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2018/09/14/slovak-republic-v-achmea-a-disproportionate-judgment>> (dostop: 1. julij 2022).
- Halberstam, D. (2015) 'It's the Autonomy, Stupid!' A Modest Defense of Opinion 2/13 on EU Accession to the ECHR, and the Way Forward', *German Law Journal* 16(1), str. 105–146
- Klabbers, J. (2008) *Treaty Conflict and the European Union*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Kochenov, D. (2015) 'EU Law without the Rule of Law: Is the Veneration of Autonomy Worth It?', *Yearbook of European Law* 34(1), str. 74–96.
- Kochenov, D. (2020) 'EU Citizenship: Some Systemic Constitutional Implications', v: Cambien, N., Kochenov, D., in Muir, E. (ur.) (2020) *European Citizenship under Stress*. Amsterdam: Brill, str. 11–27.
- Koskenniemi, M. (2007) 'International Law: Constitutionalism, Managerialism and the Ethos of Legal Education', *European Journal of Legal Studies* 1(1), str. 1–18.

- Kukovec, D. (2015) 'Law and the Periphery', *European Law Journal* 21(3), str. 406–428.
- Kukovec, D. (2015) 'Taking Change Seriously: The Rhetoric of Justice and the Reproduction of the Status Quo', v Kochenov, D., De Búrca, G., in Williams, A. (ur.) (2015) *Europe's Justice Deficit*. London: Bloomsbury Publishing, str. 319–336.
- Ladenburger, C. (2020) 'The Principle of Mutual Trust between Member States in the Area of Freedom, Security and Justice', *Zeitschrift für Europarechtliche Studien* 23(3), str. 373–407.
- Lavranos, N. (2010) 'Protecting European Law from International Law', *European Foreign Affairs Review* 15(2), str. 265–821.
- Lebeck, C. (2011) 'National constitutionalism, openness to international law and the pragmatic limits of European Integration European law in the German constitutional court from EEC to the PJCC' v Miller, R. A., in Zumbansen, P. C. (ur.) (2011) *Comparative Law as Transnational Law: A Decade of the German Law Journal*. Oxford: Oxford University Press, str. 165–198.
- Lenaerts, K. (2019) 'The Autonomy of European Union Law', *AISDUE* 6. Bari: Cacucci Editore.
- Malenovský, J. (2015) 'Comment tirer parti de l'avis 2/13 de la Cour de l'Union européenne sur l'adhésion à la Convention européenne des droits de l'homme', *Revue générale de droit international public* 119(4), str. 705–742.
- Meeusen, J. (2020) 'The "Logic of Globalization" Versus the "Logic of the Internal Market": A New Challenge for the European Union', *AUC – Iuridica* 4, str. 19–29.
- Micklitz, H., in Reich, N. (2014) 'The Court and Sleeping Beauty: The Revival of the Unfair Contract Terms Directive', *Common Market Law Review* 51(3), str. 771–808.
- Molnár, T. (2016) 'Revisiting the External Dimension of the Autonomy of EU Law: Is There Anything New Under the Sun?', *Hungarian Journal of Legal Studies* 57(2), str. 178–197.
- Moreno Lax, V. (2019) 'The Axiological Emancipation of a (Non) Principle: Autonomy, International Law and the EU Legal Order, v Govaere, I., in Garben, S. (ur.) (2019) *The Interface Between EU and International Law*. Oxford: Hart Publishing, str. 45–72.
- Mulder, J. (2018) 'Unity and Diversity in the European Union's Internal Market Case Law: Towards Unity in 'Good Governance'', *Utrecht Journal of International and European Law* 34(1), str. 4–23.

- Odermatt, J. (2016) 'When a Fence becomes a Cage: The Principle of Autonomy in EU External Relations Law', EU Working Paper 2016/7.
- Peers, S. (2021) 'Negotiations for EU accession to the ECHR relaunched – overview and analysis' <<http://eulawanalysis.blogspot.com/2021/01/negotiations-for-eu-accession-to-echr.html?m=1>> (dostop: 1. julij 2022).
- Picod, F. (2015) 'La Cour de justice a dit non à l'adhésion de l'Union européenne à la Convention EDH. - Le mieux est l'ennemi du bien, selon les sages du plateau du Kirchberg', *La Semaine juridique* 6, str. 230–234.
- Prechal, S., in Van Roermund, B. (2008) *The Coherence of EU Law: The Search For Unity In Divergent Concepts*. Oxford: Oxford University Press.
- Rosas, A., in Armati, L. (2018) *EU Constitutional Law*. Oxford: Hart Publishing.
- Šadl, U., in Bengoetxea, J. (2017) 'Theorising General Principles of EU Law in Perspective: High Expectations, Modest Means and the Court of Justice' v Vogenauer, S., in Weatherill, S. (ur.) (2017) *General Principles of Law: European and Comparative Perspectives*. Oxford: Hart Publishing, str. 41–52.
- Šadl, U. (2015) 'The role of effet utile in preserving the continuity and authority of European Union law: Evidence from the citation web of the pre-accession case law of the court of justice of the EU', *European Journal of Legal Studies* 8(1), str. 18–45.
- Sargentich, L. (2018) *Liberal legality: A Unified Theory of Our Law*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Schilling, T. (1996) 'The Autonomy of the Community Legal Order: An Analysis of Possible Foundations', *Harvard International Law Journal* 37(2), str. 389–410.
- Schütze, R. (2007) 'EC Law and International Agreements of the Member States: An Ambivalent Relationship?' *Cambridge Yearbook of European Legal Studies* 9, str. 387–440.
- Somek, A. (2012) 'From Workers to Migrants, from Distributive Justice to Inclusion: Exploring the Changing Social Democratic Imagination', *European Law Journal* 18(5) str. 711–726.
- Somek, A. (2020) Liberalism and the Reason of Law, *Modern Law Review* 84(2), str. 394–409.
- Spaventa, E. (2015) 'A Very Fearful Court? The Protection of Fundamental Rights in the European Union after Opinion 2/13', *Maastricht Journal of European and Comparative Law* 22(1), str. 35–56.
- Stein, E., in Halberstam, D. (2009) 'The United Nations, The European Union and the King of Sweden: economic sanctions and individual rights in a plural world order', *Common Market Law Review* 46(1), str. 13–72.

- Vajda, C. (2019) 'Achmea and the Autonomy of the EU Legal Order', *LAWTTIP Working Papers* 1, str. 9–19.
- Van Rossem, J. W. (2013) 'The Autonomy of EU Law: More is Less?' v Wessel, R. A., in Blockmans, S. (ur.) (2013) *Between Autonomy and Dependence The EU Legal Order under the Influence of International Organisations*. Haag: T.M.C. Asser Press, str. 13–46.
- Weiler, J. H. H., in Haltern, U. R. (1996) 'The Autonomy of the Community Legal Order – Through the Looking Glass', *Harvard International Law Journal* 37(2), str. 411–448.
- Ziegler, K. S. (2017) 'Autonomy: From Myth to Reality – or Hubris on a Tightrope? EU Law, Human Rights and International Law' v Douglas-Scott, S., in Hatzis, N. (ur.) (2017) *Research Handbook on EU Human Rights Law*. Northampton: Edward Elgar, str. 267–308.

3

Izvirni znanstveni članek / *Scientific article*

UDK / UDC: 347.991:347.962(497.4)

347.9:347.962:061.1EU

DOI: 10.51940/2022.1.69-96

*Jaka Kukavica**

Otok sredi Evrope? Vpetost Vrhovnega sodišča RS v evropski mednarodni dialog

1. Uvod

»Noben človek ni otok, povsem sam zase; vsak človek je kos celine, del kopne zemlje; če morje odplavi grudo prsti, je Evropa manjša« je v Meditaciji 17 zapisal John Donne, ki je opozarjal na neizogibno povezanost in soodvisnost med ljudmi, ki tvorijo skupnost; ta je več kot zgolj seštevek svojih delov. Čeprav je soodvisnost med posamezniki v skupnosti nesporna, bi bilo že skoraj anekdotično pripomniti, da vsi člani skupnosti niso med seboj enaki. Nekateri so s skupnostjo bolj povezani in vanjo vpeti, drugi manj; nekateri skupnosti prispevajo več, drugi manj; in nekateri so njeni vidni predstavniki, ki pomembneje vplivajo na njen razvoj, spet drugi pa so njeni bolj anonimni člani.

Tak (metaforičen) prikaz skupnostnih odnosov ne velja zgolj za že skoraj metafizično skupnost človeštva v smislu, v katerem je o njej razmišljal Donne, ampak opisuje, *mutatis mutandis*, tudi razmerja med člani različnih skupnosti nasploh. Z razmahom informacijske tehnologije in zaradi ekonomske globalizacije se je v zadnjih desetletjih izoblikovala tudi globalna skupnost sodišč.¹ Ta se kaže v dialogu med različnimi sodišči na različnih ravneh in na različne načine.² Mednarodna sodišča in arbitražni tribunali se v odločitvah

* *Doktorski raziskovalec, European University Institute. Asistent na Pravni fakulteti Univerze v Ljubljani, jaka.kukavica@pf.uni-lj.si. Za povabilo k sodelovanju pri raziskovalnem projektu Judicial Networks between Supreme Courts in Europe se zahvaljujem Mathiasu Siemu. Za plodno sodelovanje pri zbiranju podatkov in pri pisanju preostalih prispevkov, ki so nastali znotraj tega projekta, se zahvaljujem vsem sledečim raziskovalcem: Sabrina D'Andrea, Folker de Witte, Nikita Divissenko, Maria Fanou, Anna Krisztián, Nastazja Potočka-Sionek, Mathias Siems in Vasiliki Yiatrou.*

¹ Slaughter, 2003.

² Slaughter, 1994.

sklicujejo na odločitve drugih mednarodnih sodišč; nacionalna ustavna in vrhovna sodišča se sklicujejo na odločitve mednarodnih sodišč in pošiljajo predhodna vprašanja na regionalna sodišča; nacionalna sodišča pa se čedalje pogosteje sklicujejo na odločitve drugih nacionalnih sodišč.³ Dialog med sodišči poteka tudi na bolj neformalne načine, prek različnih pravniških ali sodniških združenj, mrež, konferenc in drugih mehkejših načinov, prek katerih pride do izmenjave idej med sodniki.⁴ Obstoj opisane globalne skupnosti sodišč, ki je bila v izhodišču pretežno teoretski pojem, je bil v zadnjem času vedno pogosteje potrjen tudi empirično.⁵

Zaradi primerjalno močno razvite integracije skozi »vse tesnejšo zvezo med narodi Evrope«⁶ je skupnost med sodišči še posebno tesno povezana prav v evropskem pravem prostoru.⁷ Odnosi med sodišči držav članic EU in Sodiščem EU so bili skozi zgodovino evropske integracije redno na tnalu.⁸ Redoma je tudi že preizpraševano razmerje med nacionalnimi sodišči in Evropskim sodiščem za človekove pravice (ESČP).⁹ Zadevi *Bosphorus*¹⁰ in *Mnenje 2/13*¹¹ sta znatno pospešili raziskovanje odnosa med ESČP in Sodiščem EU, ki je danes že stalnica na meniju evropskih ustavnih pravnikov.¹² Prav tako dobro raziskan, teoretično in empirično, je tudi že dialog med evropskimi ustavnimi sodišči.¹³ Celo v slovenskem akademskem prostoru smo že bili priča (sicer metodološko izrazito vprašljivim) poskusom empirične opredelitve vpetosti Ustavnega sodišča Republike Slovenije v sodniški dialog med ustavnimi sodišči držav članic EU.¹⁴

Do nedavnega spregledan element tega pojava, in ena bolj izrazitih slepih točk literature o medsodniškem dialogu v Evropi, pa je do pred kratkim bil dialog med vrhov-

³ Ackerman, 1997; Lester, 1988; Glenn, 1986.

⁴ Najbolj izpostavljeni od teh v Evropi sta Mreža predsednikov vrhovnih sodišč EU (*Network of the Presidents of the Supreme Judicial Courts of the European Union*) in Konferenca evropskih ustavnih sodišč (*Conference of European Constitutional Courts*). O vplivu neformalnih mrež sodnikov glej Mak, 2021; Benvenuti, 2015; Claes in de Visser, 2012; Lazega, 2012.

⁵ Ng in Jacobson, 2017; Zaring, 2006.

⁶ Glej Preambulo Pogodbe o delovanju Evropske unije (PDEU).

⁷ Bobek, 2013; Andenas and Fairgrieve, 2009, str. 840; Bingham, 1992, str. 513; Andenas and Fairgrieve, 2004, str. xxxi; Mance, 2001, str. 415.

⁸ Slaughter, Stone Sweet in Weiler, 1998; Alter, 2000; Glavina, 2020; Krommendijk, 2020.

⁹ Djeffal, 2016; Ulfstein, 2016; Føllesdal, Peters in Ulfstein, 2013, poglavja 1–6; Martinico, 2012; Bjorge, 2011; Keller in Sweet, 2008.

¹⁰ Sodba ESČP v zadevi *Bosphorus Hava Yolları Turizm ve Ticaret Anonim Şirketi proti Irski*, št. 45036/98, z dne 30. junija 2005.

¹¹ *Mnenje Sodišča EU v zadevi Mnenje 2/13* (pristop Unije k EKČP) z dne 18. decembra 2014, ECLI:EU:C:2014:2454.

¹² Dzehtsiarou, Konstadinides in Lock, 2016; Glas in Krommendijk, 2017.

¹³ Ferrari, 2020; Muller in Kjos, 2018; Groppi in Ponthoreau, 2013; Claes idr., 2012.

¹⁴ Gregorič, 2018.

nimi sodišči držav članic EU.¹⁵ Ta prispevek je del širšega projekta, ki si prizadeva to slepo točko odpraviti z empiričnim in multimetodološkim (kvantitativno-kvalitativnim) preučevanjem specifične manifestacije te vrste evropskega med sodniškega dialoga: medsebojnih sklicev med vrhovnimi sodišči držav članic EU.¹⁶ V širšem projektu skušamo identificirati in analizirati primere, v katerih se vrhovno sodišče ene države članice EU v svoji sodbi sklicuje na sodbo vrhovnega sodišča druge države članice – tj. primere, ko se, na primer, nemški *Bundesgerichtshof* v svoji sodbi sklicuje na sodbo avstrijskega *Oberster Gerichtshofa* ali pa francoskega *Cour de cassation*. V statistični populaciji vseh dostopnih sodb, ki jih je 28 vrhovnih sodišč držav članic sprejelo v obdobju med 2000–2018, smo identificirali vse primere, v katerih so se vrhovna sodišča medsebojno sklicevala.¹⁷ V približno 1.330.000 odločitvah vrhovnih sodišč iz relevantnega obdobja smo identificirali 2.984 takih sklicev,¹⁸ po podrobnem pregledu in kodiranju sklicev za namene nadaljnjih prispevkov pa smo končno število sklicev popravili na 2.967 sklicev.

Ta prispevek se ne osredotoča na širšo sliko med sodniškega dialoga v Evropi – to smo storili v drugih že objavljenih in prihajajočih prispevkih.¹⁹ Ravno obratno, na podlagi podatkovne baze,²⁰ sestavljene v omenjenem raziskovalnem projektu, se prispevek osredotoča na Vrhovno sodišče Republike Slovenije (VSRS) in želi opredeliti ter preizprašati položaj in vpetost Vrhovnega sodišča RS v evropski pravni prostor skozi med sodniški dialog. Predsednik Vrhovnega sodišča Damijan Florijančič je nedavno na to temo izrazil

¹⁵ Pri tem pa je treba opozoriti, da so bile izvedene študije o tem, kako nekatera vrhovna sodišča držav EU komunicirajo s tujimi sodišči in tujim pravom nasploh, ne pa konkretno s preostalimi (vrhovnimi) sodišči EU. Glej na primer Mak, 2013; Bobek, 2013; Mak, 2012; Flanagan in Ahern, 2011; Mak, 2011.

¹⁶ Omenjen projekt je sicer temeljita nadgradnja predhodnega projekta, ki je potekal med letoma 2012 in 2014 na Univerzi v Durhamu (Združeno kraljestvo) in na Univerzi Fordham (ZDA, NY). Cilj prejšnjega projekta je bil obravnavati sodniški dialog v Evropi prek identifikacije, kontekstualizacije in analize vseh medsebojnih citatov med devetimi vrhovnimi sodišči držav članic EU in Švice v obdobju med letoma 2000 in 2007: Anglija in Wales, Avstrija, Belgija, Francija, Irska, Italija, Nemčija, Nizozemska in Španija. Avtorja sta identificirala in analizirala 1.430 medsebojnih citatov v 636.172 odločitvah evropskih vrhovnih sodišč. Za izsledke projekta glej Gelter in Siems, 2012; Gelter in Siems, 2013, Gelter in Siems, 2014.

¹⁷ Ker obdobje študije zajema čas pred izhodom Združenega kraljestva iz EU, smo vanjo vključili tudi *House of Lords/Supreme Court* Združenega kraljestva.

¹⁸ Za ostale že objavljene rezultate projekta glej D'Andrea idr., 2021. Pri tem številu gre za število sklicev in ne za število odločitev s sklici. V primerih, ko se je vrhovno sodišče sklicevalo na več drugih vrhovnih sodišč, smo v štetje vključili vse sklice, nismo pa vključili več sklicev na isto vrhovno sodišče znotraj ene odločitve. Na primer, odločitev Vrhovnega sodišča RS, ki bi se sklicevala na štiri odločitve avstrijskega vrhovnega sodišča in na eno odločitev nemškega sodišča, bi dala za namene našega štetja dva sklica.

¹⁹ D'Andrea idr., 2021; De Witte idr., v tisku; Siems, 2022.

²⁰ Prečiščena podatkovna baza je objavljena na spletni strani projekta in je dostopna na spletišču <<http://cross-citations.blogspot.com>>.

zadovoljstvo, saj naj bi bilo slovensko sodstvo »prepoznavno v okviru EU in širše«. ²¹ Ali taka ocena vloge slovenskega sodstva, ki ga paradno predstavlja prav Vrhovno sodišče, prenese empirično presojo? Kakšna je zares vloga Vrhovnega sodišča RS v medsodniškem dialogu v EU: kako pogosto se Vrhovno sodišče sklicuje na druga evropska vrhovna sodišča in obratno; kako pogosto se vrhovna sodišča drugih držav članic EU sklicujejo na Vrhovno sodišče RS. Kakšni so morebitni razlogi za takšno stanje? Ali je VSRS res enakovreden sogovornik in aktiven udeleženec v medsodniškem dialogu, ali pa je otoček sredi Evrope, relativno izoliran anonimus znotraj evropske skupnosti sodišč?

Prispevek bo odgovoril na postavljena vprašanja na naslednji način. V drugem delu bo osvetlil metodološki pristop k identifikaciji sklicev med evropskimi vrhovnimi sodišči. V tretjem delu se bo prispevek osredotočil na Vrhovno sodišče RS in predstavil, kako pogosto se slednje aktivno vključuje v evropski medsodniški dialog prek sklicev na preostala evropska vrhovna sodišča, ter poiskal razlage za tako strukturo sklicev. V četrtem delu bo prispevek predstavil, kako pogosto je Vrhovno sodišče RS pasivno vključeno v evropski medsodniški dialog. Z drugimi besedami, četrti del predstavi, kako pogosto se druga evropska vrhovna sodišča sklicujejo na Vrhovno sodišče RS in, vnovič, poišče možne razlage za tak vzorec sklicev. Peti del zaključí.

2. Metodologija

V tem prispevku analiziramo, kot že omenjeno, relevantne dele podatkovne baze, ki je bila sestavljena za namene širšega raziskovalnega projekta in ki vključuje vse dostopne odločitve evropskih vrhovnih sodišč, ki vsebujejo sklic na odločitev vrhovnega sodišča druge države članice EU. V izogib vsakokratnemu izčrpnemu (in izčrpavajočemu) navedenju metodologije sestave podatkovne baze, bomo tu izpostavili zgolj tiste metodološke poudarke, ki so pomembni za razumevanje tega prispevka oziroma so zanj še posebej relevantni. Za vse ostale podrobnosti glede zbiranja podatkov bomo bralca na ustreznih mestih napotili na druge prispevke, objavljene v okviru projekta, ki te podrobnosti v celoti pojasnjujejo. ²²

Podatkovno bazo vseh sklicev med vrhovnimi sodišči držav članic EU ²³ na področju zasebnega prava (angl. *private law*) v obdobju 2000–2018, ki predstavlja osnovo tega prispevka, smo sestavili z iskanjem vnaprej določenih iskalnih gesel v podatkovnih bazah odločitev vrhovnih sodišč v vseh 28 državah članicah EU. ²⁴ Metodo iskanja lahko

²¹ Tavčar, 2022.

²² Na splošno, za vsa podrobnejša metodološka pojasnila glede tega dela širše študije glej D'Andrea idr., 2021, str. 501–505 in 526–533.

²³ Za tabelo vseh 28 sodišč, vključenih v študijo, vključno s seznamom podatkovnih baz, ki smo jih uporabili za iskanje sklicev v sodni praksi vključenih sodišč, glej prav tam, str. 502–504.

²⁴ Prav tam.

najlažje prikažemo na primeru Vrhovnega sodišča RS, kjer smo za iskanje uporabili javno podatkovno bazo in integrirani iskalnik na spletišču sodnapraksa.si.²⁵ Vnaprej smo pripravili širok nabor iskalnih gesel, ki smo jih na enak način uporabili pri iskanju po podatkovnih bazah vseh vrhovnih sodišč EU, kar zagotavlja primerljivost pridobljenih rezultatov. Široko mrežo, čeprav je zahtevala večji časovni vložek, smo vrgli v izogib čim več lažno negativnim rezultatom, tj. odločitvam, ki bi vsebovale sklice na odločitve drugih evropskih vrhovnih sodišč, ampak jih iskalnik iz različnih razlogov ne bi zaznal. Tako smo za vsako evropsko vrhovno sodišče iskali vse izvedbe imena sodišča v izvorniku, vse izvedbe kratice sodišča v izvorniku, vse izvedbe imena sodišča v slovenščini v vseh relevantnih sklonih in iskanje »sodne prakse« relevantnega sodišča. Na primer, sklice Vrhovnega sodišča RS na odločitve avstrijskega vrhovnega sodišča smo iskali z iskanjem gesel »*Oberster Gerichtshof*«, »OGH«, »vrhovno sodišče republike avstrije« v vseh sklonih, »vrhovno sodišče avstrije« v vseh sklonih, »avstrijsko vrhovno sodišče« v vseh sklonih in »avstrijska sodna praksa« v vseh sklonih. V primerih, ko je neko vrhovno sodišče v obdobju raziskave uporabljalo več kot eno ime, smo postopek smiselno ponovili za obe imeni.²⁶ Prav tako smo široko iskali v primerih, ko se tuje najvišje redno sodišče ne imenuje vrhovno sodišče, ampak bodisi kasacijsko sodišče²⁷ bodisi višje sodišče²⁸ ali pa pritožbeno sodišče.²⁹ V teh primerih smo nabor iskalnih gesel še podvojili in iskali sklice na, recimo, italijansko vrhovno sodišče in italijansko kasacijsko sodišče.

Iskali smo vse odločitve evropskih vrhovnih sodišč, ne le končnih sodb. V primeru Vrhovnega sodišča RS to pomeni, da smo iskali in vključili sklice v vseh 38,020 sodbah in sklepkih, vključno s sklepi o dopustitvi revizije, ki jih je Vrhovno sodišče RS sprejelo v relevantnem obdobju v nekazenskih zadevah, tj. v zadevah, ki so spadale pod pristojnost, takrat še ločenih, Civilnega in Gospodarskega oddelka, Delovno-socialnega oddelka in Upravnega oddelka Vrhovnega sodišča. Razloga za omejitev obsega raziskave na zadeve zasebnega prava, pri čemer smo zasebno pravo razlagali izrazito široko in vključili tudi očitno javnopravne primere, kadar so ti vsebovali zasebnopravni element, sta dva. Prvič, sodniški dialog v zadevah javnega prava je bil doslej precej bolj raziskan kot sodniški

²⁵ Podatkovna baza vključuje vse judikate Vrhovnega sodišča RS od leta 1993 naprej in tako zajema celotno obdobje študije. Dostopna je na <<https://www.sodnapraksa.si>> (dostop: 14. junij 2022).

²⁶ Taka so bila tri sodišča: belgijski *Cour de cassation/Hof van Cassatie*, madžarski *Magyarország Legfelsőbb Bírósága*, od leta 2012 *Kúria*, in v Združenem kraljestvu *House of Lords*, od leta 2009 *UK Supreme Court*.

²⁷ Takih je bilo pet sodišč: belgijski *Cour de cassation/Hof van Cassatie*, bolgarski *Vърховен касационен съд*, francoski *Cour de cassation*, italijanski *Corte Suprema di Cassazione* in luksemburški *Cour de cassation*.

²⁸ Tako je bilo romunsko *Înalta Curte de Casație și Justiție* (Višje kasacijsko sodišče), kjer pa smo šteli iskalnih gesel kar potrojili in iskali sklice na romunsko vrhovno, višje in kasacijsko sodišče.

²⁹ Tak je bil malteški *Court of Appeal*.

dialog v zasebnopravnih zadevah.³⁰ Drugič, evropska integracija se je skozi svojo zgodovino pretežno ukvarjala z vzpostavitvijo enotnega notranjega trga skozi (široko koncipirano) zasebnopravne mehanizme.³¹ Kazensko pravo – in tudi kaznovalno pravo nasploh – je imelo v procesu integracije zanemarljivo vlogo v primerjavi z zasebnim pravom. Relevantnost kazenskega prava v primerjalnopravnih projektih pa omejujejo tudi njemu lastne stroge koncepcije načela zakonitosti, ki primerjalnopravnemu argumentu v sodniškem razlogovanju jemljejo veljavo.³²

Vse zadetke, ki smo jih z uporabo opisane iskalne metode dobili, smo nato še ročno pregledali in izločili lažno pozitivne rezultate. Pri tem smo izločili rezultate, ki se niso izrecno sklicevali na odločitev vrhovnega sodišča ali njegove sodne prakse. Splošnega sklicevanja na »tuyo sodno prakso«³³ ali pa na »nemško sodno prakso«³⁴ nismo upoštevali in smo takšne rezultate izločili. Upoštevali pa smo vse sklice, v katerih je Vrhovno sodišče RS izrecno omenilo vrhovno sodišče druge države članice EU. Skladno s tem pristopom smo tako upoštevali sklic na »sodno prakso avstrijskega vrhovnega sodišča«,³⁵ čeprav v besedilu ali v opombah odločitve sklicujočega se sodišča ni bilo sklica na konkretno odločitev iz citirane sodne prakse drugega vrhovnega sodišča. Ob ročnem pregledu smo prav tako izločili primere, ki so bili kazenskopравни ali strogo javnopravni in tako niso bili znotraj obsega raziskave.

Čeprav smo se z ročnim pregledom vseh zadetkov lahko izognili lažno pozitivnim rezultatom, pa je treba priznati, da še tako natančna metoda iskanja ne more zagotoviti, da bi se izognili tudi vsem lažno negativnim rezultatom. Čeprav smo bili pri tem v veliki meri odvisni od popolnosti nacionalnih podatkovnih baz in kakovosti iskalnikov po teh bazah,³⁶ pa dobljeni rezultati vendarle dajejo natančen vpogled v dinamiko medsodniškega dialoga v Evropi. To še zlasti velja za opredelitev položaja Vrhovnega sodišča RS v tem dialogu, saj zaradi primerjalno dobro razvite informacijske infrastrukture, popolnosti podatkovne baze v raziskovanem obdobju in naprednega ter uporabniku prijaznega iskalnika po podatkovni bazi sodnapraks.si pri zbiranju podatkov nismo imeli težav, ki so se redno pojavljale pri raziskovanju sodne prakse številnih drugih evropskih vrhovnih sodišč.³⁷

³⁰ D'Andrea idr., 2021, str. 499.

³¹ Prav tam. O pomembnosti vloge zasebnega uveljavljanja sicer javnopravnih trgovinskih obveznosti v zgodovinskem razvoju prava EU glej Phelan, 2019. Za nekoliko kritičen pogled glej Kukavica, 2022.

³² O načelu zakonitosti v kazenskem pravu v evropskih pravnih redih glej Peristeridou, 2015.

³³ Sodba Vrhovnega sodišča RS II Ips 384/2009 z dne 19. maja 2011, točka 16.

³⁴ Sodba Vrhovnega sodišča RS III Ips 81/2013 z dne 20. januarja 2015, točka 13.

³⁵ Sodba Vrhovnega sodišča RS III Ips 51/2015 z dne 22. novembra 2016, točka 10.

³⁶ Za več podrobnosti glede transparentnosti, dostopnosti sodb in popolnosti splošnega vzorca glej D'Andrea idr., 2021, str. 504 in 526–533.

³⁷ Prav tam.

3. Aktivna udeležba Vrhovnega sodišča RS v evropskem med sodniškem dialogu

S pojmom aktivne udeležbe v evropskem med sodniškem dialogu imamo v mislih vprašanje, kako pogosto se Vrhovno sodišče RS samo – torej aktivno – vključuje v dialog z vrhovnimi sodišči drugih držav članic EU. Natančneje nas zanima, kako pogosto in na kakšen način se Vrhovno sodišče RS sklicuje na odločitve drugih evropskih vrhovnih sodišč v svojih odločitvah. Prav temu vprašanju je namenjena razprava, ki sledi v tem delu.

3.1. Splošno o sklicih med sodišči kot manifestaciji med sodniškega dialoga

Preden se spustimo v podrobno empirično analizo kako – in če sploh – Vrhovno sodišče RS razpravlja z drugimi evropskimi vrhovnimi sodišči, se je treba vprašati, kakšne vzorce sklicevanja sploh lahko pričakujemo? Kateri dejavniki naj bi vplivali na to, ali bodo sodišča uporabila – kot ga je imenovalo Vrhovno sodišče RS – »primerjalno-pravni podkrepitevni argument«³⁸ in se v odločitvi sklicevala na odločitve tujih sodišč? Primerjalnopravna literatura je izoblikovala seznam dejavnikov, ki vplivajo na to, ali se bodo sodišča sklicevala na odločitve svojih sodniških kolegov v tujini in na sodišča iz katerih držav se bodo najverjetneje sklicevala.

Ne glede na metodološko naravo znanstvenih prispevkov – naj gre za teoretično razpravo, empirično raziskavo, ali za intervjuje s sodniki – so v literaturi med poglavitnimi dejavniki, ki vplivajo na pogostost in naravo sklicevanja sodišč na tuja sodišča, redno izpostavljeni jezikovni dejavniki.³⁹ Razumljivo, če sodnik ne govori jezika, v katerem je napisana tuja sodba, je malo verjetno, da se bo na to tujejezično sodbo skliceval. Pri tem je treba razlikovati med tremi relevantnimi jezikovnimi dejavniki. Prvič, pozorni moramo biti na podobnosti med uradnima jezikoma sklicujočega se sodišča in sodišča, na odločitev katerega se sklicujoče sodišče sklicuje. Zaradi podobnosti med jezikoma je verjetneje, da se bo slovensko Vrhovno sodišče v svojih odločitvah sklicevalo na hrvaško kot pa na finsko vrhovno sodišče. Drugič, upoštevati je treba tudi obseg in strukturo poliglotizma v posamezni državi. Pritožbeno sodišče na Malti, kjer večina prebivalstva poleg malteščine govori tudi italijansko in angleško, se bo verjetneje sklicevalo na italijansko in angleško vrhovno sodišče kot pa na odločitve švedskega vrhovnega sodišča. In zadnjič, čeprav težje merljivo, pa zato na mikro ravni nič manj pomembno, je tudi znanje jezikov vsakega posameznega sodnika, ki bo v bistvenem determiniralo, ali bo sodnik v osnutek sodbe vključil sklic na tujo sodno prakso ali ne. Glede na zapisano bi pričakovali, da se Vrhovno sodišče RS največkrat sklicuje na hrvaško in angleško vrhovno sodišče, nemški *Bundesgerichtshof*, avstrijski *Oberster Gerichtshof* in italijanski *Corte Suprema di*

³⁸ Sklep Vrhovnega sodišča RS II Ips 77/2019 z dne 28. avgusta 2020, točka 24.

³⁹ Mak, 2011, str. 446; Gelter in Siems, 2012, str. 98; Gelter in Siems, 2013, str. 266.

Cassazione. Po zadnji raziskavi Eurobarometra namreč v Sloveniji 61 % prebivalstva vsaj pogovorno govori hrvaško, 59 % angleško, 42 % nemško, zanemarljiv pa ni niti delež italijansko govorečih prebivalcev.⁴⁰

Poleg jezikovnih dejavnikov primerjalnopravna literatura redno navaja tudi podobnost med primerjanima pravnima sistemoma kot enega od odločilnih dejavnikov pri tem, ali se bo sodnik oziroma sodišče sklicevalo na odločitve tujega sodišča.⁴¹ Relevantne so tako podobnosti v širšem smislu – za članstvo v isti *common law* ali *civil law* pravni družini ali za podoben pravnozgodovinski razvoj posameznih pravnih področij, na primer sledenje rimskopravni tradiciji – kot tudi za podobnosti v ožjem smislu – za prenos (t.i. transplantacijo)⁴² pravnih institutov iz enega sistema v drugega, ali pa za podobnost med dvema državama, ki sta nekoč bili del ene države. S tem tesno povezan dejavnik je tudi poznavanje tujega pravnega sistema. Bolj kot sta si pravna reda med seboj podobna, bolj je verjetno, da bo povprečen sodnik tuj pravni red poznal. In bolj kot povprečen sodnik pozna tuj pravni red, bolj verjetno je, da se bo v svojih odločitvah nanj skliceval. Po tem merilu bi zaradi vpetosti slovenske države v pravna reda Jugoslavije in še prej Avstro-Ogrske od Vrhovnega sodišča lahko pričakovali predvsem sklice na odločitve avstrijskega in hrvaškega vrhovnega sodišča. To še zlasti velja za področje zasebnega prava zaradi trajnega vpliva Občega državljanskega zakonika in Zakona o obligacijskih razmerjih na obligacijsko pravo še v času po osamosvojitvi. Zaradi pogostega iskanja navdiha v nemškem pravu pri normodajni dejavnosti – in posledične podobnosti med pravnima redoma pri urejanju nekaterih pravnih razmerij – ne smemo zanemariti niti večje verjetnosti sklicev na odločitve nemškega vrhovnega sodišča.

Prav tako bi več sklicev na nemški *Bundesgerichtshof* lahko pričakovali na podlagi avtoritete omenjenega sodišča kot še enega od dejavnikov, ki naj bi vplivali na verjetnost, da se sklic na odločitev sodišča pojavi v odločitvi tujih sodišč. Podobno velja za *Oberster Gerichtshof*, v manjši meri pa tudi za angleški *Supreme Court*, saj so vsa tri sodišča, dve nemško govoreči pa še posebno, v slovenskem pravnem prostoru tradicionalno percipirana kot ugledna. Podobno ugotovitev zahteva tudi velikost teh držav, ki jo literatura izpostavlja kot pomemben kazalnik za sodniški dialog.⁴³ Ta kazalnik dodaja na seznam tistih, za katere je bolj verjetno, da se bodo znašla v obrazložitvi odločitve Vrhovnega sodišča RS, še francosko, italijansko, špansko in poljsko vrhovno sodišče. Čeprav enako pomembni za strukturo vzorca sklicevanja sodišč, ampak zaradi težke merljivosti z manjšo napovedno vrednostjo, so tudi dostopnost sodne prakse posameznih vrhovnih

⁴⁰ Evropska komisija, 2012, str. 21.

⁴¹ Mak, 2011, str. 436; Gelter in Siems, 2013, str. 223–224.

⁴² Za podrobnejšo razpravo o pravnih transplantantih glej Watson, 1974. Za bolj skeptičen pogled glej Legrand, 1997.

⁴³ Gelter in Siems, 2013, str. 225.

sodišč⁴⁴ in medinstitucionalni odnosi med sodišči ter medosebni odnosi med sodniki. Večja dostopnost sodne prakse in večja povezanost med sodiščema in sodniki bosta pozitivno vplivali na verjetnost, da se bo eno sodišče sklicevalo na sodno prakso drugega. Na osebno pobudo in poznanstva sodnikov v slovenskem kontekstu še poseben pomen daje dejstvo, da Sodnikov informator – publikacija, ki jo mesečno pripravlja Oddelek za spremljanje sodne prakse na Vrhovnem sodišču z namenom obveščanja sodnikov o pomembnejši sodni praksi – ne poroča o pomembnejših odločitvah tujih nacionalnih sodišč, ampak poleg pomembnejših odločitev domačih sodišč vključuje le, in še to od nedavnega, odločbe Sodišča EU in ESČP.⁴⁵

Nazadnje je treba omeniti tudi pravno kulturo in institucionalni okvir, v katerem sodišče deluje. Ta dejavnika bolj kot na to, na katero sodišče se bo drugo sodišče sklicevalo, vplivata na to, ali se sodišče sploh bo sklicevalo na tujo sodno prakso. Pri tem imata pomembno vlogo časovna obremenjenost sodnikov in tudi slog pisanja obrazložitev sodb, ki je prisoten v neki pravni kulturi. Časovno obremenjeni sodniki bodo manj verjetno iskali dodatne podporne argumente ali virov navdih v odločitvah tujih sodišč – tako časovno zamudno fakultativno delo ob pomanjkanju časa, razumljivo, ni na vrhu seznama prioritet. Slog pisanja odločitev je prav tako vreden omembe: ali sodišče svoje sodbe piše diskurzivno in podrobno obrazloži svojo odločitev, ali pa v sodbi le avtoritativno razglasi svojo odločitev, pomembno vpliva na nabor argumentov, ki se bo znašel v sodbi.⁴⁶ Po tem merilu bi bila verjetnost, da bi se Vrhovno sodišče RS v svojih odločitvah sklicevalo na odločitve drugega evropskega vrhovnega sodišča, majhna. Med vsemi 28 sodišči v našem vzorcu je namreč prav Vrhovno sodišče RS tisto, ki s povprečno dolžino 2.457 besed producira daleč najkrajše sodbe med vsemi vrhovnimi sodišči v EU. Povprečna odločitev slovenskega Vrhovnega sodišča je skoraj za polovico krajša od povprečne odločitve češkega vrhovnega sodišča, ki z dolžino 3.572 besed sledi Vrhovnemu sodišču RS z drugo najkrajšo povprečno dolžino odločitev.⁴⁷

Pomemben del pravne kulture v tem kontekstu pa je tudi odnos do uporabe zunanjih pravnih virov v argumentaciji sodišč. Tega lahko v slovenskem pravnem prostoru najbolje opišemo kot nevtralnega: čeprav do uporabe primerjalnopravnih argumentov v sodniškem odločanju ni mogoče zaznati izrazite naklonjenosti, pa hkrati tudi ni zaznati skepse, ali pa celo odklonilnega odnosa, kakršen je prisoten predvsem v ameriškem prostoru.⁴⁸

⁴⁴ D'Andrea idr., 2021, str. 526–533.

⁴⁵ Prvi Sodnikov informator, ki je poročal tudi o odločitvah Sodišča EU in ESČP, in ne le o odločitvah domačih sodišč, je bil objavljen šele marca 2021. Glej Vrhovno sodišče Republike Slovenije, 2021.

⁴⁶ De Witte idr., v tisku; Lasser, 2009.

⁴⁷ De Witte idr., v tisku, glej Appendix, Tabela 22. Hkrati je povprečna odločitev Vrhovnega sodišča RS za kar desetkrat krajša od povprečne odločitve angleškega *House of Lords/Supreme Court*, ki s povprečno dolžino 22.864 besed producira najdaljše odločitve v EU.

⁴⁸ Za uvod v razpravo v ZDA o primernosti sklicevanja na tuje pravo in odločitve tujih sodišč v sodniškem odločanju glej Frank, 2006; Larsen, 2004; Markovits, 2003; Wald, 2003; Wilkinson, 2003.

3.2. Struktura sklicev Vrhovnega sodišča RS na vrhovna sodišča drugih držav članic EU

Empirični podatki, ki smo jih zbrali v raziskavi, potrjujejo takšno oceno odnosa do uporabe primerjalnopравnih podkrepitvenih argumentov v sodniškem odločanju. Vrhovno sodišče RS se je v obdobju 2000–2018 na odločitve drugih vrhovnih sodišč držav članic EU sklicevalo 63-krat, kar pomeni 1,66 sklica na 1.000 odločitev. Povedano drugače, Vrhovno sodišče RS se sklicuje na evropska vrhovna sodišča enkrat na približno 600 odločitev. Čeprav se na prvi pogled zdi ta številka izrazito nizka, pa njena postavitev v evropski kontekst razkrije, da je slovensko Vrhovno sodišče po pogostosti sklicovanja na vrhovna sodišča drugih držav članic EU trdno v evropskem povprečju.



Diagram 1: Število sklicev vseh 28 vrhovnih sodišč v EU na odločitve drugih evropskih vrhovnih sodišč na 1000 odločitev.⁴⁹

Diagram 1 prikazuje razvrstitev evropskih vrhovnih sodišč po pogostosti sklicev na preostala vrhovna sodišča v EU glede na število sklicev na 1.000 odločitev. Primerjalnopравni argument je najpogosteje uporabljalo irsko vrhovno sodišče, ki je z 282,8 sklica na 1.000 odločitev odločno na vrhu, pri čemer so bili vsi sklici, razen dveh, na odločitve *House of Lords/Supreme Court*. Prav slednje sodišče je s 95,6 sklica na 1.000 odločitev drugo najbolj primerjalnopравno usmerjeno v EU, sledijo pa mu avstrijski *Oberster Gerichtshof*s 60,6 sklica na 1.000 odločitev, malteški *Court of Appeal* z 31,2 sklica na 1.000 odločitev, luksemburški *Cour de Cassation* s 30,4 sklica na 1.000 odločitev

Za zavrnitev primerjalnega prava nasploh glej Legrand, 2006.

⁴⁹ Za metodološke omejitve izračuna števila sklicev na 1.000 odločitev za nekatere države glej D'Andrea idr., 2021, str. 502–504.

in ciprsko vrhovno sodišče z 29,9 sklica na 1.000 odločitev. Med temi šestimi najbolj primerjalnopravno aktivnimi sodišči je opazna nesorazmerna zastopanost sodišč iz sveta tradicije *common law* (Irska in Združeno kraljestvo) in sodišč z zgodovinsko močnimi vplivi *common law* (Malta in Ciper)—takšna sodišča so štiri od šestih. Na repu lestvice primerjalnopravne angažiranosti sta latvijsko in bolgarsko vrhovno sodišče brez enega samega sklica na ostala vrhovna sodišča v EU, sledi jima hrvaško vrhovno sodišče z 0,02 sklica na 1.000 odločitev, madžarsko z 0,06 sklica na 1.000 odločitev, romunsko z 0,08 sklica na 1.000 odločitev in grško vrhovno sodišče z 0,14 sklica na 1.000 odločitev.

Diagram 1 prikazuje tudi povprečno vpletenost Vrhovnega sodišča RS v evropski medsodniški dialog: z 1,66 sklica na 1.000 odločitev se uvršča v strogo sredino evropskih vrhovnih sodišč. V sorodnem prispevku smo Vrhovno sodišče RS na podlagi absolutnega in relativnega števila citatov uvrstili v skupino evropskih vrhovnih sodišč, ki se na druga sklicujejo zmerno pogosto (angl. *medium frequency*), na podlagi še dodatnega merila homogenosti oziroma heterogenosti strukture sklicev, tj. ali se vrhovno sodišče sklicuje pretežno le na eno vrhovno sodišče ali na večje število vrhovnih sodišč, pa smo ga zaradi relativne heterogenosti sklicev uvrstili v podskupino sodišč, ki smo jih označili za »zadržane komparativiste« (angl. *reluctant comparatist*). V isto podskupino smo uvrstili še dansko, nemško, švedsko, litvansko, poljsko, portugalsko, francosko, italijansko in špansko vrhovno sodišče.⁵⁰

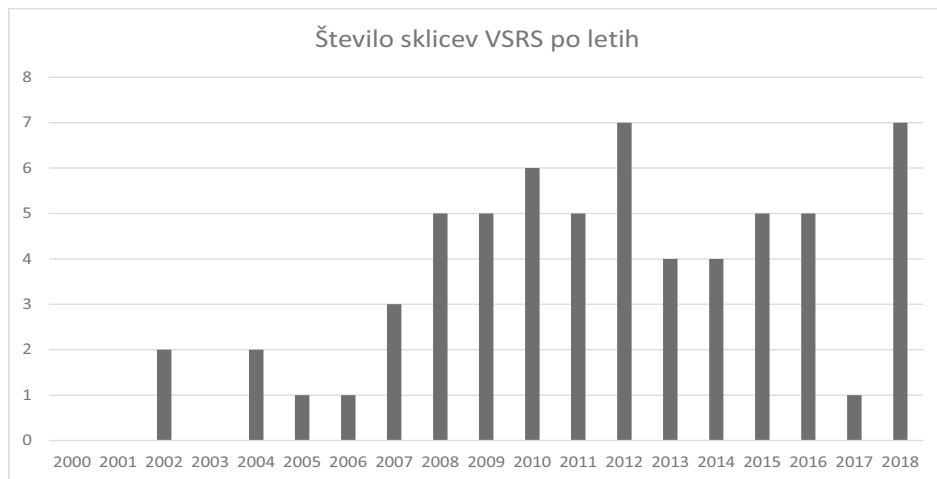


Diagram 2: Absolutno število sklicev Vrhovnega sodišča RS na odločitve drugih evropskih vrhovnih sodišč po letih.

⁵⁰ Prav tam, str. 517–522.

Podrobnejši vpogled v časovno strukturo sklicev Vrhovnega sodišča RS razkrije, da se absolutno število sklicev skozi čas povečuje, čeprav se je trend rasti v zadnjih letih nekoliko umiril. Diagram 2 prikazuje vzorec sklicev v časovnem kontekstu in pona-
zarja omenjen trend rasti. S 63 sklici v obdobju 2000–2018 se je Vrhovno sodišče RS v povprečju na evropska vrhovna sodišča sklicevalo 3,5-krat na leto, z mediano štirih sklicev in modusom petih sklicev na leto. Z izjemo leta 2017 so bila po številu sklicev vsa podpovprečna leta pred letom 2008 – povprečno število sklicev v obdobju 2000–2007 je bilo zgolj 1,13 na leto – po letu 2008 pa je bilo število sklicev Vrhovnega sodišča RS vsako leto nadpovprečno visoko, tj. več kot 3,5 sklica na leto – za obdobje 2008–2018 je povprečje znašalo 4,91 sklica na leto. Eden pomembnejših razlogov, zakaj smo se pri zasnovi raziskave odločili za preučevanje obdobja 2000–2018, je bil, da smo želeli ugotoviti, ali je pridružitvev Evropski uniji v tistih državah članicah, ki so bile del razširitve Unije v letih 2004 in 2007, delno pa tudi v 2013, opazno vplivala na vključenost njihovih vrhovnih sodišč v evropski mednarodni dialog. V primeru Slovenije smo tako očitno korelacijo zaznali, čeravno je treba opozoriti, da zgolj na podlagi predstavljenih podatkov vzročnosti še ne moremo zatrjevati. Kljub temu pa ne moremo zanemariti, da se je kmalu po priključitvi začela strma rast pogostosti vpletanja Vrhovnega sodišča RS v evropsko skupnost (vrhovnih) sodišč, ki je od takrat ostala na štirikrat višji ravni, kot je bila pred letom 2007. V tem kontekstu je še zlasti zanimivo, da se je Vrhovno sodišče RS v vseh štirih odločitvah, ki jih je sprejelo pred priključitvijo Evropski uniji 1. maja 2004 in v katerih se je sklicevalo na druga evropska vrhovna sodišča, sklicevalo na hrvaški *Vrhovni sud*, tj. na vrhovno sodišče države, ki takrat prav tako še ni bila članica EU.⁵¹ Povedano drugače, v raziskovanem obdobju se Vrhovno sodišče RS pred priključitvijo EU v svojih odločitvah ni niti enkrat sklicevalo na mnenja drugih vrhovnih sodišč takratnih držav članic EU. Prvič je to storilo šele 18. maja 2005, pa še to zgolj v delu, v katerem je povzemalo navedbe strank, ki so se sklicevale na odločitev avstrijskega vrhovnega sodišča.⁵²

Empirični rezultati raziskave so pretežno potrdili tudi zgornje teoretične napovedi glede strukture vzorca sklicev Vrhovnega sodišča RS. Ti so predstavljeni spodaj v Tabeli 1.

⁵¹ Glej Aneks I, odločitve pod zaporednimi številkami 1–4.

⁵² Sodba Vrhovnega sodišča RS I Up 1331/2002 z dne 18. maja 2005.

| Citirano vrhovno sodišče | Število sklicev | Odstotek sklicev (%) |
|---|-----------------|----------------------|
| Avstrija (<i>Oberster Gerichtshof</i>) | 8 | 12,7 |
| Hrvaška (<i>Vrhovni sud</i>) | 35 | 55,6 |
| Francija (<i>Cour de cassation</i>) | 1 | 1,6 |
| Nemčija (<i>Bundesgerichtshof</i>) | 9 | 14,3 |
| Italija (<i>Corte Suprema di Cassazione</i>) | 8 | 12,7 |
| Nizozemska (<i>Hoge Raad</i>) | 1 | 1,6 |
| Združeno kraljestvo (<i>House of Lords/Supreme Court</i>) | 1 | 1,6 |

Tabela 1: Struktura sklicev Vrhovnega sodišča RS na druga evropska vrhovna sodišča.

Kakor izhaja iz Tabele 1, se je Vrhovno sodišče RS daleč najpogosteje sklicevalo na hrvaški *Vrhovni sud*. Nanj se je sklicevalo v 35 odločitvah, kar je 55,6 % vseh sklicev.⁵³ Sledijo mu nemški *Bundesgerichtshof* z devetimi sklici (14,3 % vseh sklicev) in italijansko *Corte Suprema di Cassazione* ter avstrijski *Oberster Gerichtshof* z osmimi sklici vsako (12,7 % vseh sklicev). Enkrat se je Vrhovno sodišče RS sklicevalo še na francoski *Cour de cassation*, nizozemski *Hoge Raad* in *House of Lords/Supreme Court* Združenega kraljestva (1,6 % vseh sklicev vsako).

Pogostost sklicev Vrhovnega sodišča RS na odločitve hrvaškega *Vrhovnega suda* je napovedovala večina zgoraj predstavljenih teoretskih izhodišč. Bližnja analiza vseh 35 sklicev na *Vrhovni sud* pa pokaže, da je zgodovinsko pogojena podobnost med pravnima redoma, skupaj z vztrajno pravno in predvsem socialno tesno povezanostjo držav, ki daje plodna tla za nastanek različnih čezmejnih situacij, ključen element pri tem, da se Vrhovno sodišče RS najpogosteje sklicuje prav na svojega hrvaškega partnerja. Od 35 sklicev je bilo deset takih, ki so se nanašali na odločitve hrvaškega vrhovnega sodišča sprejete še v času skupne države.⁵⁴ Sorodni temu so štirje sklici, ko je Vrhovno sodišče RS raz-

⁵³ Pri tem je treba opozoriti, da smo v sorodni publikaciji za namene zgoraj že omenjenega merila homogenosti oziroma heterogenosti vzorca sklicev pri klasifikaciji vseh evropskih vrhovnih sodišč uporabili mejo 66 odstotkov sklicev na eno sodišče kot ločnico med tistimi vrhovnimi sodišči, ki smo jih označili za komparativiste (angl. *comparatists*), in tistimi, ki smo jih označili za sledilce (angl. *followers*). Slednja so seveda sodišča s homogenim vzorcem sklicevanja, ki so enemu samemu sodišču namenila več kot 66 odstotkov sklicev; prva pa sodišča, vključno z Vrhovnim sodiščem RS, z bolj heterogenim vzorcem sklicevanja, ki nobenemu sodišču niso namenila več kot 66 odstotkov sklicev. Glej D'Andrea idr., str. 506.

⁵⁴ Glej Aneks I, odločitve pod zaporednimi številkami 1, 2, 14, 18, 20, 21, 25, 26, 31 in 43.

lagalo določbo, za katero je izrecno poudarilo, da je identična določbi v hrvaškem pravu in se je zato oprlo na mnenje hrvaškega sodišča.⁵⁵ Nadalje je bilo sedem sklicev posledica pravil mednarodnega zasebnega prava, ki so v sporu zahtevala uporabo tujega (hrvaškega) prava. Prav vsi izmed teh primerov so se nanašali na uporabo t.i. Orientacijskih kriterijev za določanje višine nepremoženjske škode po hrvaškem pravu, ki jih je hrvaško vrhovno sodišče sprejelo leta 2002. Antropološko, delno pa tudi pravno-sociološko zanimivo je, da so se vsi ti primeri nanašali na odmero odškodnine za nepremoženjsko škodo, ki so jo slovenski državljani utrpeli v prometnih nesrečah na Hrvaškem.⁵⁶ Štiri od sklicev smo zaznali v odločitvah v postopkih priznavanja tuje (hrvaške) sodne odločbe, kjer se je Vrhovno sodišče RS, jasno, sklicevalo na priznavano sodno odločbo.⁵⁷ Čezmejni element je bil prav tako prisoten v treh primerih, v katerih je v denacionalizacijskih postopkih odločitev hrvaškega sodišča imela vlogo dejstva v postopku.⁵⁸ Razen sedmih sklicev,⁵⁹ pri katerih čezmejni element v kakršnikoli manifestaciji ni bil očiten ali izrecno izražen, je tako zajetna večina sklicev – 28 od 35 – bila posledica zgodovinskih in še danes trajajočih tesnih pravnih in socialnih vezi med obema državama, ki se kažejo tudi v relativno visokem številu sklicev slovenskega na hrvaško vrhovno sodišče.

Naslednja skupina vrhovnih sodišč glede na pogostost sklicev, tj. nemško (9), avstrijsko (8) in italijansko (8) sodišče, je precej heterogena glede narave primerov, v katerih se pojavijo sklici. Kljub temu pa se kot celota bistveno razlikuje od narave sklicev na hrvaško vrhovno sodišče, kjer so sklici v večini primerov nastali v že omenjenem čezmejnem kontekstu spora. Ta razlika se morda še najbolj jasno kaže prav pri sklicih Vrhovnega sodišča RS na nemški *Bundesgerichtshof*. Če je bilo zgolj sedem od 35 sklicev na hrvaško vrhovno sodišče zares primerjalnopravnih – tj. so bili uporabljeni kot »primerjalnopravni podkrepitveni argument«, neodvisen od zgodovinsko deljenega pravnega reda med državama – so bili taki sklici na nemško vrhovno sodišče prav vsi.⁶⁰ Podobnost med razlagano določbo v slovenskem pravnem redu in enakovredno določbo v nemškem pravu, ki je verjetno posledica že omenjene vloge nemškega prava kot vira zgleada pri slovenski normodajni dejavnosti, je Vrhovno sodišče RS izrecno izpostavilo v enem primeru.⁶¹ Visok delež takih pristno primerjalnopravnih sklicev je bil opazen tudi pri sklicih na italijansko *Corte Suprema di Cassazione*, kjer je bilo takih šest od osmih sklicev, od teh pa smo jih pet zaznali v istovrstnih sporih glede depozitov v Ljubljanski banki, v katerih je ena od strank opozarjala na identičnost relevantne določbe v italijanskem pravu in, jasno, razlago ome-

⁵⁵ Prav tam, odločitve pod zaporednimi številkami 11, 33, 49 in 52.

⁵⁶ Prav tam, odločitve pod zaporednimi številkami 4, 23, 27, 28, 35, 45 in 46.

⁵⁷ Prav tam, odločitve pod zaporednimi številkami 3, 9, 29 in 51.

⁵⁸ Prav tam, odločitve pod zaporednimi številkami 22, 41 in 44.

⁵⁹ Prav tam, odločitve pod zaporednimi številkami 13, 16, 17, 24, 32, 58 in 62.

⁶⁰ Prav tam, odločitve pod zaporednimi številkami 7, 15, 42, 50, 53, 54, 57, 59 in 61.

⁶¹ Sodba Vrhovnega sodišča RS III Ips 22/2015 z dne 28. oktobra 2015, točka 14.

njene določbe s strani italijanskega vrhovnega sodišča.⁶² Preostala dva sklica na italijansko sodišče sta nastala v kontekstu postopka priznanja tuje sodne odločbe.⁶³ Končno, čeprav po strukturi že nekoliko bližje sklicem na hrvaško vrhovno sodišče, so imeli tudi sklici na avstrijski *Oberster Gerichtshof* bolj primerjalnopravno naravnano, čeravno z več čezmejnimi elementi kakor italijanski in nemški sklici. Od osmih sklicev so bili tipično primerjalnopravni štirje,⁶⁴ pri preostalih štirih pa je bil prisoten močan čezmejni element: dva sklica sta nastala zaradi uporabe tujega prava po pravilih mednarodnega zasebnega prava,⁶⁵ en sklic v sporu avstrijske stranke kot dejstvo v postopku,⁶⁶ še en pa v kontekstu denacionalizacijskega zahtevka, ki ga je vložil avstrijski državljani.⁶⁷

Večjo verjetnost sklicev na nemško, avstrijsko in italijansko vrhovno sodišče so, prav tako kot za hrvaški *Vrhovni sud*, (pravilno) napovedovali najpomembnejši teoretski dejavniki: jezikovni dejavniki, podobnost med primerjanima pravnima redoma in avtoriteta posameznega sodišča. Vendar pa raznolikost sklicev na ta tri sodišča nakazuje, da je imelo pri vsakem od njih Vrhovno sodišče različno motivacijo za sklicevanje in da so različni dejavniki, ki opredeljujejo verjetnost sodniškega dialoga, imeli različno težo. Čeprav so imeli jezikovni dejavniki pri sklicih na vsa tri sodišča določeno težo, je pri sklicih na *Bundesgerichtshof* prišla najbolj do izraza avtoriteta tega sodišča. Vsi sklici na nemško sodišče so bili posledica njegove prepričevalne avtoritete (angl. *persuasive authority*) in so imeli vlogo »primerjalnopravnega podkrepitvenega argumenta«. Tudi v primeru avstrijskega *Oberster Gerichtshof* in italijanskega *Corte Suprema di Cassazione* je bila avtoriteta sodišča relevanten dejavnik, vendar do manjše mere. Pri sklicih na ti sodišči smo zaznali večjo vlogo čezmejnih elementov, ki so se kazali v podobnosti med slovenskim in primerjanim pravnim redom ter nasploh v večji povezanosti obeh skupnosti, ki se je kazala v več primerih, v katerih je prisotnost tuje stranke v sporu sprožila sklic na tuje pravo, bodisi v procesni vlogi prava ali dejstva v vsakem konkretnem primeru.

Podrobnejša obravnava sklicev na *House of Lords/Supreme Court* Združenega kraljestva in na francosko ter nizozemsko vrhovno sodišče zaradi majhnega vzorca – po en sklic na sodišče – ne bi bila niti upravičena niti smiselna. Pripomniti gre zgolj, da smo glede na zelo visok ugled in jezikovno dostopnost odločitev *House of Lords/Supreme Court* zaznali presenetljivo malo sklicev na to sodišče. Očitno so velike razlike med obema pravnima redoma, ki pripadata celo različnima pravnima tradicijama, med katerima so

⁶² Glej Aneks I, odločitve pod zaporednimi števkami 34, 37, 38, 40 in 48. Glej tudi Sodbo Vrhovnega sodišča RS X Ips 78/2011 z dne 14. novembra 2012.

⁶³ Prav tam, odločitvi pod zaporednima števkama 10 in 56.

⁶⁴ Prav tam, odločitve pod zaporednimi števkami 39, 55, 60 in 63.

⁶⁵ Prav tam, odločitvi pod zaporednima števkama 8 in 12.

⁶⁶ Sodba in sklep Vrhovnega sodišča RS II Ips 466/2005 z dne 30. novembra 2006.

⁶⁷ Sodba Vrhovnega sodišča RS I Up 1331/2002 z dne 18. maja 2005.

razlike na področju zasebnega prava še zlasti izrazite, prevladale nad lahko razumljivostjo angleškega jezika in avtoriteto najvišjega sodišča v Združenem kraljestvu.

4. Pasivna udeležba Vrhovnega sodišča RS v evropskem medsodniškem dialogu

S pojmom pasivne udeležbe v evropskem medsodniškem dialogu imamo v mislih vprašanje, kako pogosto je Vrhovno sodišče RS vključeno v dialog s strani ostalih vrhovnih sodišč držav članic EU – torej pasivno. Natančneje, zanima nas, kako pogosto in na kakšen način so se na Vrhovno sodišče RS sklicevala druga evropska vrhovna sodišča v svojih odločitvah ter kakšni so razlogi za zaznan vzorec dialoga. Tem vprašanjem je namenjena razprava v nadaljevanju.

V populaciji približno 1.330.000 odločitev vseh evropskih vrhovnih sodišč med letoma 2000–2018 so se vrhovna sodišča držav članic EU na Vrhovno sodišče RS sklicevala zgolj v enem primeru. Šlo je za odločitev nizozemskega vrhovnega sodišča (*Hoge Raad*) iz leta 2008,⁶⁸ sklic pa je bil narejen v kontekstu razprave o razlikovanju uporabe vozila v prometu in uporabe vozila pri delu za namene zavarovalniškega prava. Sklica ne bi mogli označiti kot polnopravnega, ampak prej za kolateralnega. *Hoge Raad* se je namreč na odločitev Vrhovnega sodišča RS skliceval le v kontekstu predstavitve zadeve *Vnuk* pred Sodiščem EU⁶⁹ in povzemanja dejstev, ki so zadevo privedle do Sodišča EU. Del ozadja zadeve pa je, jasno, bila odločitev Vrhovnega sodišča RS, da Sodišču EU postavi predhodno vprašanje in zatem sprejme odločitev v glavni zadevi v skladu z napotki Sodišča EU. *Hoge Raad* tako ni zanimala odločitev Vrhovnega sodišča sama po sebi, ampak se je nanj sklicevalo le, ker je bil sklic ob predstavitvi zadeve *Vnuk* neizogiben.

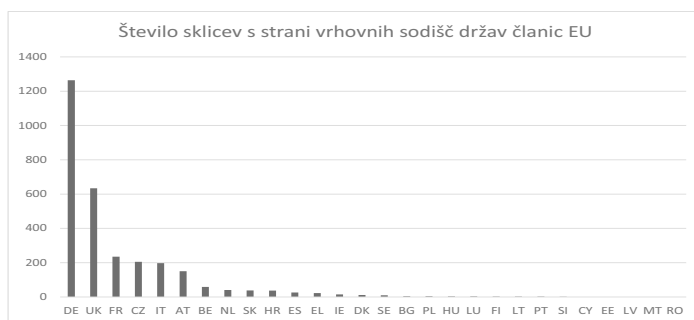


Diagram 3: Absolutno število sklicev s strani vseh vrhovnih sodišč držav članic EU.

⁶⁸ Sodba Vrhovnega sodišča Nizozemske, št. 17/01275 z dne 26. januarja 2018, ECLI:NL:HR:2018:877, točka 2.12.

⁶⁹ Sodba Sodišča EU, C-162/13 *Damijan Vnuk proti Zavarovalnici Triglav, d.d.* z dne 4. septembra 2014, ECLI:EU:C:2014:2146.

Podobno kot se je zgoraj glede aktivne vključenosti Vrhovnega sodišča RS v evropski med sodniški dialog število 1,66 sklica na 1.000 odločitev zdelo samo po sebi izrazito nizko, postavljeno v širši evropski kontekst pa se je izkazalo za povprečno, se tudi glede pasivne vključenosti Vrhovnega sodišča RS v med sodniški dialog en sam sklic v skoraj milijon in pol odločitvah zdi zaskrbljujoče nizko število. Pa vendar širši evropski kontekst, ki je predstavljen zgoraj v Diagramu 3 in spodaj v Diagramu 4, malenkostno omili sicer upravičeno skrb za irelevantnost in anonimnost slovenskega Vrhovnega sodišča v očeh drugih vrhovnih sodišč držav članic EU. Diagram 3 predstavlja celotno sliko relativnega vpliva evropskih vrhovnih sodišč. Iz njega je jasno vidno, da je daleč najbolj navajano vrhovno sodišče v EU nemški *Bundesgerichtshof*, katerega odločitve so bile s strani drugih evropskih vrhovnih sodišč navajane v 1.264 primerih. S skoraj pol manj sklici mu sledi *House of Lords/Supreme Court* Združenega kraljestva (634 sklicev), francoski *Cour de cassation* z 235 sklici, češki *Nejvyšší soud* z 205 sklici, italijanski *Corte Suprema di Cassazione* s 197 sklici in avstrijski *Oberster Gerichtshof*s 150 sklici. Omenjena vrhovna sodišča so edina v EU, katerih odločitve so bile navajane v več kot sto primerih. Za lažjo kontekstualizacijo pasivne udeležbe Vrhovnega sodišča RS v evropskem med sodniškem dialogu, Diagram 4 prikazuje le tista sodišča, ki so jih druga sodišča navajala v manj kot sto odločitvah.

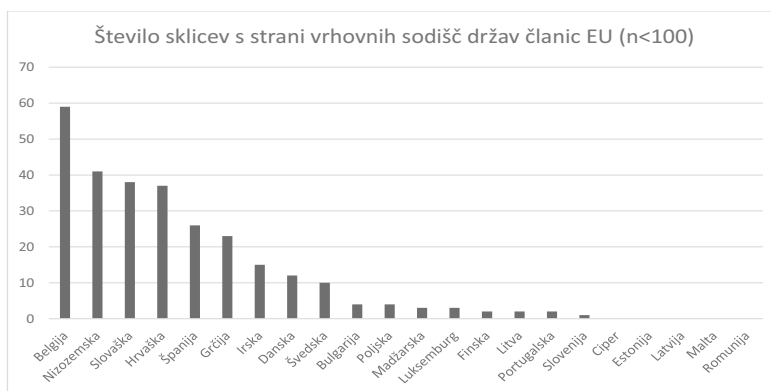


Diagram 4: Absolutno število sklicev s strani vrhovnih sodišč držav članic EU z manj kot sto sklici.

Čeprav en sam sklic v približno 1.330.000 primerih ni nekaj, na kar bi Vrhovno sodišče RS lahko bilo ponosno, pa Diagram 4 prikazuje, da še zdaleč ni edino, na katerega se druga evropska vrhovna sodišča le redko sklicujejo. Nasprotno, skoraj polovica evropskih sodišč – 13 izmed 28 – je bila navajana manj kot petkrat: bolgarsko in poljsko sodišče sta bili navajani štirikrat; madžarsko in luksemburško trikrat; finsko, litvansko in portugalsko dvakrat; slovensko enkrat; ciprsko, estonsko, latvijsko, malteško in romun-

ske pa nikoli. Iskanje skupnih imenovalcev med redko navajanimi sodišči ni pretirano zahtevno. Z izjemo Portugalske in Luksemburga veljata za vsa sodišča vsaj dve od treh trditev: gre za vrhovna sodišča iz (1.) držav z manjšo populacijo, (2.) ki so se pridružile EU v zadnjih treh razširitvah (tj. 2004, 2007 in 2013) in (3.) pišejo odločitve v jeziku, ki ni široko razumljen ali govorjen zunaj države. Nasprotno velja za države pogosteje navajanih sodišč. Za njih veljata, z redkimi izjemami, vsaj dve od naslednjih treh trditev: gre za (1.) države z večjo populacijo, (2.) ki so dlje časa članice EU in (3.) imajo uraden jezik, ki je govorjen in razumljen tudi širše zunaj meja države. Popolna evropska anonimnost Vrhovnega sodišča RS je tako primerljiva z anonimnostjo vrhovnih sodišč sorodnih manjših držav, novejših članic EU s širše nerazumljenimi uradnimi jeziki.

Onkraj iskanja makro vzorcev pa lahko za nizko število sklicev na odločitve Vrhovnega sodišča RS najdemo tudi nekaj konkretnjših razlag, ki niso vezane na širši kontekst, ampak so v nekaterih vidikih specifična za razmere v Sloveniji. Najočitnejša razlaga je visoka ovira, ki jo predstavlja edinstvenost in nerazumljivost slovenskega jezika sodniški in nasploh pravniški javnosti. Če drugi evropski vrhovni sodniki ne razumejo slovenskega jezika, v katerem je sodna praksa Vrhovnega sodišča napisana, je nemogoče pričakovati, da se bodo nanjo tudi sklicevali. Raziskave kažejo, da so jezikovna znanja sodnikov eden od najpomembnejših dejavnikov pri tem, ali bodo le-ti citirali odločitve nekega sodišča ali ne.⁷⁰ Širša jezikovna nedostopnost sodne prakse Vrhovnega sodišča je sicer omiljena z objavami pomembnejših judikatov v angleškem jeziku na spletnih straneh sodišča,⁷¹ vendar teh judikatov ni veliko.⁷² V času pisanja tega prispevka je bilo na spletnih straneh Vrhovnega sodišča objavljenih le 55 prevodov judikatov njegovih relevantnih oddelkov v angleškem jeziku. To pomeni, da je od leta 2005, ko je Vrhovno sodišče začelo prakso objave prevodov, v povprečju objavilo le približno tri prevedene odločitve na leto. Nadalje, čeprav Vrhovno sodišče občasno objavlja svoje odločitve v transevropskih podatkovnih bazah, kot so JuriFast,⁷³ JURE⁷⁴ in podatkovna baza Mreže predsednikov vrhovnih sodišč držav članic EU,⁷⁵ te odločitve praviloma niso prevedene, ampak so tam objavljene v slovenskem izvirniku. Take objave sicer izboljšujejo informacijsko dostopnost sodne prakse Vrhovnega sodišča, vendar pa zaradi objave odločitev v izvirniku ne pomagajo

⁷⁰ Gelter in Siems, 2012, str. 98; Mak, 2011, str. 446.

⁷¹ Prevodi odločitev so objavljeni na <https://www.sodisce.si/znanje/pomembne_odlocbe_vrsr_v_anglescini/> (dostop: 14. junij 2022).

⁷² O vlogi prevajanja pomembnejših judikatov vrhovnih sodišč v širše govorjene evropske jezike in objave teh prevodov, glej Feteris, 2021, str. 11.

⁷³ Baza je dostopna na <<https://www.aca-europe.eu/index.php/en/jurifast-en>> (dostop: 14. junij 2022).

⁷⁴ Baza je dostopna na <<https://eur-lex.europa.eu/collection/n-law/jure.html>> (dostop: 14. junij 2022).

⁷⁵ Baza je dostopna na <<https://network-presidents.eu/cpcl>> (dostop: 14. junij 2022).

pri zmanjševanju jezikovne nedostopnosti odločitev. Ta tako ostaja eden pomembnejših razlogov za neprepoznavnost sodne prakse Vrhovnega sodišča drugje po Evropi.

Dodatna možna razlaga za popolno umanjkanje sklicev na odločitve slovenskega Vrhovnega sodišča je tudi pomanjkanje avtoritete (angl. *persuasive authority*) Vrhovnega sodišča v evropskem pravnem prostoru. Po tej razlagi druga evropska vrhovna sodišča v njihovem slovenskem partnerju ne vidijo nekoga, ki bi s svojo aktivnostjo, odločitvami in obrazložitvami odločitev vlival zaupanje, na podlagi katerega bi ga evropska sodišča lahko jemala kot prepričevalno avtoriteto. Takšna razlaga verjetno vsaj delno pojasnjuje empirično pridobljene rezultate. Vrhovno sodišče RS je vrhovno sodišče ene najmlajših držav v Evropi, ene najnovejših držav članic EU in ene najmanjših držav članic EU. To pomeni, da ugleda ne more črpati iz geopolitične veličine države, niti ne iz svoje dolgotrajne tradicije, ampak si ga mora pridobiti s prepričljivostjo in visoko kakovostjo svojih odločitev in njihovih obrazložitvev. Vendar dejstvo, da je prav Vrhovno sodišče RS tisto, ki piše z naskokom najkrajše obrazložitve odločitev med vsemi 28 vrhovnimi sodišči držav članic EU, ne ustvarja plodnih tal, na katerih bi lahko zrastle zaupanje in ugled v evropskem prostoru.⁷⁶ Kljub temu pa gre pri evropski anonimnosti Vrhovnega sodišča najverjetneje najbolj za posledico dejstva, da gre za sodišče majhne, mlade in v veliki sliki procesa evropske integracije razmeroma nepomembne države z zelo specifičnim in širše nerazumljivim uradnim jezikom, ki onemogoča drugim sodiščem, da bi se s (červavno izredno kratkimi) obrazložitvami odločitev Vrhovnega sodišča RS sploh seznanile. Prav to – tj. obča razumljivost obrazložitvev – je namreč nujen pogoj za začetek gradnje mednarodne avtoritete.

Vendarle pa je treba opozoriti, da nobena od teh razlag ne pojasni pomanjkanja sklicev na odločitve Vrhovnega sodišča RS, ki bi nastali kot posledica različnih čezmejnih elementov, ali ki bi se nanašali na vprašanja pristojnosti. Kot smo pojasnili v prejšnjem razdelku, je bil nezanemarljiv del odločitev Vrhovnega sodišča, ki so citirala sodno prakso drugih vrhovnih sodišč, še zlasti hrvaškega vrhovnega sodišča, takega značaja, ki bi mu lahko rekli čezmejen. Šlo je za spore s čezmejno komponento, v katerih se sklicu na odločitve tujega vrhovnega sodišča Vrhovno sodišče RS pri odločanju ni moglo izogniti. Tak sklic je bil potreben bodisi pri navajanju dejstev pri razlagi ozadja spora bodisi je sodišče pri odločanju po pravilih mednarodnega zasebnega prava moralo uporabiti tuje pravo, del katerega je seveda tudi sodna praksa tujega vrhovnega sodišča, bodisi je šlo za postopke priznavanja tujih sodnih odločb. Pri sodni praksi slehernega vrhovnega sodišča je utemeljeno pričakovati, da bo del odločitev, ki jih to sodišče sprejme, imelo tak čezmejen značaj in se bo posledično sklicevalo na odločitve vrhovnih sodišč sosednjih in drugih tujih držav, ne glede na jezikovne bariere, avtoriteto navajanega sodišča, ali njegovo relativno anonimnost. Vsaj nenavadno je, da nismo zaznali takih sklicev na skoraj

⁷⁶ Glej razpravo zgoraj v razdelku 3.1.

polovico vseh vrhovnih sodišč v EU, vključno z slovenskim Vrhovnim sodiščem. Čemu bi lahko to pripisali?

Razloge za tako razhajanje med pričakovanji in empirično pridobljenimi rezultati lahko iščemo na več mestih. Prva možna razlaga bi lahko bile različne pristojnosti evropskih vrhovnih sodišč. Po tej hipotezi taki čezmejni spori v nekaterih državah članicah sploh ne bi mogli priti do vrhovnih sodišč, ker ta zanje ne bi bila pristojna, posledično pa v njih ne bi mogla navajati drugih evropskih vrhovnih sodišč. Naslednja verjetna razlaga je, da si gospodarski subjekti v mednarodnih gospodarskih pogodbah le redko izbirajo slovensko pravo kot uporabljivo za pravno razmerje, zato tujim sodiščem v mednarodnih gospodarskih sporih ni treba uporabljati slovenskega prava in se sklicevati na slovenska sodišča.⁷⁷ Tretja možna razlaga je v raznolikosti pristopov evropskih vrhovnih sodišč k pisanju odločitev. Sodišča uporabljajo različne ravni diskurzivnosti, različne prakse navajanja dejstev in ozadja zadeve ter različne prakse navajanja pravnih virov in sklicevanja nanje, vključno z odločitvami domačih, tujih in mednarodnih sodišč, kar očitno vpliva tudi na število zaznanih sklicev na odločitve tujih vrhovnih sodišč. Končno, razlaga za tako odstopanje je lahko tudi metodološka: iskalniki po podatkovnih bazah sodišč delujejo zelo različno in mogoče je, da s tem pripomorejo k številu lažno negativnih zadetkov. Vse našteje hipoteze se med seboj seveda ne izključujejo. Vse so lahko resnične hkrati in skupaj prispevajo svoj delček k razumevanju, zakaj se evropska vrhovna sodišča niso sklicevala na odločitve Vrhovnega sodišča RS oziroma zakaj takih sklicev v tej raziskavi morebiti nismo zaznali.

5. Sklep

V informacijsko čedalje bolj povezanem svetu in v vedno bolj integrirani Evropi je med sodniški dialog med sodišči na vseh ravneh bogatejši kot kadarkoli prej. Trend čedalje intenzivnejše uporabe »primerjalnopravnega podkrepitvenega argumenta« v sodniškem razlogovanju in primerjalnega prava v sodniškem odločanju nasploh se je v številnih evropskih državah začel že v zadnjih desetletjih prejšnjega stoletja, v zadnjih dveh desetletjih pa se je zgolj intenziviral. Šele s priključitvijo Slovenije Evropski uniji se je v med sodniški dialog pogosteje začelo spuščati tudi Vrhovno sodišče RS. Kljub poznemu začetku se mu je uspelo relativno pogosto aktivno vključevati v dialog z drugimi vrhovnimi sodišči držav članic EU in se v svojih odločitvah sklicevati na odločitve svojih evropskih sodniških partnerjev. Pri tem je v zgodnjih letih tega stoletja prevladovalo navajanje hrvaškega vrhovnega sodišča, v zadnjem desetletju pa je vzorec sklicevanja Vrhovnega sodišča RS postal bolj heterogen, saj se vrhovni sodniki čedalje bolj sklicujejo tudi na

⁷⁷ O pomenu mednarodnih gospodarskih sporov in pogodbenih klavzul o izbiri prava za primerjalnopravno usmerjenost in internacionalizacijo pravnega in sodnega sistema v primeru Združenega kraljestva glej Bingham, 1992, str. 526–528.

nemško, avstrijsko in italijansko vrhovno sodišče. S tako primerjalnopravno aktivnostjo spadajo v zgornji del evropskega povprečja.

Drugačna slika pa se pokaže pri pasivni vpletenosti Vrhovnega sodišča v evropski mednarodni dialog. Tu lahko položaj slovenskega Vrhovnega sodišča na evropskem sodniškem zemljevidu ocenimo bolj zadržano, če ne že kar negativno. V več kot 1.330.000 odločitvah vseh 27 vrhovnih sodišč v EU so se ta na odločitve Vrhovnega sodišča sklicevala zgolj enkrat, pa še to precej postransko. Ocena predsednika Vrhovnega sodišča RS Florjančiča, da je slovensko sodstvo, ki ga vodi Vrhovno sodišče, »prepoznavno v okviru EU in širše«, žal ne zdrži resne empirične presoje. Vrhovno sodišče je v evropskem mednarodnem dialogu vendarle anonimen otok sredi Evrope, čeprav, če smo resnicoljubni, je takih osamljenih otokov precej, in vsi so slovenskemu otoku zelo podobni. Sodišča iz manjših in novejših držav članic, ki delujejo v širše nerazumljenih jezikih, pač ne morejo pričakovati, da bodo v Evropi prepoznavna, kaj šele spoštovana ali celo zgledna, le zato, ker so najvišja sodišča ene od držav članic. Za večjo mednarodno prepoznavnost, če je ta seveda sploh cilj, bi bilo treba storiti še mnogo, začenši z jezikovno-informativnimi spremembami, ki bi evropskim sodiščem omogočila, da bi odločitve Vrhovnega sodišča RS sploh razumela, in pa z argumentativno-diskurzivnimi spremembami, ki bi poskrbele, da odločitve Vrhovnega sodišča ne bodo več najkrajše med vsemi v EU, ampak da bodo poleg razumljivosti tudi prepričljive in kakovostno obrazložene.

Literatura

- Ackerman, B. (1997) 'The Rise of World Constitutionalism', *Virginia Law Review* 83(4), str. 771.
- Alter, K. J. (2000) 'The European Union's Legal System and Domestic Policy: Spillover or Backlash?', *International Organization* 54(3), str. 489.
- Andenas, M., in Fairgrieve, D. (2009) 'There is A World Elsewhere'—Lord Bingham and Comparative Law', v: Andenas, M., in Fairgrieve, D. (ur.) (2009) *Tom Bingham and the Transformation of the Law: A Liber Amicorum*. Oxford: Oxford University Press, str. 831–866.
- Andenas, M., in Fairgrieve, D. (2004) 'Introduction: Finding a Common Language for Open Legal Systems', v: Canivet, G., Andenas, M., in Fairgrieve, D. (ur.) (2004) *Comparative Law Before the Courts*. London: British Institute of International and Comparative Law, str. i–xxxv.
- Benvenuti, S. (2015) 'The European Judicial Training Network and Its Role in the Strategy for the Europeanization of National Judges Academic Articles', *International Journal for Court Administration* 7(1), str. 59–67.

- Bingham, Lord (1992) 'There is a World Elsewhere: The Changing Perspectives of English Law', *International & Comparative Law Quarterly* 41(3), str. 513–529.
- Bjorge, E. (2011) 'National Supreme Courts and the Development of ECHR Rights', *International Journal of Constitutional Law* 9(1), str. 5–31.
- Bobek, M. (2013) *Comparative Reasoning in European Supreme Courts*. Oxford: Oxford University Press.
- Claes, M., in de Visser, M. (2012) 'Are You Networked Yet? On Dialogues in European Judicial Networks', *Utrecht Law Review* 8(2), str. 100–114.
- Claes, M., de Visser, M., Popelier, P., in Van de Heyning, C. (ur.) (2012) *Constitutional Conversations in Europe: Actors, Topics and Procedures*, Cambridge: Intersentia.
- D'Andrea, S., Divissenko, N., Fanou, M., Krisztián, A., Kukavica, J., Potocka-Sionek, N., in Siems, M. (2021) 'Asymmetric Cross-Citations in Private Law: An Empirical Study of 28 Supreme Courts in the EU', *Maastricht Journal of European and Comparative Law* 28(4), str. 498–534.
- De Witte, F., Krisztián, A., Kukavica, J., Potocka-Sionek, N., Siems, M., in Yiatrou, V. (v tisku) 'Decoding Judicial Cross-Citations: How Do European Judges Engage with Foreign Case Law?', *American Journal of Comparative Law*.
- Djeffal, C. (2016) 'Dynamic and Evolutive Interpretation of the ECHR by Domestic Courts?', v: Aust, H. P., in Nolte, G. (ur.) (2016) *The Interpretation of International Law by Domestic Courts: Uniformity, Diversity, Convergence*. Oxford: Oxford University Press, str. 175–197.
- Dzehtsiarou, K., Konstadinides, T., Lock, T., in O'Meara, N. (ur.) (2016) *Human Rights Law in Europe: The Influence, Overlaps and Contradictions of the EU and the ECHR*. London in New York: Routledge.
- Evropska komisija (2012) *Special Eurobarometer 386: Europeans and Their Languages*, <https://ec.europa.eu/commfrontoffice/publicopinion/archives/ebs/ebs_386_en.pdf> (dostop: 4. julij 2022), str. 21.
- Ferrari, G. F. (ur.) (2020) *Judicial Cosmopolitanism: The Use of Foreign Law in Contemporary Constitutional Systems*. Leiden in Boston: Brill/Nijhoff.
- Feteris, M. (2021) 'Roadmap on Comparative Law in the Case-Law and Practice of the Supreme Courts of the EU', *Utrecht Law Review* 17(1), str. 6–19.
- Flanagan, B., in Ahern, S. (2011) 'Judicial Decision-Making and Transnational Law: A Survey of Common Law Supreme Court Judges', *International & Comparative Law Quarterly* 60(1), str. 1–28.
- Føllesdal, A., Peters, B., in Ulfstein, G. (ur.) (2013) *Constituting Europe: The European Court of Human Rights in a National, European and Global Context*. Cambridge: Cambridge University Press.

- Frank, D. J. (2006) 'Constitutional Interpretation Revisited: The Effects of a Delicate Supreme Court Balance on the Inclusion of Foreign Law in American Jurisprudence', *Iowa Law Review* 92(3), str. 1037–1072.
- Gelter, M., in Siems, M. (2014) 'Citations to Foreign Courts—Illegitimate and Superfluous, or Unavoidable? Evidence from Europe', *American Journal of Comparative Law* 62(1), str. 35–85.
- Gelter, M., in Siems, M. (2013) 'Language, Legal Origins, and Culture before the Courts: Cross-Citations between Supreme Courts in Europe', *Supreme Court Economic Review* 21, str. 215–270.
- Gelter, M., in Siems, M. (2012) 'Networks, Dialogue or One-Way Traffic: An Empirical Analysis of Cross-Citations between Ten of Europe's Highest Courts', *Utrecht Law Review* 8(2), str. 88–99.
- Glas, L. R., in Krommendijk, J. (2017) 'From Opinion 2/13 to Avotiņš: Recent Developments in the Relationship between the Luxembourg and Strasbourg Courts', *Human Rights Law Review* 17(3), str. 567–587.
- Glavina, M. (2020) 'To Refer or Not to Refer, That Is the (Preliminary) Question: Exploring Factors Which Influence the Participation of National Judges in the Preliminary Ruling Procedure', *Croatian Yearbook of European Law and Policy* 16(1), str. 25–60.
- Glenn, H. P. (1986) 'Persuasive Authority', *McGill Law Journal* 32(2), str. 261–298.
- Gregorič, M. (2018) 'Primerjalnopravni argument v slovenski ustavnosodni presoji', *Pravnik* 73(3-4), str. 175–200.
- Groppi, T., in Ponthoreau, M.-C. (ur.) (2013) *The Use of Foreign Precedents by Constitutional Judges*. Oxford: Hart Publishing.
- Keller, H., in Stone Sweet, A. (2008) *A Europe of Rights: The Impact of the ECHR on National Legal Systems*. Oxford: Oxford University Press.
- Krommendijk, J. (2020) 'It Takes Two to Tango: An Introduction', *European Papers – A Journal on Law and Integration* 5(2), str. 745–754.
- Kukavica, J. (2022) 'William Phelan, Great Judgments of the European Court of Justice: Rethinking the Landmark Decisions of the Foundational Period', *American Journal of Legal History* Advance Article.
- Larsen, J. L. (2004) 'Importing Constitutional Norms from a Wider Civilization: Lawrence and the Rehnquist Court's Use of Foreign and International Law in Domestic Constitutional Interpretation', *Ohio State Law Journal* 65(5), str. 1283–1328.
- Lasser, M. de S.-O. -l'É. (2009) *Judicial Deliberations: A Comparative Analysis of Transparency and Legitimacy*. Oxford: Oxford University Press.

- Lazega, E. (2012) 'Mapping Judicial Dialogue across National Borders: An Exploratory Network Study of Learning from Lobbying among European Intellectual Property Judges', *Utrecht Law Review* 8(2), str. 115–128.
- Legrand, P. (2006) 'Comparative Legal Studies and the Matter of Authenticity', *Journal of Comparative Law* 1(2), str. 365–460.
- Legrand, P. (1997) 'The Impossibility of Legal Transplants', *Maastricht Journal of European and Comparative Law* 4(2), str. 111–124.
- Lester, A. (1988) 'The Overseas Trade in the American Bill of Rights', *Columbia Law Review* 88(3), str. 537–561.
- Mak, E. (2021) 'Travelling with Judges: Brief Reflections on the Roadmap on Comparative Law Developed by the Network of Presidents of the Supreme Judicial Courts of the European Union', *Utrecht Law Review* 17(1), str. 1–5.
- Mak, E. (2013) *Judicial Decision-Making in a Globalised World: A Comparative Analysis of the Changing Practices of Western Highest Courts*. Oxford: Hart Publishing.
- Mak, E. (2012) 'Reference to Foreign Law in the Supreme Courts of Britain and the Netherlands: Explaining the Development of Judicial Practices', *Utrecht Law Review* 8(2), str. 20–34.
- Mak, E. (2011) 'Why Do Dutch and UK Judges Cite Foreign Law', *Cambridge Law Journal* 70(2), 420–450.
- Mance, L. J. (2001) 'Foreign and Comparative Law in the Courts', *Texas International Law Journal* 36(3), str. 415–426.
- Markovits, R. S. (2003) 'Learning from the Foreigners: A Response to Justice Scalia's and Professor Levinson's Professional Moral Parochialism', *Texas International Law Journal* 39(3), str. 367–380.
- Martinico, G. (2012) 'Is the European Convention Going to Be 'Supreme'? A Comparative-Constitutional Overview of ECHR and EU Law before National Courts', *European Journal of International Law* 23(2), str. 401–424.
- Muller, A., in Kjos, H. E. (ur.) (2018) *Judicial Dialogue and Human Rights*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Ng, K. H., in Jacobson, B. (2017) 'How Global is the Common Law? A Comparative Study of Asian Common Law Systems Hong Kong, Malaysia, and Singapore', *Asian Journal of Comparative Law* 12(2), str. 209–232.
- Peristeridou, C. (2015) *The Principle of Legality in European Criminal Law*. Cambridge: Intersentia.
- Phelan, W. (2019) *Great Judgments of the European Court of Justice: Rethinking the Landmark Decisions of the Foundational Period*. Cambridge: Cambridge University Press.

- Siems, M. (2022) 'A Network Analysis of Judicial Cross-Citations in Europe', *Law & Social Inquiry*, First View.
- Slaughter, A.-M. (2003) 'A Global Community of Courts', *Harvard International Law Journal* 44(1), str. 191–220.
- Slaughter, A.-M., Stone Sweet, A., in Weiler, J. H. H. (ur.) (1998) *The European Court and National Courts: Doctrine and Jurisprudence: Legal Change in its Social Context*. Oxford: Hart Publishing.
- Slaughter, A.-M. (1994) 'A Typology of Transjudicial Communication', *University of Richmond Law Review*, 29(1), str. 99–138.
- Tavčar, Z. (2022) 'Mag. Damijan Florjančič: Za ugled sodstva v javnosti ni zadolžena le sodna veja oblasti', *TFL Glasnik* 21/2022, <<https://www.tax-fin-lex.si/Dokument/Podrobnosti?rootEntityId=0ba4b237-b1a4-4568-a366-91417aded69c>> (dostop: 25. julij 2022).
- Ulfstein, G. (2016) 'The European Court of Human Rights and National Courts: A Constitutional Relationship?' v Mjöll Arnardóttir, O., in Buyse, A. (ur.) (2016) *Shifting Centres of Gravity in Human Rights Protection: Rethinking Relations between the ECHR, EU, and National Legal Orders*. London: Routledge, str. 46–58.
- Vrhovnosodišče Republike Slovenije (2021) *Sodnikov informator 3/2021*, [splet]. Dostopno na: <https://www.sodisce.si/mma_bin.php?static_id=2021040909402230> (dostop: 22. julij 2022).
- Wald, P. M. (2003) 'The Use of International Law in the American Adjudicative Process', *Harvard Journal of Law & Public Policy* 27(2), str. 431–442.
- Watson, A. (1974) *Legal Transplants: An Approach to Comparative Law*. Edinburgh: Scottish Academic Press.
- Wilkinson, J. H. I. (2003) 'The Use of International Law in Judicial Decisions', *Harvard Journal of Law & Public Policy* 27(2), str. 423–430.
- Zaring, D. (2006) 'The Use of Foreign Decisions by Federal Courts: An Empirical Analysis', *Journal of Empirical Legal Studies* 3(2), str. 297–332.

Aneks I: Seznam odločitev, v katerih se je Vrhovno sodišče RS sklicevalo na odločitve drugih vrhovnih sodišč držav članic EU v obdobju 2000–2018

| Zaporedna št. | Opravitna številka odločitve | Datum odločitve | Oddelek | Navajano sodišče |
|---------------|--------------------------------|--------------------|-------------|---------------------|
| 1 | Sodba I Up 69/2001 | 7. marec 2002 | Upravni | hrvaško |
| 2 | Sodba I Up 129/2001 | 6. junij 2002 | Upravni | hrvaško |
| 3 | Sklep Cpg 4/2003 | 13. januar 2004 | Gospodarski | hrvaško |
| 4 | Sodba II Ips 182/2003 | 11. marec 2004 | Civilni | hrvaško |
| 5 | Sodba I Up 1331/2002 | 18. maj 2005 | Upravni | avstrijsko |
| 6 | Sodba in sklep II Ips 466/2005 | 30. november 2006 | Civilni | avstrijsko |
| 7 | Sklep III Ips 5/2006 | 3. april 2007 | Gospodarski | nemško |
| 8 | Sklep II Ips 101/2005 | 20. september 2007 | Civilni | avstrijsko |
| 9 | Sodba III Ips 142/2005 | 18. december 2007 | Gospodarski | hrvaško |
| 10 | Sklep Cpg 2/2007 | 15. julij 2008 | Gospodarski | italijansko |
| 11 | Sodba II Ips 142/2006 | 10. september 2008 | Civilni | hrvaško |
| 12 | Sodba II Ips 772/2006 | 10. september 2008 | Civilni | avstrijsko |
| 13 | Sodba II Ips 172/2006 | 2. oktober 2008 | Civilni | hrvaško |
| 14 | Sodba II Ips 189/2006 | 2. oktober 2008 | Civilni | hrvaško |
| 15 | Sodba II Ips 1018/2007 | 19. marec 2009 | Civilni | nemško |
| 16 | Sklep II Ips 615/2007 | 7. maj 2009 | Civilni | hrvaško |
| 17 | Sodba in sklep II Ips 578/2006 | 3. september 2009 | Civilni | hrvaško |
| 18 | Sodba III Ips 245/2008 | 8. september 2009 | Gospodarski | hrvaško |
| 19 | Sodba III Ips 125/2007 | 22. september 2009 | Gospodarski | Združeno kraljestvo |
| 20 | Sklep II Ips 259/2007 | 14. januar 2010 | Civilni | hrvaško |
| 21 | Sodba III Ips 34/2008 | 9. marec 2010 | Gospodarski | hrvaško |
| 22 | Sodba III Ips 140/2007 | 2. april 2010 | Gospodarski | hrvaško |

JAKA KUKAVICA – OTOK SREDI EVROPE?
V PETOST V RHOVNEGA SODIŠČA RS V EVROPSKI MEDSODNIŠKI DIALOG

| Zaporedna št. | Opravljalna številka odločitve | Datum odločitve | Oddelek | Navajano sodišče |
|---------------|--------------------------------|--------------------|-------------|------------------|
| 23 | Sklep II DoR 23/2010 | 9. junij 2010 | Civilni | hrvaško |
| 24 | Sodba in sklep II Ips 178/2007 | 16. september 2010 | Civilni | hrvaško |
| 25 | Sodba II Ips 217/2008 | 18. november 2010 | Civilni | hrvaško |
| 26 | Sodba II Ips 991/2008 | 31. marec 2011 | Civilni | hrvaško |
| 27 | Sodba II Ips 387/2010 | 5. maj 2011 | Civilni | hrvaško |
| 28 | Sodba in sklep II Ips 298/2010 | 19. maj 2011 | Civilni | hrvaško |
| 29 | Sklep Cp 8/2010 | 14. julij 2011 | Civilni | hrvaško |
| 30 | Sodba III Ips 68/2010 | 11. oktober 2011 | Gospodarski | nizozemsko |
| 31 | Sklep II Ips 876/2008 | 19. januar 2012 | Civilni | hrvaško |
| 32 | Sodba II Ips 1176/2008 | 20. marec 2012 | Civilni | hrvaško |
| 33 | Sklep II Ips 196/2011 | 5. april 2012 | Civilni | hrvaško |
| 34 | Sodba II Ips 307/2011 | 5. april 2012 | Civilni | italijansko |
| 35 | Sodba II Ips 679/2009 | 8. november 2012 | Civilni | hrvaško |
| 36 | Sodba X Ips 78/2011 | 14. november 2012 | Upravni | italijansko |
| 37 | Sodba II Ips 343/2011 | 15. november 2012 | Civilni | italijansko |
| 38 | Sodba II Ips 79/2012 | 17. januar 2013 | Civilni | italijansko |
| 39 | Sodba II Ips 174/2012 | 21. marec 2013 | Civilni | avstrijsko |
| 40 | Sodba II Ips 49/2012 | 21. marec 2013 | Civilni | italijansko |
| 41 | Sodba X Ips 242/2012 | 21. marec 2013 | Upravni | hrvaško |
| 42 | Sodba G 24/2011 | 27. januar 2014 | Gospodarski | nemško |
| 43 | Sklep II DoR 361/2013 | 20. februar 2014 | Civilni | hrvaško |
| 44 | Sklep X Ips 92/2014 | 14. maj 2014 | Upravni | hrvaško |
| 45 | Sodba II Ips 243/2012 | 11. december 2014 | Civilni | hrvaško |
| 46 | Sodba II Ips 82/2014 | 5. februar 2015 | Civilni | hrvaško |
| 47 | Sklep II Ips 160/2013 | 23. april 2015 | Civilni | francosko |
| 48 | Sodba II Ips 248/2013 | 9. julij 2015 | Civilni | italijansko |

| Zaporedna št. | Opravična številka odločitve | Datum odločitve | Oddelek | Navajano sodišče |
|---------------|------------------------------|--------------------|-------------|------------------|
| 49 | Sodba II Ips 191/2015 | 24. september 2015 | Civilni | hrvaško |
| 50 | Sodba III Ips 22/2015 | 28. oktober 2015 | Gospodarski | nemško |
| 51 | Sklep Cp 10/2016 | 5. maj 2016 | Civilni | hrvaško |
| 52 | Sodba II Ips 251/2014 | 5. maj 2016 | Civilni | hrvaško |
| 53 | Sodba III Ips 134/2015 | 20. september 2016 | Gospodarski | nemško |
| 54 | Sodba III Ips 50/2015 | 20. september 2016 | Gospodarski | nemško |
| 55 | Sodba III Ips 51/2015 | 22. november 2016 | Gospodarski | avstrijsko |
| 56 | Sklep Cpg 3/2017 | 26. oktober 2017 | Gospodarski | italijansko |
| 57 | Sklep III Ips 45/2016 | 23. januar 2018 | Gospodarski | nemško |
| 58 | Sklep II Ips 39/2016 | 19. marec 2018 | Civilni | hrvaško |
| 59 | Sodba III Ips 4/2017 | 24. april 2018 | Gospodarski | nemško |
| 60 | Sodba II Ips 236/2016 | 17. maj 2018 | Civilni | avstrijsko |
| 61 | Sodba II Ips 131/2018 | 9. avgust 2018 | Civilni | nemško |
| 62 | Sodba II Ips 108/2017 | 5. november 2018 | Civilni | hrvaško |
| 63 | Sodba II Ips 129/2017 | 27. december 2018 | Civilni | avstrijsko |

Tabela 2: Seznam odločitev Vrhovnega sodišča RS, v katerih se je sklicevalo na odločitve drugih vrhovnih sodišč držav članic EU v obdobju 2000–2018.

Izvirni znanstveni članek / *Scientific article*

UDK: 347.72:347.9

DOI: 10.51940/2022.1.97-120

Rok Dacar in Aleš Ferčič***

Pravopolitični pogled na doktrino nujnih zmogljivosti: analiza stanja in pomen »nepogrešljivosti«

1. Uvod

V tem prispevku želiva ponuditi pravopolitičen pogled na doktrino nujnih zmogljivosti (angl. *the essential facilities doctrine*, v nadaljevanju: doktrina),¹ pri čemer zasleduje zlasti dva raziskovalna cilja. Prvi raziskovalni cilj je podrobna analitična razčlenitev doktrine, ki presega posnetek stanja in poskuša najti vzročno-posledične povezave med doktrino in vsakokratno javno politiko, drugi raziskovalni cilj, ki temelji na prvem, pa je presoja pogojev, pod katerimi je trenutno mogoče uporabiti doktrino.

* *Magister prava, M.A. (Kraljevina Belgija), asistent na Pravni fakulteti Univerze v Mariboru, elektronski naslov: rok.dacar@um.si.*

** *Doktor pravnih znanosti, izredni profesor na Pravni fakulteti Univerze v Mariboru, elektronski naslov: ales.fercic@um.si.*

¹ Glej na primer: Malshe, 2019, str. 124–129; Muller in Rodenhausen, 2008, str. 310–329; Pitofsky, Patterson in Hooks, 2002, str. 443–462; Beckemrhagen, 2002; Lipsky in Sidak, 1999, str. 1187–1248; Furse, 1995, str. 469–472.

V okviru prvega raziskovalnega cilja izhodiščno upoštevava, da doktrina ni evropski unikum,² vendar je poudarek na razvoju doktrine v praksi Sodišča³ in Evropske komisije (v nadaljevanju: Komisija) oziroma nasploh v pravu Evropske unije.⁴ Pregled te prakse razkrije spremembe doktrine in ponekod tudi njeno pojmovno odprtost, kar je v teoriji predmet kritik, ki praksi očita njeno nedoslednost oziroma nasploh kontroverznost.⁵ Vendar je vprašanje, ali so vse take kritike utemeljene,⁶ kar želiva preveriti z ustreznim analitičnim pristopom, ki upošteva vzročno-posledične povezave in se ne omeji le na vprašnji »kaj?« ali/in »kako?«, temveč analizira tudi »kdaj?« in »zakaj?«. Slednje je pomembno, ker pozitivno pravo ne obstaja v nekem časovnem in prostorskem praznem prostoru, temveč v vsakokratnem realnem času in prostoru, za katerega so značilni specifični izzivi in cilji. Ta okoliščina pokaže nujno povezanost, pravzaprav vzajemno odvisnost prava in javne politike.⁷ Skratka, z ustrežno analizo razlage in uporabe relevantnih pravnih pravil v kontekstu vsakokratne javne politike⁸ želiva preveriti, ali so prej omenjene kritike, ki jih je na račun prakse mogoče zaslediti v teoriji, utemeljene.⁹ V tem smislu je v drugem razdelku najprej pojasnjen nadnacionalni pravni okvir doktrine, v tretjem razdelku sledi (pravopolitična) analiza zadev Komisije in Sodišča, ki zadevajo nujne

² Doktrina nujnih zmogljivosti se je najprej pojavila v konkurenčnem (tako imenovanem antitrust) pravu Združenih držav Amerike (Lipsky in Sidak, 1999, str. 1195–1211; Van Siclen, 1996, str. 7), danes pa jo najdemo v številnih pravnih sistemih. Čeprav ni omejena na klasične infrastrukturne sektorje, kot so energetski, telekomunikacijski, poštni in transportni, se zdi, da je bil pomen doktrine najbolj očiten prav v takih sektorjih, zlasti po začetku njihove liberalizacije, kjer je s ciljem odprave dejanskih oziroma ekonomskih ovir za vstop na trg (Ferčič, 2015, str. 113–118) presegla okvir splošnega konkurenčnega prava in se je pojavljala tudi v posebnem liberalizacijskem pravu (Ferčič, 2009, str. 41–48). Tako je v teh sektorjih postopno prišlo do kombinacije negativne in pozitivne integracije. Vendar pa, kot je bilo že rečeno, doktrina od vsega začetka ni bila omejena zgolj na klasične infrastrukturne sektorje, zato se utemeljeno postavlja vprašanje, ali oziroma kako je uporabljiva v modernih tehnoloških sektorjih, ki temeljijo na velepodatkih. Primerjalni pravni vidiki so upoštevani, vendar niso osrednjega pomena.

³ Pojem Sodišče v prispevku zaradi jasnosti besedila uporabljava tako za Sodišče Evropske unije, Splošno sodišče Evropske unije kot tudi za Sodišče Evropskih skupnosti.

⁴ Kot je prikazano v nadaljevanju, je v različnih pravnih sistemih sicer mogoče najti skupni imenovalec doktrine, vendar tudi pomembne razlike.

⁵ Glej na primer: Kerber in Schweitzer, 2017, str. 39–58; Hesse, 2008, str. 32–37; Ridyrd, 2004, str. 669–673.

⁶ Spremembe doktrine, ki jih je mogoče utemeljiti s spremenjenimi okoliščinami in s tem povezano javno politiko, lahko razumemo kot razvoj doktrine in njeno prožnost, podobno pa velja tudi glede pojmovne odprtosti.

⁷ Van Siclen glede tega med drugim omenja razlike v konkurenčni politiki (Van Siclen, 1996, str. 10, op. 7), ki je za obravnavano problematiko tudi po najinem mnenju bistvena, vendar ne edina relevantna.

⁸ Pri tem izhajava iz predpostavke legitimnosti in utemeljenosti javne politike oziroma politik.

⁹ Kritike se nanašajo predvsem na odstop pogojev Microsofta od pogojev Magill in IMS Health.

zmogljivosti, v četrtem razdelku pa je analizirana povezava med spremembami v konkurenčni politiki in pravu EU ter spreminjajočo prakso s področja doktrine.

Na podlagi izsledkov prvih treh razdelkov peti razdelek poskuša pojasniti, pod katerimi pogoji se lahko doktrina uporabi danes, šesti razdelek pa poda sintezo ugotovitev prispevka.

2. Kratek pregled razvoja doktrine nujne zmogljivosti

Načelo avtonomnosti oziroma prostega urejanja obligacijskih razmerij je splošno obligacijsko pravno načelo, ki udeležencem na trgu med drugim omogoča, da lahko podjetje samo izbira, s kom bo poslovalo, omejuje dejstvo, da lahko v nekaterih primerih zavrnitev dobave (angl. *refusal to sell, refusal to supply*) pomeni kršitev prevladujočega položaja podjetja na trgu. Zavrnitve dobave sicer lahko v grobem delimo na:

1. zavrnitve dobave na trgu dostopnega proizvoda,¹⁰ ki ga podjetje s prevladujočim položajem prodaja drugim podjetjem;
2. prekinitev dobave proizvoda, ki ga je podjetje s prevladujočim položajem predhodno dobavljalo; ter
3. zavrnitev dobave proizvoda, ki še ni dostopen na trgu, saj ga podjetje s prevladujočim položajem ne prodaja, temveč ga uporablja kot input za lastno proizvodnjo drugih proizvodov.

Poseben primer zavrnitve dobave, do katerega lahko pride v vsaki od treh zgoraj navedenih oblik zavrnitve dobave, je zavrnitev dobave (oziroma dostopa) po doktrini.¹¹ Doktrina je v evropskem konkurenčnem pravu institut, po katerem mora podjetje (ki ima prevladujoč položaj na zgornjem trgu) in ki obvladuje zmogljivost, ki je ni mogoče podvojiti v običajnem inovacijskem in investicijskem procesu in brez katere je tekmovanje na spodnjem (vertikalno povezanem) trgu nemogoče ali resno oteženo, to zmogljivost (pod primernimi pogoji) deliti z drugimi podjetji.¹² Njena domovinska pravica je v ZDA, kjer se je v prvi polovici prejšnjega stoletja razvila predvsem skozi sodno prakso zveznih sodišč. Od sedemdesetih let 20. stoletja dalje je bila zaradi prevlade proti-intervencionističnih ekonomskih teorij deležna vse glasnejših kritik, med katerimi je gotovo najznamenitejša v članku Phillipa Areede *Essential Facilities: An Epithet in Need of Limiting Principles*. Po desetletjih nenaklonjene sodne prakse in teoretičnih razprav, ki so jo celo označile za enega najbolj problematičnih, nekoherentnih in neobvladljivih

¹⁰ Pojem »proizvod« v prispevku zaradi jasnosti besedila uporabljava tako za proizvode kot tudi za storitve.

¹¹ Ugotovimo torej lahko, da je zavrnitev dobave po doktrini podmnožica zavrnitve dobave. Vsaka zavrnitev dobave nujne zmogljivosti je hkrati po naravi stvari zavrnitev dobave, ni pa vsaka zavrnitev dobave tudi zavrnitev dobave nujne zmogljivosti.

¹² Craig in Burca, 2015, str. 1074.

institutov konkurenčnega prava, brez katerega bi svet bil lepši,¹³ ji je milostni strel leta 2004 zadala sodba Vrhovnega sodišča ZDA v zadevi *Trinko*,¹⁴ ki je okoliščine, v katerih se lahko uporabi, do skrajnosti zamejila in *de facto* onemogočila njeno uporabo.

Povsem drugačen pa je bil razvoj doktrine v konkurenčnem pravu EU,¹⁵ v katerem je (bila) toplo sprejeta ter široko uporabljena, morda pa v nekaterih primerih tudi zlorabljen kot sredstvo za doseganje ciljev, ki so primarno v domeni *ex ante* ekonomske regulacije.¹⁶ V praksi Komisije in Sodišča so kot nujne zmogljivosti bile priznane med drugim kemikalije, potrebne za izdelavo drugih kemikalij,¹⁷ pristanišča,¹⁸ letališka infrastruktura v najširšem pomenu besede¹⁹ in železniška infrastruktura.²⁰ Komisija in Sodišče sta lastnost nujne zmogljivosti pripoznala tudi pravicam intelektualne lastnine.²¹

Doktrina je sicer eden spornejših konkurenčnopравnih institutov in ima tako velike zagovornike kot tudi velike nasprotnike. Prvi zatrjujejo, da blagodejno vpliva na tržno konkurenco, saj omogoča predvsem manjšim podjetjem dostop do zmogljivosti, ki jih nujno potrebujejo za nastop na spodnjem trgu, drugi pa so prepričani, da neupravičeno zmanjšuje interes podjetij za vlaganje v izgradnjo novih zmogljivosti ter v raziskave in razvoj. Ker pomeni grob poseg v pravico podjetij do svobodne gospodarske pobude in v pravico do zasebne lastnine, mora za njeno uporabo biti tradicionalno zadoščeno posebno strogim kriterijem.

¹³ Hovenkamp, 1999, str. 336.

¹⁴ *Verizon v. Trinko*, 540 U.S. 398 z dne 13. januarja 2004.

¹⁵ Kjer zavrnitev dobave zmogljivosti, ki pomeni nujno zmogljivost kot zloraba prevladujočega položaja pomeni kršitev 102. člena Pogodbe o delovanju Evropske unije.

¹⁶ Zadeva COMP/39.315 ENI z dne 29 septembra 2010 (ENI).

¹⁷ C-6/73 *Istituto Chemioterapico Italiano and Commercial Solvents proti Komisiji* z dne 6. marca 1974, ECLI:EU:C:1974:18 (*Commercial Solvents*).

¹⁸ Zadevi 94/19/EC *B&I/Sealink* z dne 21. decembra 1993 (*B&I/Sealink*); in 94/119/EC *Port of Rødby* z dne 21. decembra 1993 (*Port of Rødby*).

¹⁹ Zadevi 98/190/EC *Flughafen Frankfurt/Main AG* z dne 14. januarja 1998 (*Flughafen Frankfurt/Main AG*); in 98/513/EC *Alpha Flight Services/Aéroports de Paris* z dne 11. junija 1998 (*Aéroports de Paris*).

²⁰ T-374/94 *European Night Services Ltd (ENS) proti Komisiji* z dne 15. septembra 1998, ECLI:EU:T:1998:198 (*Night Services*).

²¹ C-238/87 *AB Volvo proti Erik Veng (UK) Ltd* z dne 5. oktobra 1988, ECLI:EU:C:1988:477 (*Volvo/Veng*); C-38/98 *Régie nationale des usines Renault SA v Maxicar SpA and Orazio Formento* z dne 11. maja 2000, ECLI:EU:C:2000:225 (*Renault/Maxicar*); C-241/91 P, C-242/91 P *Radio Telefís Éireann (RTE) and Independent Television Publications Ltd (ITP) proti Komisiji* z dne 6. aprila 1995, ECLI:EU:C:1995:98 (*Magill*); C-418/01 *IMS Health GmbH & Co. OHG proti NDC Health GmbH & Co. KG* z dne 29. aprila 2004, ECLI:EU:C:2004:257 (*IMS Health*); T-201/04 *Microsoft proti Komisiji* z dne 17. septembra 2007, ECLI:EU:T:2007:289 (*Microsoft*).

3. Analiza izbrane sodne prakse glede doktrine nujne zmogljivosti

3.1. Pogoji Bronner kot izhodiščna točka presoje nepogrešljivosti zmogljivosti

Kot izhodišče razprave vzemimo pogoje, ki jih je Sodišče vzpostavilo s sodbo v zadevi *Bronner*.²² Ti so nekakšen zlati standard, iz katerega Sodišče in Komisija v večini zadev, ki so povezane z doktrino, izhajata, *čeprav mu v celoti le redko sledita. Sodišče je tako pogoje Bronner* dejansko uporabilo zgolj v dveh zadevah, v sami zadevi *Bronner* ter v zadevi *Clearstream*,^{23, 24} Komisija pa se je nanje vidno oprla še v zadevi *GVG*.²⁵

Sodba v zadevi *Bronner* temelji na naslednjem dejanskem stanju. Oskar Bronner je bil izdajatelj avstrijskega dnevnika *der Standard* s 3,6-odstotnim tržnim deležem na trgu dnevnikov, podjetje *Mediaprint* pa izdajatelj dveh dnevnikov, ki sta na trgu dnevnikov konkurirala dnevniku *der Standard*. Podjetje *Mediaprint* je na trgu dnevnikov imelo 46-odstotni tržni delež, razvilo pa je tudi dostavljalsko mrežo *za svoje časopise*. Bronner je zatrjeval, da dostavljalska mreža podjetja *Mediaprint* pomeni nujno zmogljivost in da mu mora slednje zato omogočiti dostop do storitev, ki jih zagotavlja. Sodišče je v odgovoru na predhodno vprašanje prvič taksativno navedlo pogoje, ki morajo biti izpolnjeni, da je v primeru zavrnitve dostopa do zmogljivosti mogoče uporabiti doktrino. Tako mora;

1. biti verjetno, da bo zavrnitev odpravila vso konkurenco na spodnjem trgu,
2. za tako zavrnitev ne sme biti objektivnih utemeljitev²⁶ in
3. zmogljivost mora biti nepogrešljiva za delovanje na spodnjem trgu, saj zanjo ne obstajajo ne dejanski in ne potencialni substituti, pri čemer pa ni dovolj zgolj to, da je med vsemi temi zahtevana zmogljivost najugodnejša, temveč mora biti uporaba substitutov vsaj ekonomsko neizvedljiva.

²² C-7/97 *Oscar Bronner GmbH & Co. KG proti Mediaprint Zeitungs- und Zeitschriftenverlag GmbH & Co. KG, Mediaprint Zeitungsvertriebsgesellschaft mbH & Co. KG and Mediaprint Anzeigengesellschaft mbH & Co. KG* z dne 26. novembra 1998, ECLI:EU:C:1998:569 (*Bronner*). Sodišče je doktrino prvič sicer uporabilo v zadevi *Commercial Solvents* leta 1974, na katero pa se Komisija in Sodišče v sodobni praksi ne sklicujeta, niti se v zvezi z njo ne pojavljajo nejasnosti, zato ne bo podrobneje obravnavana.

²³ T-301/04 *Clearstream proti Komisiji*, ECLI:EU:T:2009:317 (*Clearstream*).

²⁴ Muscat, 2021, str. 260.

²⁵ Zadeva COMP/37.685 *GVG/FS* z dne 27. avgusta 2003 (*GVG*).

²⁶ Sodišče in Komisija sta glede objektivnih utemeljitev razvila bogato prakso. Temple, 2000, str. 385, jo povzema in ugotavlja, da je zavrnitev dostopa mogoče objektivno opravičiti, če bi dostop do zmogljivosti zavrnil tudi racionalno delujoč imetnik zmogljivosti, ki nima nikakršnega interesa za delovanje na spodnjem trgu.

Novost v razmerju do dotedanje sodne prakse, na kateri je sodba gradila in iz nje povzela prvi in drugi pogoj,²⁷ je bila uvedba tretjega pogoja.²⁸ V povezavi z njim je Sodišče presodilo, da so v zadevnem primeru, razen dostavne mreže podjetja Mediaprint, bili na voljo še drugi, sicer ekonomsko manj učinkoviti načini distribucije dnevnikov, na primer prodaja po pošti, v kioskih in v trgovinah, poleg tega pa ni bilo nemogoče, da bi posamezno podjetje ali skupina podjetij ustanovili podobno dostavljalsko mrežo dnevnikov, kot jo je imelo podjetje Mediaprint.²⁹ Iz dikcije, ki jo je Sodišče uporabilo, je mogoče razbrati, da bi dejanskih in potencialnih substitutov za dostavljalsko mrežo podjetja Mediaprint ne bilo zgolj v primeru, ko bi ne bilo niti manj ugodnih možnosti dostavljanja dnevnikov in ko bi niti podjetje ali skupina podjetij s podobnim tržnim položajem kot podjetje Mediaprint ne mogli ustanoviti primerljive dostavljalske mreže.³⁰ Letvica za presojo, kdaj je vzpostavitev nove (tj. potencialne) zmogljivosti še ekonomsko razumna alternativa, je torej postavljena zelo visoko.³¹ S tako argumentacijo je Sodišče nadgradilo takrat zgolj dva meseca staro sodbo v zadevi *Night Services*,³² v kateri je odločilo, da je zmogljivost nepogrešljiva, če zanjo ni substitutov in da zgolj to, da bi dostop do nje podjetju, ki dostop zahteva, prinesel neko korist, še ne pomeni, da je nepogrešljiva.

Tretji pogoj je tesno povezan s prvim pogojem. Če namreč za neko zmogljivost ni ne dejanskih ne potencialnih substitutov ter je zato nepogrešljiva za delovanje na spodnjem trgu, bo zavrnitev dostopa do nje po naravi stvari izključila vso konkurenco na spodnjem trgu. Iz tega izhaja, da je na tretji pogoj morda ustrežnejše kot na samostojni pogoj gledati kot na podrobnejšo opredelitev tega, kdaj bo zavrnitev dostopa do zmogljivosti odpravila vso konkurenco na spodnjem trgu, torej prvega pogoja.³³ Z zahtevo po odsotnosti dejanskih in potencialnih substitutov je Sodišče sledilo mnenju generalnega pravobranilca Jacobsa, ki je izrazito bolj naklonjeno konkurenci za trg kot konkurenci na trgu.³⁴ To se najbolj kaže v delu, v katerem je posebno poudarjeno, da lahko prisilna odreditev dostopa do zmogljivosti kratkoročno sicer poveča konkurenco na trgu, dolgoročno pa nanjo negativno vpliva, saj zmanjšuje spodbude podjetij za vlaganje v drage zmogljivosti.³⁵ Sodba v

²⁷ Glej na primer *Commercial Solvents*, točka 25; in C-311 *CBEM proti CLT in IPB* z dne 3. oktobra 1985, ECLI:EU:C:1985:394 (*Telemarketing*), točka 27.

²⁸ Muller in Rodenhause, 2008, str. 319.

²⁹ Prav tam, točki 43 in 44.

³⁰ Teorija to imenuje objektivni kriterij. Pri uporabi objektivnega kriterija se tako ne presoja, ali bi substitut zadevni zmogljivosti moglo vzpostaviti podjetje, ki dostop do nje zahteva (subjektivni test), ampak ali bi ga moglo vzpostaviti podjetje, ki ima primerljiv tržni položaj kot podjetje, ki je dostop do zmogljivosti zavrnilo.

³¹ De Stree in Vegis, 1999, str. 413.

³² T-374/94 *European Night Services in drugi proti Komisiji*, ECLI:EU:T:1998:198 (*Night Services*).

³³ Evrard, 2004, str. 498.

³⁴ Graef, 2016, str. 182.

³⁵ Mnenje generalnega pravobranilca Jacobsa v zadevi C-7/97, ECLI:EU:C:1998:264, točka 57.

zadevi *Bronner* je torej na podlagi preference za konkurenco za trg vzpostavila zelo stroge pogoje za aktivacijo doktrine,³⁶ saj mora podjetje, ki želi dostop do zmogljivosti, ki jo ima v oblasti drugo podjetje, dokazati, da je bodisi fizično nemogoče bodisi ekonomsko popolnoma neupravičeno podvojiti že obstoječo zmogljivost. Tako visoko postavljene zahteve je teorija večinoma sprejela z odobravanjem, saj bi blažji kriteriji lahko negativno vplivali na dinamično učinkovitost in na blaginjo potrošnikov.³⁷ Po navedenem ne preseneča, da se vse do danes na pogoje iz zadeve *Bronner* pogosto sklicujejo podjetja s prevladujočim položajem, ki zavrnejo dostop do zmogljivosti, za katero njihovi tekmeci na spodnjem trgu trdijo, da je nepogrešljiva in zahtevajo dostop do nje po doktrini.³⁸

3.2. Pogoji *Magill* ter *IMS Health* kor standardni pogoji za pravice intelektualne lastnine

Nedolgo po sodbi v zadevi *Bronner* je bila izdana še sodba v zadevi *IMS Health*,³⁹ s katero je Sodišče gradilo tako na pogojih iz zadeve *Bronner* kot tudi na sodbah v zadevah *Ladbroke*⁴⁰ ter *Magill*,⁴¹ ki sta obravnavali položaj pravice intelektualne lastnine⁴² kot nujne zmogljivosti. Sodišče je v sodbi v zadevi *Magill* podalo pomembno pojasnilo, da je za opredelitev spodnjega trga dovolj že, če se identificira potencialni ali celo hipotetični trg.⁴³ V zadevi *Magill* trg tedenskih televizijskih sporedov vseh televizijskih kanalov na Irskem namreč ni obstajal in tudi ni mogel obstajati, saj je njegov nastanek onemogočala zavrnitev imetnikov pravic intelektualne lastnine na tedenskih televizijskih sporedih posameznih televizijskih kanalov, da omogočijo njihovo uporabo za izdelavo tedenskega televizijskega sporeda vseh televizijskih kanalov. Če bi v tem primeru za aktivacijo obveznosti po doktrini ne zadoščala že opredelitev hipotetičnega trga, bi imetniki pravic

³⁶ Doherty, 2001, str. 423.

³⁷ Van den Bergh in Camesasca, 2006, str. 280.

³⁸ Glej na primer zadevae AT.39740 *Google Search (Shopping)* z dne 27. junija 2017, točki 645 in 651; T-201/04 *Microsoft proti Komisiji* z dne 17. septembra 2007, ECLI:EU:T:2007:289 (*Microsoft*), točke 112, 116, 297, 299 in 300; C-165/19 P *Slovak Telekom proti Komisiji* z dne 25. marca 2021, ECLI:EU:C:2021:239 (*Slovak Telekom*), točke 21–24.

³⁹ C-418/01 *IMS Health GmbH & Co. OHG proti NDC Health GmbH & Co. KG* z dne 29. aprila 2004, ECLI:EU:C:2004:257 (*IMS Health*).

⁴⁰ T-504/93 *Tiercé Ladbroke proti Komisiji* z dne 12. junija 1997, ECLI:EU:T:1997:84 (*Tiercé Ladbroke*).

⁴¹ C-241-2/91 P *Radio Telefís Éireann (RTE) and Independent Television Publications Ltd (ITP) proti Komisiji* z dne 6. aprila 1995, ECLI:EU:C:1995:98 (*Magill*).

⁴² S sklicevanjem na doktrino bodo podjetja najpogosteje zahtevala dostop do patenta, članek pa sledi tuji literaturi v tem, da vrst pravic intelektualne lastnine, do katerih se zahteva dostop, ne opredeljuje podrobneje, ampak govori o pravicah intelektualne lastnine. Glej na primer Chen, 2014, str. 533–557; Cotter, 1999, str. 211–250; Ginsburg, Garadin in Klovers, str. 99–120; Graef, 2011, str. 1–20.

⁴³ *IMS Health*, točka 44.

intelektualne lastnine na televizijskih sporedih posameznih televizijskih kanalov lahko onemogočili vzpostavitev novega trga. Možnost, da se doktrina uporabi tudi v primeru, ko je določen zgolj hipotetični trg, je torej pomembna v vseh tistih situacijah, v katerih spodnji trg še ne obstaja in bi ga zavrnitev dobave podjetja s prevladujočim položajem na zgornjem trgu lahko onemogočila.

Dalje je s sodbo v zadevi *Magill* Sodišče pojasnilo, da lahko pravica intelektualne lastnine predstavlja nujno zmogljivost, če:

1. je zmogljivost, ki je zaščiten s pravico intelektualne lastnine, neizogibno potrebna za delovanje na spodnjem, vertikalno povezanem trgu, ker zanjo ni dejanskih ali potencialnih substitutov in zavrnitev njene dobave izključi vso konkurenco iz spodnjega trga;
2. niso podani objektivni razlogi, ki bi opravičili zavrnitev dobave;
3. je podana možnost imetnika pravice intelektualne lastnine, da zase rezervira sekundarni (tj. spodnji, vertikalno povezani) trg, in če obstaja;
4. možnost, da zavrnitev dobave prepreči oblikovanje novega proizvoda, ki ga imetnik zadevne pravice intelektualne lastnine ne nudi in za katerega obstaja potencialno povpraševanje potrošnikov.⁴⁴

Opazimo lahko, da od pogojev, določenih s sodbo v zadevi *Bronner*, odstopa predvsem pogoj novega proizvoda, ki ga v sodbi v zadevi *Bronner* sploh ni mogoče najti. Pogoj novega proizvoda je namenjen zlasti tehtanju med škodo, ki jo obvezna delitev pravice intelektualne lastnine povzroči imetnikom te pravice, in koristjo, ki so je zaradi nje deležni potrošniki (predvsem prek povečanja izbire zaradi prisotnosti novega proizvoda na trgu). Test novega proizvoda je domiseln način za analizo skupne koristi. Če namreč želi ponudnik ponuditi proizvod, ki je nov in za katerega obstaja potencialno povpraševanje potrošnikov, bo korist zaradi obveznega dostopa preseгла škodo, ki jo tak dostop povzroči.⁴⁵ Sodba v zadevi *Magill* pa nikjer ni navedla, ali morajo biti prvi do četrti pogoj izpolnjeni kumulativno ali alternativno. Posledično je prihajalo do nekaterih nejasnosti, predvsem glede vprašanja, ali je četrti pogoj že sam po sebi zadostna podlaga za uporabo doktrine.⁴⁶

Dodatno razjasnitev položaja doktrine na področju pravic intelektualne lastnine je prinesla še sodba v zadevi *Ladbroke*, ki je potrdila, da uporaba doktrine ne pride v poštev v primerih, ko je zatrjevana nujna zmogljivost pravica intelektualne lastnine in ko njen imetnik ne deluje na spodnjem (vertikalno povezanem) trgu ali ko ima podjetje, ki zahteva dostop do nujne zmogljivosti, na spodnjem trgu prevladujoč položaj.⁴⁷

Dokončno pa je položaj doktrine na področju pravic intelektualne lastnine utrdila sodba v zadevi *IMS Health*. Podjetje IMS Health je razvilo blokovno strukturo 1860, ki je postala industrijski standard za prikazovanje podatkov o prodaji farmacevtskih izdel-

⁴⁴ Prav tam, točke 52–56.

⁴⁵ G. Monti, 2007, str. 228.

⁴⁶ Jones in Sufrin, 2011, str. 502.

⁴⁷ Korah, 2002, 814.

kov v Nemčiji. Dostop do blokovne strukture 1860, ki je bila zaščitena s pravicami intelektualne lastnine, je zahtevalo podjetje NDC, ki je zatrjevalo, da mu je brez njega onemogočen nastop na trgu prodaje podatkov o prodaji farmacevtskih izdelkov v Nemčiji. Sodišče je zaključilo, da morajo biti za uporabo doktrine kumulativno izpolnjeni trije pogoji, in sicer da:

1. zavrnitev dobave preprečuje oblikovanje novega proizvoda, za katerega obstaja potencialno povpraševanje potrošnikov,
2. da zavrnitev dobave ni upravičena in
3. da zavrnitev dobave izloči vsakršno konkurenco na spodnjem trgu.⁴⁸

Sodišče je s tem odgovorilo na večino nejasnosti, ki jih v zvezi s položajem pravic intelektualne lastnine kot nujnih zmogljivosti do tedaj še ni obravnavalo, hkrati pa pustilo odprto vprašanje, kaj točno je »nov proizvod«, torej ali izraz vključuje tudi tehnične izboljšave starega proizvoda ali pa mora iti za dejansko popolnoma nov proizvod ter ali bi podjetje zavrnitev dostopa do pravice intelektualne lastnine lahko argumentiralo s tem, da mora nujno imeti monopol nad njenim izkoriščanjem, da si s tem povrne stroške raziskav in razvoja.⁴⁹ Iz tega je jasno, da so za presojo, ali pomenijo nujno zmogljivost pravice intelektualne lastnine, vzpostavljeni drugačni standardi, kot za presojo, ali nujno zmogljivost pomenijo materializirane zmogljivosti.⁵⁰ Za to, da je po doktrini nepogrešljiva materializirana zmogljivost, se tako ne zahteva izpolnitev pogoja novega proizvoda. Kot razlog za to teorija navaja bistvene razlike med pravicami intelektualne lastnine in materializiranimi zmogljivostmi,⁵¹ predvsem da možnost, da bo posamezna pravica intelektualne lastnine podvržena obveznostim po doktrini, krni spodbude podjetij za vlaganje v raziskave in razvoj, saj obstaja možnost, da bo treba plodove lastnega dela deliti z drugimi podjetji. Vendar je po najinem mnenju mogoče sklepati, da je razlikovanje med pravicami intelektualne lastnine in materializiranimi zmogljivostmi neupravičeno, saj tudi razvoj materializiranih zmogljivosti zahteva visoke vložke (kot na primer v primeru izgradnje pomola ali distribucijskega omrežja), ter da so zlorabe pravic intelektualne lastnine pravzaprav zelo težavne, saj zahtevajo veliko denarnih sredstev, znanja in časa, ki jih večina podjetij, ki zahtevajo dostop do njih, nima.⁵² Z drugimi besedami, ni mogoče spregledati dejstva, da možnost aktivacije doktrine ne vpliva negativno le na spodbude za vlaganje v razvoj in raziskave, katerih dosežki se zaščitijo s pravicami intelektualne lastnine, ampak tudi na vlaganje v materializirane zmogljivosti. Prav to je upoštevalo

⁴⁸ IMS Health, točka 38.

⁴⁹ Andreangeli, 2009, str. 589.

⁵⁰ Isti kriteriji za presojo nepogrešljivosti zmogljivosti kot za materializirane zmogljivosti se uporabljajo tudi za storitve. Glej na primer zadevo *Bronner*.

⁵¹ Chen (2014, str. 533) poudarja, da so zaradi teh razlik v konkurenčnem pravu ZDA tudi pred sodbo v zadevi *Trinko* imetniki pravic intelektualne lastnine lahko zavrnilo dostop konkurenčnih podjetij do pravic intelektualne lastnine, katerih imetniki so bili.

⁵² Ritter, 2005, str. 290.

Sodišče, ko je določilo pogoje v zadevi *Bronner* in pri tem sledilo mnenju generalnega pravobranilca Jacobsa, ki je izrecno opozoril, da je treba z odrejanjem dostopa po doktrini biti posebno previden v primerih, ko so proizvodi, storitve ali zmogljivosti, do katerih se zahteva dostop,⁵³ plod občutnih investicij.⁵⁴ Ker torej že pogoji, ki so v doktrini vzpostavljeni za presojo nepogrešljivosti materializiranih zmogljivosti, nudijo zadostno raven zaščite spodbud za vlaganje v zmogljivosti, se razlikovanje med obravnavo materializiranih zmogljivosti in pravic intelektualne lastnine kot nematerializiranih zmogljivosti zdi neutemeljeno.

3.3. Pogoji iz zadeve *Microsoft* kot vir nejasnosti

Po sodbah v zadevah *Bronner* in *IMS Health* so bili pogoji za uporabo doktrine tako v primerih, ki so se nanašali na materializirane zmogljivosti, kot tudi v primerih, ki so se nanašali na pravice intelektualne lastnine, jasno določeni, možnost predvideti, ali je neka zmogljivost po doktrini nepogrešljiva, pa je bila vsaj v postopkih pred Sodiščem razmeroma visoka. Pretres v tako izoblikovanem sistemu je bila sodba v zadevi *Microsoft*, ki je zameglila pogoje za uporabo doktrine in bila v strokovni literaturi tarča obširnih kritik.

Sodba v zadevi *Microsoft* je negativno vplivala na uporabo doktrine v praksi. Po njej se Komisija namreč v postopkih, v katerih značilnost posamezne zmogljivosti kot nujne zmogljivosti ni *prima facie* očitna, uporabi doktrine izogiba.⁵⁵ To se je zgodilo v zadevah *Facebook/WhatsApp*,⁵⁶ *Google/DoubleClick*,⁵⁷ *Telefónica UK/ Vodafone UK/ Everything Everywhere/ JV*.^{58, 59} Bolj kot to, da Komisija podatkov ni opredelila kot nujne zmogljivosti, preseneča odsotnost vsakršne analize tega vprašanja, ki nakazuje na oklevanje pri uporabi doktrine, katerega najverjetnejši razlog je njen nerazjasnjeni položaj po sodbi v zadevi *Microsoft*.

⁵³ Torej tako materializirane kot tudi nematerializirane zmogljivosti.

⁵⁴ Mnenje generalnega pravobranilca Jacobsa v zadevi *Bronner*, točka 62.

⁵⁵ To pomeni, da v takih primerih ne more priti do pritožb na sklepe Komisije in posledično do izoblikovanja sodne prakse

⁵⁶ COMP/M.7217 z dne 3. oktobra 2014 *Facebook/WhatsApp (Facebook/WhatsApp)*.

⁵⁷ COMP/M.4731 z dne 11. marca 2008 *Google/ DoubleClick (Google/ DoubleClick)*.

⁵⁸ COMP/M.6314 z dne 4. septembra 2012 *Telefónica UK/ Vodafone UK/ Everything Everywhere/ JV (Telefónica UK/ Vodafone UK/ Everything Everywhere/ JV)*.

⁵⁹ V slednjih se je med drugim postavilo vprašanje, ali nujno zmogljivost predstavljajo podatki. Komisija se je omejila na splošno zatrjevanje, da je relevantne podatke možno pridobiti iz velikega številnih različnih virov, zaradi česar jih ne more obvladovati eno samo podjetje ter da lahko iste podatke hkrati uporablja več podjetij. Čeprav je zatrjevanje Komisije na splošni ravni pravilno, pa lahko prihaja do izjem, o čemer pričata sodna praksa iz ZDA (*hiQ Labs, Inc. v. LinkedIn Corp.*, 938 F.3d 985 (9th Cir. 2019)) in *PeopleBrowsr, Inc. v. Twitter, Inc.*, št. 3:12-cv-06120-EMC) ter 10. novela nemškega Zakona proti omejevanju konkurence (*Gesetz gegen Wettbewerbs-beschränkungen*), ki je v 19. člen zakona vključila izrecno določbo, da podatki lahko pomenijo nujno zmogljivost.

Dejansko stanje, na katerem je sodba v zadevi *Microsoft* temeljila, je bilo naslednje: podjetju Microsoft, ki je na trgu operacijskih sistemov za odjemalske osebne računalnike imelo 90-odstotni tržni delež, je podjetje Sun očitalo, da zavrača razkritje informacij o interoperabilnosti⁶⁰ njegovih operacijskih sistemov za strežnike delovnih skupin z operacijskim sistemom Windows za odjemalske osebne računalnike.⁶¹ Da do interoperabilnosti sploh lahko pride, potrebuje podjetje, katerega aplikacija naj deluje na sistemu drugega proizvajalca, tako imenovane informacije o vmesnikih, torej informacije o sistemu, na katerem naj aplikacija deluje, ki so zaščitene s pravicami intelektualne lastnine. Kjer na trgu programske opreme deluje podjetje z občutno tržno močjo, je za konkurenčnost drugih proizvajalcev programske opreme nujno, da so njihovi proizvodi združljivi s proizvodi tega podjetja,⁶² v zadevnem primeru podjetja Microsoft. Podjetje Microsoft je začelo dostop do informacij o interoperabilnosti zavračati, ko je tudi samo vstopilo na trg operacijskih sistemov za strežnike delovnih skupin (tj. na spodnji trg). Ker širša razprava o zelo kompleksnem dejanskem stanju in nekaterih drugih spornih vidikih sodbe presega meje tega prispevka, omenimo le, da je Sodišče ugotovilo, da je podjetje Microsoft zlorabilo prevladujoč položaj na trgu operacijskih sistemov za strežnike delovnih skupin za odjemalske osebne računalnike ter mu naložilo plačilo globe v višini nekaj manj kot 500 milijonov evrov ter odredilo, da mora zagotavljati potrebne informacije o interoperabilnosti podjetjem na trgu operacijskih sistemov za strežnike delovnih skupin za odjemalske osebne računalnike ter poskrbeti, da bodo informacije ustrezno posodobljene.⁶³

S sodbo v zadevi *Microsoft* je Sodišče v celoti odstopilo od pogoja novega proizvoda, ki ga je oblikovalo s sodbami v zadevah *Magill* in *IMS Health*. V slednji je, ponovimo, navedlo, da lahko zavrnitev dostopa do pravice intelektualne lastnine pomeni zlorabo prevladujočega položaja samo v primerih, ko podjetje, ki zahteva dostop do te pravice, ne namerava zgolj podvajati proizvodov ali storitev, ki so že na voljo na spodnjem, vertikalno povezanem trgu, ampak namerava nuditi nove proizvode ali storitve, ki jih imetnik licence ne nudi.⁶⁴ V sodbi v zadevi *Microsoft* je nasprotno zaključilo, da okoliščina v zvezi s pojavom novega proizvoda, kot je določena s sodbama v zadevah *Magill* in *IMS Health*, ne more biti edini parameter, na podlagi katerega je mogoče ugotoviti, ali zavrnitev podelitve licence za pravico intelektualne lastnine lahko škodi potrošnikom v smislu točke b drugega odstavka 102. člena PDEU.⁶⁵ Kot namreč izhaja iz besedila te določbe, lahko

⁶⁰ Interoperabilnost pomeni, da lahko aplikacije oziroma programi enega proizvajalca delujejo na operacijskem sistemu drugega proizvajalca. Program Microsoft Word, ki deluje na operacijskem sistemu iOS (tovarniško nastavljeni operacijski sistem računalnikov Apple), je na primer interoperabilen s tem operacijskim sistemom.

⁶¹ *Microsoft*, točka 7.

⁶² Jones in Sufrin, 2011, str. 509.

⁶³ *Microsoft*, točka 509.

⁶⁴ *IMS Health*, točka 49.

⁶⁵ Prej 82. člen PES.

taka škoda nastane ne samo zaradi omejevanja proizvodnje ali trgov, ampak tudi zaradi omejevanja tehničnega razvoja.⁶⁶ Sodišče je v sodbi torej namesto pogoja novega proizvoda uvedlo pogoj tehničnega napredka. Če je vsebinsko nejasen že pogoj novega proizvoda, to še toliko bolj velja za pogoj tehničnega napredka. Zanj namreč ni mogoče natančno določiti, kaj vse zajema. Glede na dikcijo sodbe v zadevi *Microsoft* je sicer mogoče predvideti, da zajema vse vrste proizvodov, ki ne pomenijo zgolj podvajanja tistih proizvodov, ki jih podjetje s prevladujočim položajem na zgornjem trgu že nudi na spodnjem trgu. To pa še ne odgovori na vprašanje, kakšen mora biti obseg tehničnega napredka, da bo zadoščeno obravnavanemu pogoju. Tehnični napredek namreč lahko predstavljajo na eni strani majhne izboljšave obstoječih proizvodov, na drugi strani pa proizvodi, ki se od že obstoječih v bistvenem razlikujejo. Ob odsotnosti nadaljnje sodne prakse do danes ostaja nejasno, kako velik tehnični napredek je dovolj velik, da dopušča odreditev obveznosti po doktrini.⁶⁷ Vsebinska odprtost in prožnost izraza tehnični napredek puščata prostor za razmeroma široke prilagoditve in se lahko uporabljata kot pogajalska instrumenta, ki omogočata doseganje določenih strateških ciljev, ki presegajo namen doktrine v okviru konkurenčnih pravil.⁶⁸ Komisija tako lahko prek prilagajanja vsebine pogoja tehničnega napredka zasleduje cilje, ki so širši od ohranitve konkurence na danem trgu in že segajo na področje *ex ante* ekonomske regulacije posameznega trga ali sektorja.⁶⁹

Sodba v zadevi *Microsoft* je od pogojev, vzpostavljenih s sodbami v zadevah *Bronner*, *Magill* in *IMS Health*, odstopila tudi v tem, da ni več zahtevala, da bo zavrnitev dostopa do zmogljivosti izključila vso konkurenco na spodnjem trgu, temveč zgolj, da bo izključila vso učinkovito konkurenco na spodnjem trgu. Zavrnitev dobave po sodbah v zadevah *Bronner*, *Magill* in *IMS Health* mora torej iz spodnjega trga izključiti vso, še tako šibko konkurenco, po sodbi v zadevi *Microsoft* pa lahko na spodnjem trgu konkurenca sicer še obstaja, vendar le, če ni učinkovita. Problematična je nejasnost vsebine pogoja učinkovite konkurence. Nejasno je torej, do kdaj je konkurenca še učinkovita in kdaj postane neučinkovita, kar je med drugim odvisno od tipa ekonomske učinkovitosti, ki ga opazujemo. Razlikujemo namreč med alokacijsko, proizvodno in inovacijsko učinkovitostjo, med katerimi pogosto opazimo medsebojno nezdržljivost (angl. *trade-off*). To odpira vrata za prilagajanje vsebine pogoja interesom Komisije in Sodišča⁷⁰ v vsakem posameznem primeru. Odločitev Sodišča za pogoj izključitve vse učinkovite konkurence namesto izključitve vse konkurence je mogoče razumeti v luči specifičnega dejanskega

⁶⁶ *IMS Health*, točka 647.

⁶⁷ Hou (2012, str. 262) meni, da pogoj tehničnega napredka pomeni arbitrarno razširitev pogoja novega proizvoda in najeda samo bistvo sistema zaščite pravic intelektualne lastnine.

⁶⁸ Marty in Pillot, 2011, str. 216.

⁶⁹ Pav tam.

⁷⁰ Sodišče glede ekonomskih vprašanj Komisiji dopušča širok manevrski prostor, saj se praviloma ne spušča v ekonomske presoje, temveč se omejuje na očitne napake.

stanja.⁷¹ Podjetje Microsoft je v času izdaje sodbe imelo na trgu operacijskih sistemov za strežnike delovnih skupin (tj. na spodnjem trgu) 60-odstotni tržni delež. Na trgu je prav tako bilo prisotnih veliko tekmecev, ki pa so za delovanje na njem potrebovali različno visoko stopnjo interoperabilnosti s proizvodi z zgornjega trga. Podjetje Linux s tržnim deležem 5 do 10 odstotkov je potrebovalo zelo nizko raven interoperabilnosti,⁷² podjetji UNIX in Novell pa zelo visoko in sta na trgu bili kljub zavrnitvi dostopa do informacij o interoperabilnosti še vedno prisotni zgolj zato, ker je veliko potrošnikov še uporabljalo starejše različice operacijskega sistema Windows, za katere je podjetje Microsoft še zagotavljalo informacije o interoperabilnosti.⁷³ Če bi torej Sodišče vztrajalo pri pogoju izključitve vse konkurence, bi ne moglo uporabiti doktrine, saj podjetje Microsoft z zavrnitvijo dostopa do informacij o interoperabilnosti dejansko ni izključilo s spodnjega trga tistih tekmecev, ki so potrebovali nizko raven interoperabilnosti ali interoperabilnosti sploh niso potrebovali.

Kakorkoli že, potrebe za omiljenje pogoja izključitve vse konkurence ni bilo, saj bi Sodišče do enakega rezultata lahko prišlo z drugačno opredelitvijo zgornjega trga. Slednjega bi tako namesto trga operacijskih sistemov za odjemalske osebne računalnike bilo smiselno opredeliti kot trg informacij o interoperabilnosti za operacijske sisteme za odjemalske osebne računalnike. Za podjetja, ki za delovanje na trgu operacijskih sistemov za strežnike delovnih skupin niso potrebovala informacij o interoperabilnosti, po naravi stvari informacije o interoperabilnosti za delovanje na tem trgu niso predstavljale nujne zmogljivosti (in posledično za delovanje na njem niti ne bi potrebovala dostopa do zmogljivosti s trga informacij o interoperabilnosti za operacijske sisteme za odjemalske osebne računalnike), ampak so jo predstavljale zgolj za tista podjetja, ki so za delovanje na trgu operacijskih sistemov za strežnike delovnih skupin potrebovala visoko raven interoperabilnosti. Ob taki definiciji zgornjega trga bi posledično ne bilo potrebe po omilitvi pogoja izključitve vse konkurence, saj bi zavrnitev dobave informacij o interoperabilnosti podjetjem, ki so za delovanje na trgu operacijskih sistemov za strežnike delovnih skupin potrebovala visoko raven interoperabilnosti, iz tega izključilo vso konkurenco in ne le vse »učinkovite konkurence«. Da bi bila taka opredelitev zgornjega trga primernejša, priča tudi dejstvo, da podjetje Sun, ki je zahtevalo dostop do nujne zmogljivosti, ni zahtevalo dostopa do operacijskih sistemov za odjemalske osebne računalnike, ampak do informacij o interoperabilnosti za operacijske sisteme za odjemalske osebne računalnike. S tako opredelitvijo zgornjega trga bi bila prepoznana specifična dejanskega stanja, v katerem so tako podjetja, ki so potrebovala visoko raven interoperabilnosti, kot tudi podjetja, ki interoperabilnosti niso potrebovala, delovala na trgu operacijskih sistemov za strežnike

⁷¹ Kljub temu pa do danes ni z gotovostjo jasno, ali je tako omiljen pogoj omejen zgolj na to dejansko stanje ali pa je zamenjal pogoj izključitve vse konkurence.

⁷² *Microsoft*, točka 33.

⁷³ Prav tam, točka 429.

delovnih skupin, hkrati pa so zgolj podjetja, ki so potrebovala visoko raven interoperabilnosti za delovanje na tem trgu, potrebovala tudi informacije o interoperabilnosti.

3.4. Sodba *Slovak Telekom* – delna razjasnitev in nove nejasnosti

Nejasnosti, ki jih je vzpostavila sodba v zadevi *Microsoft*, zaradi omahovanja Komisije glede uporabe doktrine ter občutnega razvoja postopkov sprejemanja zavez,⁷⁴ zaradi katerih se Sodišče nima priložnosti izreči v zadevah, v katerih bi lahko opredelilo doseg doktrine, pretežno še vedno ovirajo nadaljnji razvoj doktrine.

Nekaj razjasnitev je prinesla sodba Sodišča v zadevi *Slovak Telekom (ST)*,⁷⁵ v kateri je prvič po skoraj petnajst letih uporabilo doktrino. Podjetje ST je imelo pomembno tržno moč na veleprodajnem trgu razvezanega dostopa do krajevne zanke in je bilo z Uredbo št. 2887/2000⁷⁶ zavezano interesentom ponuditi razvezni dostop do krajevnih zank. Kljub interesom konkurenčnih podjetij je do leta 2010 razvezani dostop do krajevne zanke podjetje ST omogočilo le redkim.⁷⁷ Komisija je ugotovila, da je podjetje ST imelo prevladujoč položaj na zgornjem trgu (vleprodajni trg razvezanega dostopa do krajevnih zank) ter na spodnjem trgu (množični maloprodajni trg širokopasovnih storitev na fiksni lokaciji) ter da je prevladujoči položaj zlorabilo z uvedbo cenovnih škarij in zavrnitvijo dostopa do svoje krajevne zanke. Po pritožbi zoper sklep Komisije se je podjetje ST v postopkih pred Sodiščem sklicevalo na kriterije iz zadeve *Bronner* in zatrjevalo, da dostop do njegove lokalne zanke za tekmece ni bil nepogrešljiv,⁷⁸ da torej njegova lokalna zanka ni pomenila nujne zmogljivosti za delovanje na množičnem maloprodajnem trgu širokopasovnih storitev na fiksni lokaciji (tj. spodnjem trgu). Sodišče je sicer ponovilo, da podjetje, čeprav ima prevladujoč položaj, načeloma lahko zavrne dostop do zmogljivosti, ki jo je samo vzpostavilo, saj obveznost omogočiti dostop do take zmogljivosti še posebej posega v svobodo sklepanja pogodb in lastninsko pravico podjetja s prevladujočim položajem.⁷⁹ Hkrati pa je tudi poudarilo, da je izjema od tega splošnega načela situacija, ko ima podjetje s prevladujočim položajem dejansko moč na zadevnem trgu,⁸⁰ če je torej dostop do infrastrukture nepogrešljiv za dejavnost konkurenta (kar se zgodi), kadar ni nobenega dejanskega ali potencialnega nadomestka za to infrastrukturo (tj. nujno zmo-

⁷⁴ Sibony in Marty, 2016, str. 95–99.

⁷⁵ C-165/19 P *Slovak Telekom proti Komisiji*, ECLI:EU:C:2021:239 (*Slovak Telekom*).

⁷⁶ Uredba (ES) št. 2887/2000 evropskega parlamenta in Sveta z dne 18. decembra 2000 o razvezanem dostopu do krajevne zanke, Uradni list EU, št. L 336, 30. december 2000.

⁷⁷ Zadeva AT.39523 *Slovak Telekom*, točka 394.

⁷⁸ Prav tam, točki 95 in 96.

⁷⁹ C-165/19 P *Slovak Telekom*, točka 46.

⁸⁰ Prav tam, točka 48.

gljivost),⁸¹ obstoj takih okoliščin pa v vsakem posameznem primeru ugotovi nacionalni regulator s pomočjo pogojev iz zadeve *Bronner*.⁸²

V sodbi v zadevi *ST* Sodišče ni uporabilo pogojev iz zadeve *Bronner*, saj je obvezen dostop do lokalne zanke odredil že nacionalni regulator. Ker je dostop do lokalne zanke obvezen že zaradi obstoječe *ex ante* regulacije, to samo po sebi pomeni, tako Sodišče, da je nepogrešljiv, in na vprašanje, ali pomeni nujno zmogljivost, ni treba še dodatno odgovarjati z uporabo pogojev iz zadeve *Bronner*.⁸³ Glede veljavnosti pogojev iz zadeve *Bronner* je treba ugotoviti, da iz sodbe jasno izhaja, da so še vedno veljavni. Sodišče jih sicer ni uporabilo neposredno, je pa mogoče prek pojasnila, da jih ni treba uporabiti zgolj v primerih, ko je obveznost dostopa že določena z *ex ante* regulacijo, mogoče nedvoumno sklepati, da jih je treba uporabiti povsod tam, kjer taka obveznost podjetja s prevladujočim položajem (na zgornjem trgu) z *ex ante* regulacijo ni določena. V zadevnem primeru je torej lokalna zanka zaradi vzpostavljene *ex ante* regulacije, ki je podjetje *ST* obvezovala, da omogoči dostop nje, samodejno nepogrešljiva. Tako stališče pa se lahko pokaže kot problematično, saj dejstvo, da je dostop do zmogljivosti odrejen z *ex ante* regulacijo, dejansko še ne pomeni, da je ta zmogljivost tudi nepogrešljiva v smislu pogojev iz zadeve *Bronner*. Povsem mogoče si je zamisliti situacijo, v kateri bi tekmeči, ki delujejo na spodnjem trgu, dostop do primerljive zmogljivosti lahko pridobili na drug način.

Zdi se, da bi lahko sodba v zadevi *ST* pomenila zametke nove ureditve ugotavljanja nepogrešljivosti posamezne zmogljivosti, v kateri bi se poleg pogojev doktrine upošteval regulatorni okvir, ki je v posameznem gospodarskem sektorju vzpostavljen.⁸⁴ Taka ureditev pa je zelo nelogična ter celo problematična, posebno v primerih, ko je dostop do posamezne zmogljivosti podvržen *ex ante* regulaciji, dostop do podobne zmogljivosti pa ne, predvsem če sta obe zmogljivosti prisotni v istem gospodarskem sektorju. Za primer vzemimo Uredbo o homologaciji motornih vozil.⁸⁵ Slednja proizvajalce osnovne opreme (tj. motornih vozil) zavezuje, da morajo neodvisnim izvajalcem zagotoviti neomejen, standardiziran in nediskriminatoren dostop do informacij o OBD (tj. avto-diagnostiki) vozila, ter med drugim informacij o popravilu in vzdrževanju vozila, za katere lahko zaračunajo primerne in sorazmerne pristojbine.⁸⁶ Na podlagi tako pridobljenih podatkov lahko neodvisni izvajalci (tj. serviserji, ki niso povezani s proizvajalci osnovne opreme) nudijo storitve na trgu avto-diagnostike, na katerem tekmujejo s proizvajalci osnovne

⁸¹ Prav tam, točka 49.

⁸² Prav tam.

⁸³ Czapracka, 2021, str. 2 in 3.

⁸⁴ Macchi, 2019, str. 419.

⁸⁵ Uredba 2018/858 o odobritvi in tržnem nadzoru motornih vozil in njihovih priklonnikov ter sistemov, sestavnih delov in samostojnih tehničnih enot, namenjenih za taka vozila, spremembi uredb (ES) št. 715/2007 in (ES) št. 595/2009 ter razveljavitvi Direktive 2007/46/ES, Uradni list EU, št. L 151/1.

⁸⁶ Prav tam, točka 1 61. člena.

opreme, ki tudi sami nudijo iste storitve. Predvsem novejša, posebno pa povezana vozila, proizvajajo ogromno količino podatkov o delovanju vozila, voznika in drugih vozil.⁸⁷ Dostop do posameznih kategorij teh podatkov v realnem času je potreben za to, da se lahko izvajajo storitve avto-diaagnostike na daljavo. Uredba o homologaciji motornih vozil pa ne določa obveznosti proizvajalcev osnovne opreme omogočiti neodvisnim ponudnikom storitev dostop do teh podatkov v realnem času, temveč zgolj dostop do storitev avto-diaagnostike na daljavo, ki jih uporabljajo proizvajalci ter pooblaščen trgovci in serviserji.⁸⁸ To pomeni, da so neodvisni ponudniki storitev izključeni iz trga avto-diaagnostike na daljavo, saj ne morejo pridobiti podatkov, ki so nujni za delovanje na njem. Edini način, da bi take podatke lahko pridobili, bi bilo opiranje na to, da pomenijo nujno zmogljivost. Uredba o homologaciji motornih vozil torej obvezuje proizvajalce osnovne opreme, da neodvisnim ponudnikom zagotovijo podatke, ki jih potrebujejo za izvajanje storitev avto-diaagnostike, ne pa tudi podatkov, ki so potrebni za izvajanje storitev avto-diaagnostike na daljavo. V primeru, ko bi proizvajalec osnovne opreme ne želel neodvisnim ponudnikom storitev omogočiti dostop do podatkov, potrebnih za izvajanje storitev avto-diaagnostike, in bi neodvisni ponudniki zahtevali dostop do teh podatkov po doktrini, bi jim ne bilo treba dokazati, da so zadevni podatki nepogrešljivi za izvajanje storitev avto-diaagnostike. Drugače pa bi bilo v primeru, ko bi proizvajalec osnovne opreme zavrnil dostop do podatkov, potrebnih za izvajanje storitev avto-diaagnostike na daljavo, saj bi v tem primeru morali neodvisni ponudniki storitev dokazati, da so ti podatki nepogrešljivi za izvajanje storitev diagnostike na daljavo po standardu doktrine.⁸⁹

Čeprav sta si torej storitvi avto-diaagnostike in avto-diaagnostike na daljavo pretežno podobni in čeprav so tudi podatki, ki so nujna zmogljivost za izvajanje storitev avto-diaagnostike po vsebini podobni podatkom, ki so nujna zmogljivost za izvajanje storitev avto-diaagnostike na daljavo, bi za dostop do vsake od teh kategorij podatkov veljali različni standardi, kar se zdi nelogično. Dalje pa bi se ureditev po sodbi v zadevi *ST* kot problematična lahko izkazala tudi v povezavi s tistimi zmogljivostmi, ki so prisotne v vseh gospodarskih sektorjih, dostop do njih pa je z *ex ante* regulacijo urejen le v nekaterih od njih. To je predvsem aktualno v luči predloga Akta o digitalnih trgih,⁹⁰ ki vsebuje določbe, ki zavezujejo tako imenovane vratarje, tj. ponudnike jedrnih platformnih storitev, ki imajo znaten vpliv na notranji trg in ki delujejo kot pomembna vstopna točka, prek

⁸⁷ Stadler, Brenner in Hermann, 2018, str. 19.

⁸⁸ Uredba o homologaciji motornih vozil, točka 1 61. člena.

⁸⁹ Poudariti je treba še, da je nejasno, kateri pogoji bi se v takem primeru sploh uporabili. Uporabo pogojev iz zadeve *Bronner*, ki veljajo za materializirane zmogljivosti, je sicer mogoče *prima facie* izključiti, saj podatki očitno niso materializirana zmogljivost, nejasno pa je, ali bi poleg pogojev, ki so enaki v sodbah *Magill*, *IMS Health* in *Microsoft* in ki se nanašajo na pravice intelektualne lastnine, ki so, tako kot podatki, nematerializirane zmogljivosti, bilo treba uporabiti kriterij novega proizvoda ali kriterij tehničnega napredka.

⁹⁰ Predlog Uredbe o tekmovalnih in pravičnih trgih v digitalnem sektorju, COM(2020) 842 konč.

katere lahko poslovni uporabniki dosežejo končne uporabniki in ki imajo pri izvajanju svojih operacij korist od trajnega in utrnjenega položaja, ki jo bodo predvidoma imeli tudi v prihodnosti,⁹¹ ter ki izpolnjujejo druge natančno določene kriterije,⁹² da omogočijo drugim podjetjem dostop do podatkov, ki jih imajo v oblasti. Tako obveznost vratarjev podajata točki i in j prvega odstavka 6. člena predloga Akta o digitalnih trgih. Različni standardi za presojo nujnosti zmogljivosti, kot jih določa sodba v zadevi *ST*, bi pomenili, da bi se (v primeru, ko bo končna različica Akta o digitalnih trgih vsebovala zgoraj citirana določila) v primeru zavrnitve dostopa do podatkov njihova nepogrešljivost presojala različno, odvisno od tega, ali bi podjetje, ki bi zavrnilo dostop, bilo vratar ali ne. Če bi torej dostop do podatkov zavrnilo podjetje, ki je vratar, bi podjetjem, ki bi do teh podatkov želela dostop po doktrini, ne bilo treba dokazati njihove nepogrešljivosti za delovanje na spodnjem trgu, saj bi zaradi obstoja *ex ante* regulacije ti podatki bili samodejno nepogrešljivi. Če pa bi dostop do podatkov z isto vsebino zavrnilo podjetje, ki ni vratar, bi se nepogrešljivost presojala po pogojih doktrine.

4. Standardi doktrine v luči spreminjajočih ciljev konkurenčne politike

Teoretične kritike, usmerjene v spreminjanje standardov, pod katerimi je mogoče uporabiti doktrino,⁹³ spregledajo, da doktrina ni osamljen otok, ampak del konkurenčne politike in konkurenčnega prava, ki čez čas in prostor zasledujeta spreminjajoče cilje oziroma posamičnim ciljem skozi čas namenjata različno stopnjo pozornosti in imata različne prednosti. Čeprav v EU ni prišlo do poglobljene razprave o ciljih izvrševanja konkurenčnega prava,⁹⁴ iz analize posameznih letnih poročil Komisije⁹⁵ ter nekaterih empiričnih raziskav⁹⁶ izhaja, da tako Sodišče kot tudi Komisija pri snovanju in izvajanju

⁹¹ Prav tam, točka 23.

⁹² Glej 6. in 15. člen Predloga DMA.

⁹³ Slednje so usmerjene predvsem v sodbo Sodišča v zadevi *Microsoft*. Glej na primer: Eilmansberger, 2005, str. 329–346; Hesse, 2008, str. 32–37; Hou, 2012, str. 251–271; in Ridyard, 2004, str. 669–673.

⁹⁴ Glej na primer: Bernard, 2018, str. 77–81.

⁹⁵ Tako imenovani Reports of Competition Policy za posamezna leta od vključno leta 1971 so dostopni na <[⁹⁶ Na primer: Brook in Cseres, 2021; Stylianou in Iacovides, 2020.](https://op.europa.eu/en/relatedpublications?p_p_id=eu_europa_publications_portlet_pagination_PaginationPortlet_INSTANCE_sRGplvT4hFIz&p_p_lifecycle=1&p_p_state=normal&p_p_mode=view&facet.issn=02593157&facet.collection=EUPub&facet.collection=EULex&facet.collection=EUWebPage&facet.collection=EUSummariesOfLegislation&sortBy=PUBLICATION_DATEDESC&SEARCH_TYPE=BROWSE_BY_SUBJECT&&publicationDetails_PublicationDetailsPortlet_cellarId=e0167b5507ba4831819a7e66725b4f63&publicationDetails_PublicationDetailsPortlet_language=en&resultsPerPage=10&startRow=1>.</p></div><div data-bbox=)

konkurenčne politike⁹⁷ zasledujeta predvsem naslednje cilje: blaginja potrošnikov, tržna učinkovitost (alokacijska, proizvodna ali inovacijska), konkurenčni proces, evropska integracija, poštenost, svoboda tržnih akterjev in struktura trga. Intenzivnost zasledovanja posameznih ciljev v razmerju do drugih čez čas ni konstantna in se spreminja, prav tako ne prihaja do popolnega prekrivanja med cilji, ki jih v posameznem obdobju zasleduje Sodišče, in tistimi, ki jih zasleduje Komisija.

Tako Sodišče kot tudi Komisija sta pri izvajanju konkurenčnega prava v začetku tisočletja začela velik pomen dajati ciljem zaščite konkurenčnega procesa, blaginje potrošnikov ter strukture trga, ki sta jim v starejši praksi, v kateri je bil poudarek na zasledovanju cilja evropske integracije in svobode tržnih akterjev, namenjala manj pozornosti.⁹⁸ Poleg opazne spremembe prednostnih nalog pri zasledovanju različnih ciljev konkurenčne politike in konkurenčnega prava se je v obdobju neposredno pred sklepom Komisije in sodbo Sodišča v zadevi *Microsoft* začel tudi postopek spreminjanja načina uporabe 102. člena PDEU iz tako imenovane formalistične presoje v presoji po učinku (angl. *effects based approach*), ki se je končal s sprejetjem Navodila glede prednostnih nalog izvrševanja Komisije pri uporabi člena 82 Pogodbe ES za izključevalna ravnanja, s katerimi prevladujoča podjetja zlorablajo svoj položaj.⁹⁹ Formalistična presoja, ki je utemeljena na ordoliberalni ekonomski misli, se je uveljavila v sedemdesetih letih 20. stoletja in se v praksi Sodišča in Komisije ohranila vsaj do prvih let novega tisočletja. Praviloma se v njej ni presojalo, kakšen učinek ima ravnanje podjetja s prevladujočim položajem, ampak se je *per se* prepovedalo določena njihova ravnanja.¹⁰⁰ Drugače kot formalistična presoja, presoja po učinku več pozornosti kot posameznim oblikam ravnanja podjetij namenja ugotavljanju dejanske škode potrošnikom.¹⁰¹ Sodba v zadevi *Microsoft*, ki je v

⁹⁷ Predvsem na področju zlorab prevladujočega položaja.

⁹⁸ Glej na primer: Stylianou in Iacovides, 2020, str. 26–32.

⁹⁹ Sporočilo Komisije – Navodila glede prednostnih nalog izvrševanja Komisije pri uporabi člena 82 Pogodbe ES za izključevalna ravnanja, s katerimi prevladujoča podjetja zlorablajo svoj položaj, Uradni list EU, št. C 45.

¹⁰⁰ Bernard, 2018, str. 270. Zloraba prevladujočega položaja je po formalistični presoji v točki 91 sodbe C-85/76 *Hoffman-La Roche proti Komisiji*, ECLI:EU:C:1979:36 (*Hoffmann-La Roche*), opredeljena kot objektivni pojem, ki meri na ravnanje podjetja s prevladujočim položajem, ki lahko vpliva na strukturo trga, na katerem je konkurenca že šibka prav zaradi prisotnosti zadevnega podjetja, in ki ovira ohranjanje še obstoječe konkurence na trgu ali razvoj te konkurence z drugačnimi sredstvi od tistih, ki so značilna za normalno konkurenco med proizvodi ali storitvami na podlagi dejavnosti gospodarskih subjektov.

¹⁰¹ Člen 5 navodil navaja, da se bo: Komisija pri uporabi 102. člena za izključevalna ravnanja prevladujočih podjetij osredinila na tiste vrste ravnanj, ki so za potrošnike najbolj škodljive. Konkurenca potrošnikom koristi z nizkimi cenami, boljšo kakovostjo in širšo izbiro novega ali izboljšanega blaga ter storitev. Komisija bo zato svoje izvrševanje usmerila v zagotavljanje, da trgi dobro delujejo in da imajo potrošniki koristi od učinkovitosti in produktivnosti, ki sta rezultat učinkovite konkurence med podjetji.

bistvenem odstopila od pogojev iz zadev *Magill* in *IMS Health*, je bila sprejeta leta 2007, sklep Komisije, ki je vzpostavil metodologijo za presojo zavrnitve dobave po doktrini, ki ji je Sodišče sledilo, pa leta 2004. Tako sklep kot tudi sodba v zadevi *Microsoft* sta bila torej sprejeta v času, ko je prihajalo do modernizacije uporabe 102. člena PDEU ter do spreminjanja prednostnih nalog glede ciljev na področju konkurenčne politike in prava, ki jih je zasledovala Komisija. Vse to, pa tudi dejstvo, da je v času neposredno pred sprejetjem sklepa Komisije v zadevi *Microsoft* ena od njenih prednostnih nalog na področju konkurenčne politike in konkurenčnega prava bil pregon zlorab prevladujočega položaja,¹⁰² kaže, da razrahljanje pogojev iz sodb *Magill* in *IMS Health* ni tako samovoljno in neosnovano, kot to zatrjuje del teorije. Kljub temu pa zaradi pomanjkanja nadaljnje sodne prakse v podobnih zadevah ni jasno, ali so pogoji iz zadeve *Microsoft* vezani le na specifično stanje zadevnega primera ali pa je njihova veljava širša, splošna.

5. Kdaj je torej zmogljivost »nepogrešljiva«?

Pogoji za uporabo doktrine so danes še vedno, morda celo bolj kot kadarkoli prej, nejasni. Z gotovostjo je mogoče trditi le, da se nepogrešljivost materializiranih zmogljivosti presoja po pogojih iz zadeve *Bronner*. Potrditev pogojev iz zadeve *Bronner* s sodbo v zadevi *ST* pa ni nič presenetljivega ali nepričakovanega, saj njihova veljavnost v primeru presoje nepogrešljivosti materializiranih zmogljivosti v okviru doktrine nikoli ni bila zares postavljena pod vprašaj. Precej bolj nejasni so pogoji za presojo nepogrešljivosti pravic intelektualne lastnine, torej nematerializiranih zmogljivosti. Sodbe v zadevah *IMS Health* ter *Magill* na eni strani in *Microsoft* na drugi strani se pri opredelitvi slednjih v bistvenem razlikujejo.

Omilitev pogojev iz sodb v zadevah *Magill* in *IMS Health* v sodbi *Microsoft* je sicer mogoče razumeti v luči sprememb v konkurenčni politiki, kljub temu pa je doseg pogojev izključitve vse učinkovite konkurence in tehničnega napredka nejasen. Pogoj izključitve vse učinkovite konkurence je tesno vezan na konkretno dejansko stanje,¹⁰³ veliko bolj nejasen pa je doseg pogoja tehničnega napredka, s katerim je v sodbi v zadevi *Microsoft* bil nadomeščen do tedaj vzpostavljen pogoj novega proizvoda. Nič ne odkazuje

¹⁰² Evropska komisija, Report on Competition Policy: 2004, točka 686, <https://ec.europa.eu/competition/publications/annual_report/2004/en.pdf>. Poročilo navaja, da bodo posegi proti zlorabam prevladujočega položaja še naprej prednostna naloga Komisije. C-238/87 *AB Volvo proti Erik Veng (UK) Ltd* z dne 5. oktobra 1988, ECLI:EU:C:1988:477 (*Volvo/Veng*).

¹⁰³ Če bi Sodišče vztrajalo pri pogoju izključitve vse konkurence s spodnjega trga, bi ne moglo uporabiti doktrine, čeprav je podjetje Microsoft očitno zlorabilo prevladujoči položaj in je obvezna delitev podatkov o interoperabilnost predstavljala edini način, da se prepreči izključitev podjetij, ki so potrebovala visoko raven interoperabilnosti s proizvodi podjetja Microsoft z zgornjega trga, s spodnjega trga. Sprememba tega pogoja pa ni bila potrebna, saj bi se do enakega zaključka dalo priti z drugačno opredelitvijo zgornjega trga, torej kot trga informacij o interoperabilnosti za operacijske sisteme za odjemalske osebne računalnike in ne kot trga operacijskih sistemov za odjemalske osebne računalnike.

na to, da bi ta pogoj bil posebno močno zasidran v specifičnem dejanskem stanju, na katerem temelji sodba v zadevi *Microsoft*. Pogoj tehničnega napredka je zelo problematičen, ker je popolnoma nejasno, kdaj neki proizvod predstavlja tehnični napredek v razmerju do proizvoda, ki že obstaja. Z drugimi besedami, ni jasno, ali tehnični napredek predstavlja že minimalno izboljšanje proizvoda, ki že obstaja, ali pa mora iti za občutno izboljšanje in če da, kdaj je neko izboljšanje občutno. Glede pogojev za opredelitev pravice intelektualne lastnine kot nepogrešljive po doktrini lahko zaključimo, da po sodbi v zadevi *Microsoft* ostajajo vse do danes nejasni. To je problematično, saj je utemeljeno mogoče pričakovati, da se bo v bližnji prihodnosti postavilo vprašanje, ali podatki pomenijo nujno zmogljivost. Ker so podatki, podobno kot pravice intelektualne lastnine, nematerializirana zmogljivost, ni jasno, katere pogoje bi za presojo njihove nepogrešljivosti po doktrini bilo treba uporabiti (torej pogoje iz zadeve *IMS Health* ali pogoje iz zadeve *Microsoft*). Glede na dejstvo, da imajo podatki (imenovani tudi nova nafta)¹⁰⁴ izjemen pomen v skoraj vseh gospodarskih sektorjih in da je dostop do njih prek *ex ante* regulacije urejen v le zelo omejenem obsegu, je to zelo problematično, saj pušča podjetja, ki podatke obvladujejo, pa tudi podjetja, ki podatke, ki jih obvladuje drugo podjetje, potrebujejo za delovanje na spodnjem trgu, v negotovem položaju.

Po sodbi v zadevi *ST* je opredelitev nepogrešljivosti po doktrini še bolj nejasna. Zdi se namreč, da je z njo uveden standard različne presoje nepogrešljivosti zmogljivosti, do katerih je dostop že urejen prek *ex ante* regulacije in zmogljivosti, glede katerih take regulacije ni. Če je delitev posamezne zmogljivosti že odrejena z *ex ante* regulacijo in podjetje s prevladujočim položajem na zgornjem trgu (trgu te zmogljivosti) dostop do nje zavrne, v primeru sklicevanja na doktrino nepogrešljivost take zmogljivosti pomeni (neizpodbojno?) domnevo. Ko pa delitev posamezne zmogljivosti ni urejena z *ex ante* regulacijo, se nepogrešljivost presoja po pogojih doktrine. Kateri točno so ti pogoji, nam sodba v zadevi *ST* pove zgolj za materializirane zmogljivosti (krajevna zanka, ki je v njej pomenila nujno zmogljivost, je namreč materializirana zmogljivost), ne pa tudi za nematerializirane zmogljivosti. Kot posebno problematična se taka ureditev pokaže v dveh situacijah, in sicer ko je v istem gospodarskem sektorju dostop do posamezne zmogljivosti urejen z *ex ante* regulacijo, dostop do podobne zmogljivosti pa ne, ter v primeru, ko je dostop do iste ali podobne zmogljivosti v enem gospodarskem sektorju urejen z *ex ante* regulacijo, v drugem pa ne. V teh primerih standard iz sodbe v zadevi *ST* neupravičeno uvaja različno presojo za podobne ali celo iste zmogljivosti. Nadaljnja sodna praksa bo pokazala, ali bo Sodišče ta standard nadalje razvijalo ali pa ga opustilo.

¹⁰⁴ The Economist, 2017.

6. Zaključek

Za zaključek se vrnimo k vprašanju, na katera smo si v tem prispevku prizadevali odgovoriti, in sicer kakšno je razmerje med spremembami pogojev za določitev nepogrešljivosti zmogljivosti po doktrini in razvojem konkurenčne politike ter konkurenčnega prava in kakšen je danes doseg nepogrešljivosti, torej, pod katerimi pogoji je neka zmogljivost nepogrešljiva.

Sprememba pogojev iz zadev *Magill* in *IMS Health* v sodbi v zadevi *Microsoft* časovno sovпада s pomembnimi spremembami v usmeritvi konkurenčne politike EU, ki so postavile poudarek na presojanje dejanskih škodljivih učinkov zlorab prevladujočih položajev (angl. *effects based approach*) in ki so poudarjale doseganje ciljev zaščite konkurenčnega procesa, blaginje potrošnikov ter strukture trga. Ravnanje podjetja Microsoft je za potrošnike gotovo bilo škodljivo, zaradi izjemne moči podjetja pa je tudi zelo negativno vplivalo na konkurenčni proces ter strukturo zadevnega trga. Komisija je od pogojev v zadevah *Magill* in *IMS Health* torej odstopila v času, ko so se prednostne naloge konkurenčne politike EU spremenile, s to spremembo pa je zasledovala cilje nove usmeritve konkurenčne politike EU. Posledično torej ni mogoče govoriti, da je sprememba vzpostavljenih pogojev v celoti arbitrarna in neutemeljena. Hkrati pa je res tudi, da zaradi zelo specifičnega dejanskega stanja v zadevi *Microsoft* in pomanjkanja nadaljnje sodne prakse ostaja nejasno, ali so pogoji iz zadeve *Microsoft* splošno veljavni ali pa so omejeni na zadevni primer.¹⁰⁵

Odgovor na drugo vprašanje ni preprost. Trenutno lahko z gotovostjo trdimo zgolj to, da za presojo nepogrešljivosti materializiranih zmogljivosti, do katerih dostop ni odrejen z *ex ante* regulacijo, veljajo pogoji iz zadeve *Bronner*. Pogoji za dostop do vseh preostalih vrst zmogljivosti po doktrini pa so danes bolj nejasni kot kadarkoli prej. V teoriji potekajo razprave o tem, ali je doktrina pripravljena na izzive prihodnosti, povezane predvsem z digitalno ekonomijo, vendar bi si bilo morda bolj smiselno postaviti vprašanje, ali je pripravljena na izzive sedanjosti in ali se morebiti tudi v pravu EU ne spreminja v, po Hovenkampu, problematičen, nekoherenten in neobvladljiv institut konkurenčnega prava.

Literatura

Andreangeli, A. (2009) 'Interoperability as an 'Essential Facility' in the Microsoft Case: Encouraging Stifling Competition or Innovation?', *European Law Review* 35(4), str. 584–611.

¹⁰⁵ Svojevrstno vprašanje, na katerega odgovor pa presega meje tega prispevka, pa ostaja tudi, ali bi Komisija in Sodišče spremenjenih prednostnih nalog konkurenčne politike v zadevi *Microsoft* ne mogli doseči z uporabo že obstoječih pogojev.

- Beckmerhagen, A. (2002) *Die essential facilities doctrine im US-amerikanischen und europäischen Kartellrecht*. Baden-Baden: Nomis.
- Bernard, L. (2018) *Zlorabe prevladujočega položaja in modernizacija uporabe 102. člena PDEU*. Ljubljana: Pravna fakulteta Univerze v Ljubljani.
- Brook, O., in Cseres, K. J. (2021) Priority setting in EU and national competition law enforcement, <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3930189> (dostop: 4. april 2022).
- Chen, Y. (2014) 'Refusal to deal, intellectual property rights, and antitrust', *Journal of Law, Economics & Organization*, 30(1), str. 533–557.
- Cotter, T. F. (1999) 'Intellectual property and the essential facilities doctrine', *The Antitrust Bulletin* 44(1), str. 211–250.
- Craig, P., in de Burca, G. (2015) *EU Law*. 6. izdaja. Oxford: Oxford University Press.
- Czapracka, K. (2021) 'The Essential Facilities Doctrine and the Bronner Judgment Clarified: Case C-165/19 P Slovak Telekom v Commission', *Journal of European Competition Law & Practice*, 13(4), str. 2–3.
- de Streel, A., in Vegis, E. (1999) 'La théorie des facilités essentielles et son application aux télécommunications' v Montero, E. (ur.) (2019) *Droit des technologies de l'information : regards prospectifs*. Bruselj: Académia Bruylant, str. 389–423.
- Doherty, B. (2001) 'Just what are essential facilities', *Common Market Law Review* 38(2), str. 397–436.
- Eilmansberger, T. (2005) 'The essential facilities doctrine under art. 82: what is the state of affairs after IMS Health and Microsoft', *King's College Law Review* 16(2), str. 329–346.
- Evrard, S. J. (2004) 'Essential facilities in the European union: Bronner and beyond', *Columbia Journal of European Law* 10(3), str. 491–526.
- Ferčič, A. (2015) *Geneza reguliranih sektorjev*. Maribor: Poslovna založba Maribor.
- Ferčič, A. (2009) 'Ekonomska teorija in ex ante regulacija', *LeXonomica* 1(1), str. 33–50.
- Furse, M. (1995) 'The »essential facilities« doctrine in community law', *European Competition Law Review* 16(8), str. 469–472.
- Ginsburg, D. H., Garadin, D., in Klovers, K. (2019) 'Antitrust and intellectual property in the United States and the European Union' v: Muscolo, G., in Tavassi, M. A. (ur.) (2019) *The Interplay between Competition Law and Intellectual Property: An International perspective*. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, str. 99–120.
- Graef, I. (2016) *Data as Essential Facility – Competition and Innovation on Online Platforms*. Leuven: KU Leuven.

- Graef, I. (2011) 'Tailoring the essential facilities doctrine to the IT sector: Compulsory licensing of intellectual property rights after Microsoft', *Cambridge Student Law Review* 7(1), str. 1–20.
- Hatzopoulos, V. (2006) *The EU Essential Facilities Doctrine*. Bruges: College of Europe.
- Hesse, R. (2008) 'Counseling clients on refusal to supply issues in the wake of the EC Microsoft case', *Antitrust* 22(2), str. 32–37.
- Hou, L. (2012) 'The essential facilities doctrine – what was wrong in Microsoft?', *International Review of Intellectual Property and Competition Law* 43(4), str. 251–271.
- Hovenkamp, H. (1999) *Federal Antitrust Policy, the Law of Competition and its Practice*. 1. izdaja. St. Paul: West.
- Jones, A., in Sufrin, B. (2011) *EU Competition Law*. Oxford: Oxford University Press.
- Kerber, W., in Schweitzer, H. (2017) 'Interoperability in the digital economy', *Journal of Intellectual Property, Information Technology and Electronic Commerce Law* 8(1), str. 39–58.
- Korah, V. (2002) 'The interface between intellectual property and antitrust: the European experience', *Antitrust Law Journal* 69(3), str. 801–839.
- Lipsky, A. B., in Sidak, J. G. (1999) 'Essential facilities', *Stanford Law Review* 51(5), str. 1187–1248.
- Macchi, F. (2019) 'The interpretation of the indispensability condition in Slovak Telekom and its consequences in data access cases', *European Competition and Regulatory Law Review* 3(4), str. 415–419.
- Malshe, D. (2019) 'Essential facilities: de facto; de jure', *European Competition Law Review* 40(3), str. 124–129.
- Marty, F., in Pillot, J. (2011) 'Des critères d'application de la théorie des facilités essentielles dans le cadre de la politique de concurrence européenne', *Reflets et perspectives de la vie économique* 2011/4 (Tome L), De Boeck Supérieur, str. 197–221.
- Monti, G. (2007) *EC Competition Law*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Muller, U., in Rodenhuisen, A. (2008) 'The rise and fall of the essential facility doctrine', *European Competition Law Review* 29(5), str. 310–329.
- Muscat, A. (2021) 'Testing for abusive refusals to supply in EU competition law: past, present and future', *European Competition Law Review* 42(5), str. 256–263.
- Pitofsky, R., Patterson, D., in Hooks, J. (2002) 'The essential facilities doctrine under U.S. antitrust law', *Antitrust Law Journal* 7(2), str. 443–462.

- Ridyard, D. (2004) 'Compulsory access under EC competition law – a new doctrine of 'convenient facilities' and the case for price regulation', *European Competition Law Review* 25(11), str. 669–673.
- Ritter, C. (2005) 'Refusal to deal and 'essential facilities': does intellectual property require special deference compared to tangible property', *World Competition* 28(3), str. 281–298.
- Sibony, A., in Marty, F. (2016) *Infrastructure essentielle : Le Tribunal de l'Union européenne juge que la Commission européenne a pu estimer que, pour libérer la concurrence sur le marché des flux de données en temps réel consolidés, il suffisait d'imposer à l'opérateur dominant des engagements vis-à-vis de ses clients et de tiers, à l'exclusion de ses concurrents (Morningstar)*. Concurrences, št. 4-2016, str. 95–99, <<https://www.concurrences.com/fr/revue/issues/no-4-2016/case-comments/infrastructure-essentielle-le-tribunal-de-l-union-europeenne-juge-que-la>> (dostop: 15. april 2022).
- Stadler, R., Brenner, W., in Hermann, A. (2018) *Autonomous driving: How the driverless revolution will change the world*. Bingley: Emerald Publishing Limited.
- Stylianou, K., in Iacovides, M. (2022) *The Goals of EU Competition Law: A Comprehensive Empirical Investigation*. Stockholm: Konkurrensverket.
- Temple Lang, J. (2000) "The principle of essential facilities in European community competition law – the position since Bronner", *Journal of Network Industries* 1(3), str. 375–405.
- The Economist (2017), *The World's Most Valuable Resource Is No Longer Oil, But Data*, <<https://www.economist.com/leaders/2017/05/06/the-worlds-most-valuable-resource-is-no-longer-oil-but-data>> (dostop: 17. april 2022).
- Van den Bergh, R., in Camesasca, P. D. (2006) *European Competition Law and Economics: A Comparative Perspective*. 2. izdaja. Mytholmroyd: Sweet & Maxwell.
- Van Siden, S. (1996) *The Essential Facilities Concept*, OECD Policy Roundtables, OCDE/GD(96)113, <<https://www.oecd.org/competition/abuse/1920021.pdf>> (dostop: 25. 3. 2022).

*Jure Spruk**

Pravna država in pravno načelo zaupanja v pravo

1. Uvod

Načelo zaupanja v pravo je ključna prvina pravne države in vladavine prava.¹ Gre za svojevrsten temelj vsega bistva pravnega urejanja najpomembnejših družbenih razmerij. Pomislimo. Slovar slovenskega knjižnega jezika (SSKJ) pojem »zaupanje« opredeljuje kot: 1. prepričanje, da je kdo sposoben, voljen narediti, kar se pričakuje, 2. prepričanje, da je kdo pošten, iskren in 3. prepričanje, da je kaj dobro in da bo dobro vplivalo na uresničitev določenih pričakovanj.² Iz podane definicije izhaja, da je zaupanje nekaj imanentno pozitivnega, pravzaprav nekaj, kar nujno potrebujemo za to, da lahko vzpostavimo vsaj minimalne standarde mirnega sobivanja med ljudmi. SSKJ ponuja tri možne definicije pojma, vsem trem pa je skupno prepričanje. Prepričanje ni enako dejstvu, je plod človekove subjektivne presoje in ne objektivne danosti, ki bi jo lahko izmerili, stehali ali kakorkoli drugače kvantificirali. Iz tega sledi, da prepričanja ali zaupanja ne moremo umetno fiksirati, saj gre za metafizično razsežnost medčloveških odnosov, v kateri ni vrednotno nevtralnih kriterijev pravilnosti, ki bi človeka prisilili k njegovemu spoštovanju. Seveda je možno človeka prepričevati, lahko tudi prepričati, vendar bo tudi prepričani posameznik

* *Jure Spruk, doktor politološke znanosti, doktorski študent na Pravni fakulteti Univerze v Ljubljani, sprukjure@gmail.com.*

¹ Načeli pravne države je treba analitično razlikovati, tj. ne gre za sopomenki. Cilje njenega učinkovanja sicer lahko opredelimo kot skupne, toda zgodovinsko sta načeli izšli iz povsem različnih pravnih tradicij, pri čemer pravna država (nem. *Rechtsstaat*, fr. *état de droit*) poudarja vsebinske vidike načela, vladavina prava (angl. *rule of law*) pa procesne vidike. Prva je značilna za evropsko kontinentalno pravno tradicijo, druga pa za anglosaško. V članku bomo kljub razlikam pojma uporabljali kot vsebinsko in procesno sorodna.

² Dostopno na: <<https://fran.si/iskanje?View=1&Query=zaupanje>> (1. 2. 2022).

še naprej podvržen zunanjim vplivom v njegovem okolju, ki mu bodo prepričanje bodisi utrdili bodisi izničili. Pri tem niti ni pomembno, ali so nosilni razlogi za posamezno prepričanje odraz racionalnega razmisleka in argumentiranja ali pa gre za popolnoma iracionalne predstave o svetu, ki jih nikakor ne moremo podpreti z verodostojnimi podatki.³ Sociološki vidik zaupanja torej poudarja predvsem neogibni kvalitativni vidik medčloveških odnosov, na podlagi katerih se lahko vzpostavijo prvi pogoji za nastanek kompleksnih vezi med ljudmi. V odsotnosti zaupanja ne more nastati niti družba ali politična skupnost niti pristna partnerska zveza med dvema človekoma.⁴ Če omenjeni sociološki vidik zaupanja apliciramo na pravo, ugotovimo, da je zaupanje nujen prvi pogoj za učinkovanje pravnih pravil oziroma pravnega sistema kot celote. Če zaupanje v celoti izostane, tj. ga ne predpostavimo kot nujne lastnosti učinkovitega pravnega sistema, nam preostane le še prisila, ki naj jamči izvrševanje pravnih pravil. Analitična teorija prava, katere najodličnejši predstavnik ostaja Herbert Hart, je element prisile (prepričljivo) izločila iz koncepta prava, vendar to ne pomeni, da prisila nima deskriptivne vrednosti, kar še zlasti velja za moderno pravo, ki je neločljivo povezano z državo kot osrednjim pravotvornim akterjem. Prisilo lahko razumemo kot inherentno lastnost države, zaupanje pa je precej manj zanesljiva lastnost pravnih subjektov. Prisila se izvršuje fizično (mehanično), zaupanje pa ostaja v metafizični sferi. Pravna pravila se uzakonijo, gre za konkretne predpise, pravo nastaja tudi v sferi sodniškega odločanja (angl. *law in action*),⁵ zaupanja pa na drugi strani ni mogoče zaukazati. Zaupanje se lahko zgolj pridobi, ne izsili. Zaupati v pravo ni enako kot pravo *de facto* spoštovati, v zaupanje v pravna pravila nas nihče ne more prisiliti, zato pa nas lahko močnejša sila prisili, da pravna pravila spoštujemo v vsakodnevem življenju. Zaupanje v pravo je sčasoma postalo eno od nepogrešljivih načel pravne države, za kar gre zasluga sodniškemu pravu, ki je skozi posamezne odločitve opredelilo vsebinske in procesne predpostavke tega načela. Temeljni namen načela zaupanja v pravo je pravzaprav zagotavljanje legitimnosti delovanja državne oblasti, ki ji klasična teorija države pripisuje monopol nad izvajanjem prisile. Zaupanje in prisila sta pomensko na različnih bregovih, v teoriji države pa se nujno prepleteta v smislu, da zaupanje v pravo hkrati pomeni tudi zaupanje v izvajanje prisile, ki jo odmerijo za ta namen *ex ante* pooblaščen državnih organi. Zaupanja v pravo ne moremo zvesti zgolj na raven legalnosti, saj gre hkrati tudi za zunajpravno vrednoto, ki se dviga nad splošne in posamične pravne akte države, ki jo lahko pri življenju ohranja le zadostno zaupanje njenih državljanov. Na tej točki je osrednje stičišče pravnega in moralnega, tj. normativnega jedra države, ki preprečuje razgradnjo

³ Iz antične filozofije poznamo kvalitativno delitev na mnenje (*doxa*) in znanstveno podprto znanje (*episteme*). Prvo izhaja iz hitrega, nekritičnega in površnega razmisleka, drugo pa predpostavlja dolgotrajno, vztrajno in natančno kritično mišljenje, ki zahteva teoretično znanje (*theoria*).

⁴ Izraz »pristna« uporabljamo, ker je lahko partnerska zveza tudi vsiljena oziroma izhaja iz groženj in (posameznikovega ali sistemskega) nasilja, kjer bi bilo povsem zgrešeno govoriti o zaupanju, kot izhaja iz besedila.

⁵ Oboje je seveda odraz delovanja državnih organov, zakonodajnih ali sodnih.

politične skupnosti oziroma, kot bi rekel Leonid Pitamic, da se pravni red prekucne.⁶ V članku bomo pokazali na pomen pravnega načela zaupanja v pravo za delovanje pravne države, brez katere ustavna demokracija ostane brez vsebinskih in procesnih vodil, s katerimi pravo dobi vlogo formalnega izenačevalca v družbi neenakih posameznikov, s čimer omogoči njihovo integracijo v politično skupnost. Funkcionalni vidik prava je v tem pogledu neločljivi del teorije (moderne) države, saj nam pojasni instrumentalno vlogo prava pri zasledovanju javno postavljenih ciljev.

2. Temeljni postulati pravne države in vladavine prava

2.1. Zgodovinski nastavki modernega načela pravne države in vladavine prava

Načelo pravne države (tudi vladavine prava) velja za eno najpomembnejših lastnosti moderne države. Gre za načelo, ki daje teoriji moderne države oporno točko, s katere je mogoče kar najbolj jasno očitati posebnosti moderne države v razmerju do njenih srednjeveških ali antičnih predhodnic. Seveda so se tudi v predmodernih obdobjih izoblikovale določene teorije, ki so poudarjale pomen spoštovanja pravnih pravil za obstoj politične skupnosti in zagotavljanja pravičnosti v razmerjih med ljudmi in oblastjo, toda šele z moderno državo je bil vzpostavljen institucionalni okvir, znotraj katerega sta se izčistili doktrini konstitucionalizma in pravne države oziroma vladavine prava, ki sta ideološko sovpadli z razsvetlenskima idealoma svobode in enakosti.⁷ Ideja o vladavini zakonov je nastala že v antiki in jo lahko najdemo pri najjemenentnejših predstavnikih antične filozofije. Ko Aristotel v Nikomahovi etiki razpravlja o pravičnosti, se ne more izogniti navezavi na spoštovanje zakonov. Še več, pravičnost je neposredno vezana na spoštovanje zakonov, saj je pravično vse, kar je v skladu z zakonitostjo in enakostjo, in krivično, kar krši načela zakonitosti in enakosti.⁸ Za Aristotela je bistvo obstoja zakonov v ohranjanju politične skupnosti (*polis*), ki človeku edina omogoča preživetje. Aristotel v Politiki ugotavlja, da zunaj politične skupnosti lahko preživi le zver ali bog, izvzetje človeka iz družbe ter posledično iz spoštovanja zakonov in pravičnosti pomeni njegovo ponižanje na raven zveri.⁹ Aristotel v zakone polaga velike upe, saj v njih prepoznava temeljno formo, skozi katero državna oblast ustvarja pogoje za človeško sobivanje. Naposled je Aristotel kot pravično opredelil tisto, kar »ustvarja in ohranja blaginjo ali sestavine blaginje v državljanski skupnosti«.¹⁰ Izbrane besede pomenu spoštovanja pravnih pravil je namenil tudi

⁶ Pitamic, 2019, str. 17.

⁷ Konstitucionalizem in vladavina prava sta analitično ločena koncepta, ki pa sta v liberalno-demokratskih političnih sistemih tesno prepletena. Podrobneje o njunih stičnih točkah in tenzijah v Gargarella, 2021, str. 425–442.

⁸ Aristotel, 2002, str. 154.

⁹ Aristotle, 1995, str. 11.

¹⁰ Prav tam, str. 155.

Aristotelov učitelj Platon, ki je v Zakonih v usta Atenca položil zahtevo, po kateri bi vladarsko mesto v politični skupnosti pripadlo tistemu, ki bi najbolj vdano ubogal zapisane zakone.¹¹ Pot v propad države je namreč tlakovana z odrekanjem avtoritete zakonom, blaginja državljanov pa je mogoča le tam, kjer je oblast sužnja zakona.¹² Kljub vsej pozornosti, ki sta jo Platon in Aristotel namenila zakonom, pa njuna predstava o vladavini prava precej odstopa od moderne različice tega načela. Grška klasična filozofija izrecno ne določi ideala države, v kateri bi oblast delovala na podlagi predhodno določenih in znanih zakonov, tj. nearbitrarno, je pa v njej mogoče najti substanco tega ideala, kot je na primer tudi Herodotov opis splošne suverenosti prava kot odlike svobodnih grških mestnih držav.¹³ Herodotova fiksijska figura Otan je v svojem zagovoru demokracije poudarila štiri prednosti atenske demokracije: 1. enakost pred zakonom (*isonomia*), 2. izbiro magistratov z žrebom, 3. odgovornost državnih uradnikov in 4. odločanje v ljudski skupščini,¹⁴ ki kot bistveno lastnost atenske demokracije izkazujejo preprečevanje kopičenja moči tiranov, ne pa zaščiti posameznika pred krivično sodbo ljudstva.¹⁵ Platonove in Aristotelove zapise o vladavini prava je treba razumeti v kontekstu njune kritike demokracije. Platon je do demokracije gojil veliko zamero, demokratična večina je na smrt obsodila njegovega učitelja Sokrata, ki je ostal zvest lastnemu nauku o spoštovanju zakonov, ki jih sprejme oblast, ne glede na njihovo morebitno nepravilnost.¹⁶ Osrednja lastnost atenske demokratične ideologije je *isonomia*, tj. ideal, po katerem so bogati in revni obravnavani enako in nihče ni nad zakonom,¹⁷ oba, tako Platon kot Aristotel, pa sta prepoznavala lastnost pravnih pravil, ki niti nam ni tuja, in sicer njihovo (relativno) nedoločnost, ki preprečuje mehanično uporabo zakonov in zanemarjanje specifičnih okoliščin vsakega primera posebej.¹⁸ Zato je Aristotel predlagal razširitev pravnosti na polje moralnosti, kar pa je že v domeni antičnega naravnega prava. Aristotel je osnoval še nato v srednjem veku vplivno idejo o izvorni (naravni) neenakosti, ki uči, da so nekateri posamezniki rojeni za vode-

¹¹ Platon, 1997, str. 1402.

¹² Prav tam.

¹³ Kelly, 1992, str. 24–25.

¹⁴ Ljudska skupščina (eklezija) je odločala o državnih politiki. Sestavljali so jo moški državljani, starejši od 20 let, zborovanje pa je bilo sklicano 40-krat na leto, v začetnih obdobjih demokracije na mestnem trgu (*agora*), pozneje na griču Pniks v bližini Akropole. Skupščina je izvajala nadzor nad državnimi uradniki prek postopka, imenovanega *eisangelia*, s katerim so državljani lahko zoper njih vlagali obtožbe zaradi izdaje ali zarote proti državi. Obtožnica je lahko doletela tudi zasebnike. Podrobneje o atenskih institucijah v Thorley, 1998.

¹⁵ Lanni, 2021, str. 25.

¹⁶ Prim. D'Amato, 2010.

¹⁷ Lanni, 2021, str. 26.

¹⁸ Težave mehanične (neživljenjske) uporabe pravnih pravil ponazarjata Cicerov rek *Summum ius, summa iniuria* in Ulpijanov rek *Apices iuris non sunt iura*. Podrobnejša razlaga obeh rekov v Kranjc, 2006, str. 33 in 235.

nje, drugi pa za uboganje. To idejo je neusmiljeno kritiziral Thomas Hobbes, ko je v 17. stoletju postavljaj temelje moderne teorije družbene pogodbe. Moderni kontraktualizem izhaja iz ravno nasprotno podmene ali naravnega zakona kot Aristotel, in sicer ljudje so si po naravi enaki. Če je prva dolžnost človeka, ki živi v civilni družbi, da prispeva k miru, potem je naravna enakost ljudi edini smiseln zametek politične teorije, saj le ta vodi k oblikovanju soglasja o tem, kdo naj vodi in kdo sledi. V stanju, v katerem si nekateri ljudje prilaščajo več časti, kot jo priznavajo drugim ljudem,¹⁹ ni mogoče vzpostaviti miru.²⁰ *A priori* neenakomerno porazdeljene časti netijo nasilje, ki preprečuje vzpostavitev državne oblasti, tj. ključnega političnega dejanja, s katerim ljudje preidejo od naravnega stanja k civilni družbi. To je razumsko dejanje, ki množstvo pretvori v eno osebo, ki odtlej govori in deluje v imenu vseh, čeprav avtorji njegovih besed in dejanj ostajajo podaniki.²¹ S Hobbesom si pozitivno pravo začne utirati mesto nad naravnim pravom, čeprav slednje še vedno ostaja vsebinsko merilo v določenih okoliščinah. (Moderno) naravno pravo je pravzaprav izhodišče za Hobbesovo pogodbeno teorijo (naravna enakost), res pa z vsemogočnim Leviatanom pozitivno pravo dobi zaveznika, ki mu pomaga prevzeti primat. Z osredinjanjem na zapovedi zakonodajalca se pravo otrese metafizičnih predstav,²² s tem pa nakaže nadaljnjo pot razvoja (zakonskega) pozitivizma.²³ Hobbesa s tradicijo pravnega pozitivizma povezuje razumevanje prava kot ukaza suverene oblasti (imperativna teorija), ki jo pozneje prevzamejo vodilni teoretiki pravnega pozitivizma v 19. stoletju, vključno z Johnom Austinom. Z vidika načela vladavine prava je Hobbesovo razumevanje prava kot neločljivega dela oblasne strukture močno oddaljena od modernega pojmovanja tega načela (vključno z načelom pravne države), ki predpostavlja vsaj relativno avtonomnost prava, ki naj državno oblast (predvsem) omejuje.²⁴ Pojmovanje prava, ki je zlizano z državno oblastjo oziroma med njima ni mogoče najti niti analitične niti sociološke ločnice, vodi do uporabe pravnih pravil kot gole tehnike za utrditev oblasti. Politična teorija ab-

¹⁹ Hobbes je v odklanjanju enakosti prepoznava napuh, ki ga krščanska teologija določa kot naglavni greh.

²⁰ Hobbes, 2006, str. 108.

²¹ Hobbes, 1651/1996, str. 114.

²² Novak, 2013, str. 226.

²³ Pozitivistična teorija prava je pomemben del teorije moderne države. Posebej v kontinentalni pravni tradiciji pozitivizem začne prevladovati v 19. stoletju, tako imenovanem stoletju kodifikacij, ko prav v navezavi na moč zakona nastane nemška doktrina *Rechtsstaat*. Podrobneje o zakonskem pozitivizmu v Pavčnik, 2007, str. 659–663. Podrobneje o tradiciji civilnega prava v Merryman in Perez-Perdomo, 2018.

²⁴ Za ostrega kritika Hobbesove imperativne teorije velja Matthew Hale, ki je zagovarjal od kraljeve oblasti ločeno naravno pravo kot temelj angleškega *common law*, kot sta ga že pred njim utemeljila Edward Coke in John Selden. Z vidika teorije prava gre za trk med od politike postavljenega prava v obliki volje zakonodajalca in sodniškim pravom (angl. *judge made law*) v obliki posamičnih sodb, ki jih sprejemajo od krone neodvisni sodniki. V zgodovini teorije prava Coke, Selden in Hale veljajo za utemeljitelje zgodovinskega pravoznanstva. Podrobneje o tem v Berman, 1994.

solutizma in pravna teorija zakonskega pozitivizma hodita z roko v roki. Moderna država je bila rojena, ko je odmrll na fevdalizem apliciran absolutizem. Angleži so z absolutističnimi tendencami monarha opravili v državljanski vojni v 17. stoletju,²⁵ na kontinentu pa je bilo treba do končne odprave fevdalizma čakati vse do 19. stoletja.²⁶ V navezavi na Hobbesovo pravno in politično misel je treba opozoriti na kontekst, ki ga je zaznamovala angleška državljanska vojna. Obdobje med letoma 1560 in 1648 je navrglo izrazito instrumentalno pojmovanje države, ki se je osredinjalo predvsem na varovanje življenja in lastnine, človekove pravice pa so bile drugotnega pomena.²⁷ Človekove pravice so pravno obliko dobile šele po uspehah meščanskih revolucijah – v Angliji so razglasili Listino pravic (1689), v ZDA Virginijsko deklaracijo o pravicah (1776) in v Franciji Deklaracijo o pravicah človeka in državljana (1789).

2.2. *Konstitucionalizem in prvine pravne države*

Rojstvo moderne države je odločilno zaznamovala doktrina konstitucionalizma in znotraj nje načelo vladavine prava oziroma pravne države. Nosilna ideja konstitucionalizma je ideja omejene državne oblasti, ki so jo zoper arbitrarno oblast usmerili meščanski revolucionarji, sprva v Angliji že v 17. stoletju. Splošnejši trend proti podvrženju izvrševanja oblasti na podlagi prava se je sicer sprožil v drugi polovici 18. stoletja, ko se je (predmoderno) deskriptivno-politično pojmovanje ustave začelo umikati normativno-pravnemu pojmovanju, kar je vodilo do razumevanja prava kot regulatorja vzpostavitve in izvrševanja državne oblasti, s čimer je koncept ustave postal normativno izrazito zaznamovan in ideologiziran.²⁸ Nicola Matteucci kot najstarejšo lastnost konstitucionalizma navaja vladavino, ki jo omejuje pravo, kar razume kot nasprotje med oblastjo in racionalnostjo zakonov,²⁹ s čimer se poraja najučinkovitejša obramba pred golo silo.³⁰ Moderna država je tako pravna država, saj se zaveže k regulaciji političnih, družbenih in gospodarskih procesov na podlagi veljavnih zakonov.³¹ S tem ko pravo dobi moč, da nastopi proti

²⁵ Monarhija je preživela meščansko revolucijo, toda Slavna revolucija iz leta 1688 je prinesla uvedbo ustavne monarhije, ki ponazarja politični kompromis med tradicionalisti (monarhija) in progresivnim meščanstvom (supremacija parlamenta).

²⁶ Na ozemlju slovenskih dežel znotraj habsburške monarhije je do odprave fevdalnih razmerij z zemljiško odvezo prišlo šele v letu 1848. Podrobneje o tem v Vilfan, 1991, str. 113.

²⁷ Van Creveld, 1999, str. 189.

²⁸ Grimm, 2016, str. 89.

²⁹ Tu se postavlja vprašanje, ali iracionalni zakonodajalec sprejema racionalne zakone oziroma ali je zakon racionalen *per se* ali je racionalna šele njegova razlaga. Vprašanje je kompleksno in si zasluži posebno obravnavo.

³⁰ Matteucci, 1999, str. 262–263. Matteucci sodno oblast opredeljuje kot protipol izvršilne oblasti, ki je pristojna razlagati pravne omejitve, kot izhajajo iz ustave. Izkušnje iz 20. stoletja so sicer pokazale, da je treba omejevati tudi zakonodajno oblast (primer nacistične Nemčije).

³¹ Reinhard, 2017, str. 20.

državni oblasti, se mora spremeniti v karseda objektiven sistem splošno obligatornih pravil, kar pomeni, da je pravu treba priznati določeno raven avtonomije v razmerju do politike. Ta avtonomija ni absolutna,³² vendar je v modernem pravu dovolj močno izgrajena, da preprečuje njegovo instrumentalizacijo s strani politike,³³ kar izhaja iz specifičnih lastnosti prava (na primer formalizem, monopolistična narava pravnega jezika, naraščajoče število izobraženih pravnikov).³⁴ Moderno pravo je sistemsko povezano z moderno državo. Država kot organizirana oblast in pravo kot sistem vrednostno utemeljenih pravil se namreč medsebojno vzpostavljata. Zato je moderno pravo združljivo le s političnim sistemom, ki omogoča uveljavljanje vsebinskih in procesnih lastnosti modernega prava in s tem posledično pravne države oziroma vladavine prava.³⁵ Ko govorimo o pravni državi oziroma vladavini prava, moramo razjasniti njune vsebinske in procesne lastnosti, brez katerih ni mogoče razlikovati med vladavino s pomočjo prava, kar predpostavlja (zgolj) instrumentalni vidik prava, in vladavino prava, ki nujno vsebuje tudi intrinzični vidik prava, v katerem spoštovanje prava *per se* velja za vrednoto.

2.2.1. Vsebinske prvine pravne države

Brian Tamanaha kot trdo vsebinsko jedro vladavine prava,³⁶ tj. tistih vsebinskih lastnosti, ki jih vsebujejo vse sicer medsebojno tekmujoče definicije,³⁷ poudarja temeljne človekove pravice, demokracijo in kriterije pravičnosti.³⁸ Temeljne človekove pravice so zgodovinsko izšle iz meščanskih revolucij, ko se je v duhu liberalne politične doktrine v ospredje vrednotnih prioritet postavila človekova svoboda,³⁹ sprva predvsem v negativnem smislu, tj. svoboda »od«, kar kaže na poudarjanje vertikalnega vidika razmerja med državno oblastjo in posameznikom oziroma zaščite slednjega pred arbitrarnim poseganjem državne oblasti v njegovo življenje, zdravje in lastnino.⁴⁰ Z razvojem administrativne države se je sčasoma razvil še horizontalni vidik svobode, ki obravnava razmerja med posamezniki kot (formalno) enakimi, kar je bilo še posebej pomembno v času vzpona kapitalizma in z njim povezanega razvoja civilnopravnih institutov. Poudarek na formalni enakosti, ki so jo v svoji naravnopravniški maniri spodbujale listine in deklaracije o univerzalnih človekovih pravicah, pa je na stran potisnil drugo plat pravic – dolžnosti.

³² Prim. Perenič, 1981.

³³ Podrobneje o razmerju med pravom in politiko v Cerar, 2001.

³⁴ Cerar, 2004, str. 174.

³⁵ Cerar, 2001, str. 207–208.

³⁶ Avtorji iz angloameriškega prostora uporabljajo besedno zvezo *rule of law* tako za vsebinske kot tudi procesne vidike načela, čeprav je poudarek predvsem na slednjih.

³⁷ Prim. Miličić, 1998, str. 150–151.

³⁸ Tamanaha, 2007, str. 3.

³⁹ Podrobneje o ideološkem izvoru načela pravne države in vladavine prava v Cerar, 2009; in Spruk, 2021.

⁴⁰ John Locke je v Dveh razpravah o vladi vse troje naštetu pomensko združil z besedo *property*.

Paolo Grossi v tem vidi ključno pomanjkljivost modernih listin in deklaracij, saj so ti akti preveč odmaknjeni od družbene stvarnosti, v kateri prevladuje huda (ekonomska) neenakost.⁴¹ Uvajanje seznamov dolžnosti bi pomenilo socializacijo prava,⁴² s čimer bi pravo postalo bolj družbeno odzivno, tj. od naravnopravniških višav bi se spustilo na zemeljska tla pozitivnega prava, ki ni objekt odkrivanja, temveč produkt ustvarjanja.

Spoštovanje temeljnih človekovih pravic je v današnjih ustavnih demokracijah uveljavljen kriterij presoje legitimnosti delovanja državne oblasti. V samem bistvu gre za vprašanje spoštovanja človekove avtonomije oziroma spoštovanja njegove individualnosti, kar je še posebej poudarjeno v zavezi s spoštovanjem človekovega dostojanstva. Hrbtna stran posameznikove avtonomije pa je njegova socialnost oziroma njegova neizogibna vpetost v družbene odnose. Avtonomija je pravzaprav zgolj sterilna fraza, če posameznik hkrati nima na voljo učinkovitega socialnega okolja, ki učinkuje kot katalizator njegove integracije. Ljudje smo si po svojih lastnostih in interesih različni, kar upošteva načelo avtonomije, toda vsaka uspešno delujoča politična skupnost mora nagovoriti tudi enakost med nami. Če smo del iste politične skupnosti, potem za nas vse veljajo enaki zakoni, vendar ob tem velja tudi maksima, ki nas napeljuje na obravnavanje različnosti z različnimi rešitvami. Osrednji pravni katalizator posameznikove integracije je načelo socialne države, ki skuša presegati socialno-ekonomske razlike med ljudmi v smislu, da država kot svojo aktivno dolžnost sprejme vzpostavljanje »dejanskih enakih možnosti za vse, tudi za tiste, ki si zaradi šibkejšega položaja nasproti drugim tega niso zmožni zagotoviti sami«. ⁴³ Za učinkovito uresničevanje človekovih pravic je pomembno, da so navedene možnosti tako formalne kot tudi dejanske.⁴⁴ Ko razpravljamo o temeljnih človekovih pravicah in pravičnosti oziroma njuni socialno inkluzivni razsežnosti, nas pot neizogibno vodi k demokraciji. Tesna povezava med pravno državo (tudi vladavino prava) in demokracijo izhaja iz uporabe demokratičnih postopkov (na primer zakonodajni postopek) za vsebinsko popolnitev pravne države.⁴⁵ Ob tem je treba poudariti, da v sodobnih ustavnih demokracijah nosilec zakonodajne oblasti nima več ekskluzivne pristojnosti ustvarjanja prava, saj del te pristojnosti pripada sodni oblasti, kar izhaja iz sodnikove vloge pri razlagi zakonskih določil, ki jih sicer sprejme zakonodajalec. Večinski del sodobne teorije prava je prepričljivo ovrgel razsvetljski ideal odkrivanja prava,⁴⁶ ki je predpostavil zgolj

⁴¹ Grossi, 2009, str. 108.

⁴² Prav tam.

⁴³ Kresal, 2010, str. 92.

⁴⁴ Prav tam.

⁴⁵ Pavčnik, 2009, str. 36.

⁴⁶ Posebno obravnavo si zasluži Ronald Dworkin, ki namesto ustvarjanja prava zagovarja njegovo odkrivanje. Dworkinove teorije ne smemo razumeti skozi prizmo teorije prava iz 19. stoletja, temveč kot izvirno kritiko pravnega pozitivizma v luči tematike razmerja med pravom in moralo. Med temeljna Dworkinova dela uvrščamo *Taking Rights Seriously* (1978), *A Matter of Principle* (1985) in *Law's Empire* (1986). Za izčrpno študijo o Dworkinovi teoriji prava glej v Novak, 2011, str. 11–92.

mehanično uporabo posamičnih pravnih pravil, sodnikovo vlogo pri sojenju pa zreduciral na povsem razosebljenega birokrata brez kakršnekoli ustvarjalne vloge pri uporabi (razlagi) zakonov. Osrednji navdih za tako razumevanje sodnikove vloge so njegovi zagovorniki našli v Montesquieujevem delu *O duhu zakona*, v katerem se je izrisala podoba sodnika kot posrednika, ki zgolj izgovarja besede zakona. Ta podoba je bila skladna s tedanjo predpostavko o svobodni državi, ki je zahtevala togo vezanost sodnika na zakon z namenom, da bi tako zagotovili kar največjo svobodo državljanov po logiki, kar je za sodnika suženjstvo, je za državljana svoboda.⁴⁷ Zagovorniki takih pogledov na sodnikovo vlogo so izražali predvsem globoko nezaupanje do »naravnopravniške svobode sodnika pri sojenju, ki ga je poganjala evropska kontinentalna izkušnja podrejanja sodne oblasti kraljevi oblasti v času absolutizma.⁴⁸ Opisana podoba sodnika je kaj hitro prišla na tnilo ostre kritike tistih, ki so opazili očiten razkorak med idealizirano podobo sodnika in dejanskimi pristopi odločanja v sodnih zadevah. V lucidnosti kritike so prednjačili pionirji svobodnopravnega gibanja, s Hermannom Kantorowiczem na čelu. Svobodnopravniki so zahtevali priznanje o nedoločnosti in nepopolnosti zakona ter posledično priznanje neizogibnega sodnikovega vrednotenja, kar sodnika pretvori od hlapca zakona do zakonodajalčevega partnerja pri sprejemanju zakonodaje.⁴⁹ Je Kantorowicz v uvodnem odstavku *Boja za pravno znanost* podal še danes znameniti klišejski opis pravnika, kot ga je proizvedla podoba sodnika, v katerega je usmeril svojo kritiko, v naslednjem odstavku pa je že nakazal prepletenost te podobe z absolutističnimi političnimi vzorci.

»Ta ideal, ki ga Rimljani dobrega obdobja niso poznali, je nastal v časih globokega političnega propada, pod tiranijo božanskih cesarjev. [...] Šele centralistična uradniška država modernega absolutizma je bizantinskemu idealu spet dala veljavnost, v Montesquieujevem nauku o delitvi sodne in zakonodajne oblasti pa zaželeno utemeljitev.«⁵⁰

Če zakonodajalec in sodnik soustvarjata pravo, je doktrina delitve oblasti, kot jo je opisal Montesquieu, očitno zmotna, saj izhaja iz strogega ločevanja pristojnosti med parlamentom in sodišči. Ob tem je gladko prezrl nepopolnost in nedoločnost zakona, s čimer je zakonodajalca prikazal kot vsemogočnega nosilca oblasti, ki zlahka vnaprej predvidi prihodnje življenjske okoliščine in v abstraktno pravno normo že ob njenem nastanku vnese zadostne pojmovne okvirje, v katere je mogoče z naravoslovno zanesljivostjo umestiti konkretne življenjske primere, o katerih sodniki odločajo. Z drugimi besedami, doktrina delitve oblasti v vsej svoji togosti v kombinaciji s pojmovno jurisprudenco pred-

⁴⁷ Novak, 2015, str. 68.

⁴⁸ Večje zaupanje so uživali sodniki v angleškem sistemu *common law*, kar lahko razumemo kot posledico večstoletnega procesa izgrajevanja ravnotežja med sodno in izvršilno oblastjo. Začetki tega procesa segajo v 13. stoletje k *Magni Charti Libertatum*.

⁴⁹ Prav tam, str. 84.

⁵⁰ Kantorowicz, 2020, str. 65.

postavlja odsotnost pravnih praznin, na kar je Kantorowicz jedko odgovoril, da je v zakonih praznin prav toliko, kolikor je v njih besed.⁵¹ Priznanje obstoja pravnih praznin ima daljnosežne posledice za teorijo moderne države, saj zahteva rahljanje doktrine delitve oblasti, ki je pomemben steber modernega konstitucionalizma. Priznanje pravnih praznin pomeni priznanje o nepopolnosti prava, to pa vodi do logičnega spoznanja, da sodnik ne odloča vedno niti na podlagi zakona niti na podlagi logičnih izpeljav, ter da sodnik ni vedno podrejen zakonodajalcu, kar zamaje doktrino delitve oblasti in predružači razumevanje sodniškega odločanja.⁵² Zavedanje o trhlosti doktrine delitve oblasti je še posebej pomembno za ustavno demokracijo, v kateri *prima facie* prihaja do nasprotujočih si posledic delovanja demokracije kot večinskega odločanja v politično oblikovanem parlamentu in ustavnosti kot braniku ustavno določenih pravic posameznika, ki jih institucionalno brani sodna oblast in ustavno sodišče kot vrhovni razlagalec ustave. Kot v vsaki demokraciji⁵³ tudi v ustavni demokraciji oblast izhaja iz ljudstva (suverenost ljudstva), ki svojo oblast izvršuje bodisi posredno prek voljenih predstavnikov v parlamentu bodisi neposredno (na primer z referendumskim odločanjem). Načelo demokratičnosti med drugim predpostavlja, da je oblast deljena (načelo delitve oblasti) in uravnotežena (sistem zavor in ravnesij,⁵⁴ kar je usmerjeno zoper zgoščanje politične moči v državi, toda predvsem načelo delitve oblasti je dodobra razrahljano, saj je pravotvorje porazdeljeno med sodno in zakonodajno oblast. Ustavno demokracijo od klasične demokracije razlikuje (tudi) poudarek prve na človekovih pravicah in svoboščinah, tj. na ustavno varovanih pravicah in svoboščinah posameznika, ki ga varujeta tako pred politično oblikovano večino v parlamentu kot tudi pred večinsko odločitvijo, ki bi se oblikovala znotraj ljudstva. Ideja ustavnosti je smiselno dopolnilo sodobne (liberalne) demokracije, ki med svoje osrednje vrednote postavlja človekovo svobodo in dostojanstvo,⁵⁵ pred demokratično oblikovano voljo državne oblasti ali ljudstva pa ustava ne varuje zgolj posameznika, temveč tudi različne manjšine. Vladavina večine je zato v ustavni demokraciji sprejemljiva le v toliko, kolikor ne vodi v zatiranje manjšin, hkrati pa manjšini omogoča, da tudi sama postane del večine.⁵⁶ Taka načela so v 20. stoletju postala neločljivi del teorije države, ki je skušala tako preprečiti ponovitev totalitarnih režimov, kakršni so se oblikovali v nacistični Nemčiji, fašistični Italiji in komunistični Sovjetski zvezi. V teorijo liberalne države je bila umeščena institucija ustavnega sodišča kot vrhovnega razlagalca ustave, s čimer je bilo sklenjeno obdobje supremacije parlamenta, ki je pred tem sam presojal o kršitvah ustavnih določil. Evropska ustavna sodišča so po zgledu ameriškega vrhovnega sodišča dobila pristojnost

⁵¹ Prav tam, str. 73.

⁵² Novak, 2020, str. 30.

⁵³ Podrobneje o različnih modelih demokracije v Held, 2006.

⁵⁴ Grad, Kaučič in Zagorc, 2016, str. 118.

⁵⁵ Podrobneje o razvoju liberalne demokracije v Macpherson, 2012.

⁵⁶ Sajó in Uitz, 2017, str. 124.

ustavnosodnega nadzora (angl. *judicial review*), na podlagi katere smejo v okviru tako imenovane abstraktne presoje zadržati, razveljaviti ali odpraviti zakone, ki jih poprej sprejmejo zakonodajalci. V pravni in politični teoriji je ta pristojnost predmet številnih polemik predvsem z vidika legitimnosti take pristojnosti ustavnih sodišč,⁵⁷ pri čemer se nasprotniki sklicujejo predvsem na načelo demokratičnosti,⁵⁸ zagovorniki pa na imperativ varovanja pravic posameznika.⁵⁹ Vsekakor obstoj ustavnih sodišč s takimi pristojnostmi še izraziteje spodnaša doktrino delitve oblasti, dodatno pa jo slabi še pomik ustavnega sodišča od pasivnega k aktivnemu zakonodajalcu, kar zahtevajo predvsem zagovorniki novoustavnštva.⁶⁰ Ustavna demokracija ne omejuje zgolj državne oblasti, ampak tudi demokracijo v izvornem pomenu pojma kot oblast ljudstva. Vir politične oblasti je sicer pri ljudstvu, toda to ljudstvo nima na svoji strani suverenosti. Suverena je dejansko ustava in ne ljudska volja, katere moč se konča tam, kjer se začnejo pravice posameznika.⁶¹ Na tej točki pravica nadvlada večino, pravo pa politiko.⁶² V ustavah so zapisane temeljne vrednote, ki jih neka politična skupnost sprejme kot konstitutivne gradnike države. Ko se načelo pravne države sklicuje na pravičnost, se sklicuje na vrednotna merila, kakršna dopušča ustava. Vsebinska zamejenost pravičnosti na ustavni dokument kaže na njeno kontekstualno pogojenost oziroma na konkretne politične, ekonomske in kulturne značilnosti politične skupnosti. Uvedba kriterijev pravičnosti v pravo je odraz konvencionalnega in racionalnega pristopa k urejanju družbenih razmerij. Ti kriteriji so dogovorjeni in kot taki nimajo moči objektivne resnice, čeprav jih sprejema in ponotranji velika večina ljudi, na delovanje katerih se ti kriteriji nanašajo. Človeška praksa ne more potrjevati pravilnosti metafizičnih načel, lahko jih zgolj povzdigne na raven učinkovitih pravnih (ali moralnih) pravil. Hans Kelsen je odločno zavračal možnosti dostopanja človeškega razuma do absolutnih vrednot, zato so vsakokratne konkretne rešitve problema pravičnosti lahko po svoji naravi zgolj relativne.⁶³ Kelsen je kot odločen nasprotnik naravnopravne teorije iskal »čisto« teorijo prava, tj. teorijo, očiščeno vsakršnih primesi pristranosti. Čistost teorije je metodološki pristop, s katerim je Kelsen pravo »očistil« socioloških in naravnopravnih pritiklin, tj. kavzalnega znanstvenega pristopa, ki pravo opazuje skozi naravoslovna očala, in naravnega prava, ki v pravo vnaša politične in etične postulate.⁶⁴ Motiv za iskanje absolutne pravičnosti po Kelsnu izhaja iz človeške tendence po absolutnem opravičevanju

⁵⁷ Klasično delo na tem področju je Bickel, 1962.

⁵⁸ Prim. Ackerman, 1993; Tushnet, 1999; Waldron, 2006; Bellamy, 2009.

⁵⁹ Prim. Dworkin, 1978; Ely, 1980; Fallon, 2008; Harel in Kahana, 2010.

⁶⁰ Prim. Stone Sweet, 2000; Hirschl, 2004.

⁶¹ Prim. Krygier, 2021.

⁶² Razmerje med pravom in politiko je kompleksno in ga ni mogoče ubesediti v enem stavku, zato postavljena trditev ne zajema celotne razsežnosti omenjenega razmerja.

⁶³ Kelsen, 2016, str. 26.

⁶⁴ Pavčnik, 2015, str. 22.

lastnih dejanj, kar pa njegovo iskanje potisne bodisi na polje religije, kjer je absolutno merilo bog, bodisi na polje (naravoslovne) znanosti, kjer pa je merilo objektivna resnica v obliki znanstveno podprtih trditev.⁶⁵ Kelsenovo odklanjanje absolutnih vrednot je treba razumeti v luči njegove metodološke rigoroznosti, s katero je skušal začrtati meje pravne avtonomije. Izza takih poskusov razjasnjevanja avtonomije prava vedno znova zazeva preprosta in ključna ugotovitev, tj. da pravo ustvarjajo, spreminjajo in uporabljajo ljudje, ki jih ne vodi zgolj razum, temveč tudi čustva. Kelsen absolutnim vrednotam in iz njih izpeljanim definicijam pravičnosti ne zaupa, ker jih razume kot prazne obrazce,⁶⁶ s katerimi je mogoče upravičiti vsak poljuben družbeni red.⁶⁷ To lahko razumemo kot svarilo pred uzurpacijo prava in nanj pripete definicije absolutne pravičnosti, ki bi v imenu pravice in resnice skušala legitimirati zatiralni režim. Težava pravičnosti ni pri uporabi tega pojma, temveč v njenem pojmovanju. Pravni rek *iustitia est fundamentum regnorum* pravičnost opisuje kot temelj kraljestva (države), kar pomeni, da je obstoj države in družbenega reda pogojen s pravičnim urejanjem odnosov med ljudmi,⁶⁸ vendar vsebine pravičnosti ni mogoče izolirati od postavljenega prava, ki edino vzpostavlja pravne kriterije pravičnosti, na podlagi katerih se urejajo družbena razmerja.⁶⁹ Od tod izhaja povezava med pravičnostjo in pravom, ki se lahko kot temelj države in družbe spreminjata le skupaj. Pri reševanju konkretnih pravnih vprašanj se miselni tok razdvoji na analizo postavljenega prava in načelo pravičnosti, iz česar izhaja, da mora biti sodba hkrati pravilna in pravična,⁷⁰ vendar lahko moralna načela v pravno presojo uvede le predhodno pravno pravilo, s čimer moralno načelo kot izvorno zunajpravni kriterij postane del prava. Iskanje absolutnih vrednot (in z njimi povezanih resnic) ni zgolj naivno, temveč je lahko tudi nevarno. Če nekaj razumemo kot absolutno, bomo to razumeli kot nepremostljivo. Absoluten zakon je lahko le božji zakon ali naravni zakon, nikakor pa ne človeški. Absolutno je hkrati tudi samoumevno in ta samoumevnost je lahko usodna, če je posamezna pravna ureditev ogrožena. Ustavna demokracija svoje vrednotne temelje črpa iz spoštovanja človekovih pravic in svoboščin ter demokratičnega institucionalnega ogrodja, ki ta temelj ohranja čvrstejšega. Pridobitve ustavne demokracije so plod človeškega dela in so v tem smislu tudi ranljive, saj nobena absolutna avtoriteta ne jamči njihove zaščite. Vrednotam ustavne demokracije so zavezani vsi nosilci državne oblasti, vendar še posebno odgovornost za njihovo zaščito nosi ustavno sodišče kot vrhovni varuh ustavnosti in zakonitosti. V sodobni pravni državi

⁶⁵ Kelsen, 2016, str. 26–27.

⁶⁶ Kelsen jih je poimenoval vsebinsko prazni pravičnostni obrazci (vsakemu svoje, povračilno načelo, pravičnost kot enakost, enakost pred zakonom, komunistična enakost in zlato pravilo).

⁶⁷ Prav tam, str. 27.

⁶⁸ Kranjc, 2006, str. 134.

⁶⁹ Zamislimo si družbena razmerja v srednjem veku, ki bi jih na podlagi današnjih kriterijev pravičnosti zlahka označili za nepravične, toda taka označba bi izkazovala naše pogrezanje v zgodovinski absurd presojanja stanja iz preteklosti na podlagi kriterijev, ki tedaj niso niti obstajali.

⁷⁰ Stammler, 1923, str. 305.

je pristojnost presojanja o pravičnosti in krivičnosti zakona v pristojnosti ustavnega sodišča,⁷¹ zato je tudi maksima *lex iniusta non est lex* vezana na ustavo in ne subjektivno presojo posameznika.

2.2.2. Procesne prvine pravne države

Procesne predpostavke pravne države (vladavine prava) se zdijo manj usodne kot vsebinske, toda ta ocena je povsem napačna, kar ponazarja že dodobra utrjeno spoznanje, da je procedura mati demokracije. Procesne predpostavke služijo kot izhodišče na poti k vsebinskim ciljem pravne države, kot so spoštovanje temeljnih človekovih pravic, demokracija in pravičnost. V pravni državi so pravni subjekti obravnavni enako (načelo pravne enakosti) na podlagi predvidljivih in vnaprej določenih pravnih kršitev ter postopkih,⁷² po katerih državni organi presojujejo morebitne kršitve, ob prav tako vnaprej opredeljenih pravnih posledicah za ugotovljeno kršitev pravnih pravil.⁷³ Pravna država nadalje predpostavlja, da so pravice in dolžnosti pravnih subjektov določene z zakonom, pri čemer so najpomembnejše med njimi zapisane v ustavi ali primerljivih ustavnih dokumentih kot temeljne pravice, in določitev pravnih sredstev, s katerimi pravni subjekti lahko uveljavljajo pravice.⁷⁴ Če drži, da velik del vloge, ki jo ima vladavina prava, pripade izločanju samovoljnih dejavnikov iz državne oblasti,⁷⁵ je to načelo ključno instrumentalno orodje vsake demokracije, s katerim ta preprečuje nastanek avtokracije ali totalitarizma. Pravo, ki je načelno, splošno, enako za vse, vnaprej predvideno, določno in enotno udejanjano, utira pot prevladi moči logike nad logiko moči.⁷⁶ V take procesne varovalke se polaga velike upe, na katere se bolj kot kontinentalna *Rechtsstaat* sklicuje angloameriški *rule of law*, čeprav se zdi, da med njima vendarle obstaja več podobnosti kot razlik. Doktrini sta izvorno predstavljali dve nasprotni ideji svobode in dve različni politični viziji, toda po drugi svetovni vojni sta se začeli zblíževati,⁷⁷ kar nam pokaže, kako tesno so povezani politični procesi in pravnoteoretični modeli. Joseph Raz prepričljivo pokaže na težavno plat (z analitičnega vidika) množičnega sklicevanja na neki politični ideal, ki z izvornim pomenom nima veliko skupnega, na primeru vladavine prava, v katerega se je po drugi svetovni vojni projiciralo vse tedaj prevladujoče ideale.⁷⁸ S tem se ustvarja podlaga za

⁷¹ Prav tam, str. 137.

⁷² Kot osrednje načelo v (kazensko)pravni literaturi prevladuje načelo *nullum crimen sine lege poena certa*.

⁷³ Pavčnik, 2009, str. 32.

⁷⁴ Prav tam.

⁷⁵ Zupančič, 1994, str. 23.

⁷⁶ Prav tam.

⁷⁷ Meierhenrich, 2021, str. 66.

⁷⁸ Raz, 2009, str. 210–211. Raz kot primer navaja Mednarodni juristični kongres iz New Delhija leta 1959, na katerem so po njegovi oceni sodelujoči podali svoj prispevek k nadaljnjemu sprevačanju izvornega pomena doktrine vladavine prava.

normativizacijo pojma, s katero se potiska na stran njegovo analitično bistvo. Andrei Marmor pravilno opozarja na stranpoti tovrstnega takega ravnanja, ki povzroča konfužno mešanje ideala vladavine prava in ideala vladavine pravičnega prava, ko v pojem vnaša normativne kriterije, iz česar izhaja, da pravni sistemi lahko dosegajo višje ali nižje ravni tega ideala.⁷⁹ Vladavine prava ne moremo preprosto enačiti z demokracijo, temeljnimi človekovimi pravicami ali pravičnostjo, saj bi se nedemokratični režim, ki bi odklanjal vse naštetu, lahko celo bolje prilegal zahtevam vladavine prava, kot to velja za zahodne demokracije.⁸⁰ Osnovna ideja vladavine prava sporoča, da mora biti pravo sposobno voditi ravnanje svojih subjektov, kar je očitno formalna zahteva, ki molči o tem, kako naj pravo nastaja (volja tirana, demokratična večina itd.),⁸¹ in tudi o tem, kakšna naj bo njegova vsebina. Da bi pravo lahko opravilo svojo vlogo, ki mu pritiče glede na doktrino vladavine prava, naj bo 1. prospektivno, odprto in jasno, 2. razmeroma stabilno, 3. sprejemanje partikularnih zakonov naj temelji na odprtih, stabilnih, jasnih in splošnih pravih, 4. zagotovljena naj bo neodvisnost sodstva, 5. upoštevana naj bodo načela naravne pravičnosti,⁸² 6. sodišča naj izvajajo sodni nadzor nad implementacijo preostalih načel,⁸³ 7. sodišča naj bodo lahko dostopna in 8. organom pregona naj bo preprečena diskrecija, ki bi pravo izkrivljala.⁸⁴ Joseph Raz je eden najuglednejših predstavnikov pozitivistične teorije prava, zoper katero so številni pravni teoretiki usmerili ost kritike, ki je ciljala bolj ali manj naravnost v njeno analitično skrupuloznost.⁸⁵ Pravni pozitivizem kljub notranjim razlikam povezuje nekaj temeljnih lastnosti, ki tvorijo njegovo trdo jedro. Mauro Barberis je trdno jedro pravnega pozitivizma strnil v tri točke: 1. trditev o ločljivosti prava in morale, 2. etični subjektivizem in 3. mešana teorija razlaganja.⁸⁶ Za naš tokratni namen sta pomembni predvsem prvi dve točki, ki odražata očiten odklon od naravno-pravništva, in sta dve od osrednjih izhodiščnih točk kritike, ki jo je zoper pozitivizem usmeril Lon L. Fuller. Njegova filozofija prava je odličen primer zavračanja pravnega pozitivizma z vidika procesnega prava, v katerega Fuller skuša vtikati moralno esenco prava. Fullerjeva notranja moralnost prava je »postopkovna različica naravnega prava«, s katerim nam opisuje načine, kako oblikovati sistem pravil, da mu bo uspelo učinkovito obvladovati in usmerjati ravnanje ljudi in hkrati zadržati preskriptivno naravo.⁸⁷ V želji

⁷⁹ Marmor, 2010, str. 666.

⁸⁰ Raz, 2009, str. 211.

⁸¹ Prav tam, str. 214.

⁸² Raz tukaj očitno meri na pravila *due process of law*.

⁸³ Raz zagovarja omejeni nadzor, prek katerega se ohranja skladnost z vladavino prava, kar je mogoče razumeti kot varovanje minimalne ravni spoštovanja pravic.

⁸⁴ Prav tam, str. 214–218.

⁸⁵ Pravni pozitivizem zagotovo ni monoliten intelektualni blok, saj njegovi predstavniki pogosto izražajo povsem različne argumente. Prim. Shapiro, 2011; in Gardner, 2012.

⁸⁶ Barberis, 2011, str. 29.

⁸⁷ Fuller, 2015, str. 172–173.

po uvajanju bralca v bistvo je Fuller postregel, kot je sam zapisal, s »precej dolgo alegorijo«, ⁸⁸ v kateri je na slikovit način popisal težave brezupnega kralja Rexa, ki v svoji goreči želji po vpeljavi reform sprejema odločitve, s katerimi je Fuller prikazal stranpoti pravne urejanja družbenih razmerij brez upoštevanja postopkovnih in zdravorazumskih postulatov. Kaj je torej Rex prezrl, da »mu ni uspelo ustvariti sploh nobenega prava, niti dobrega niti slabega«? ⁸⁹ Fuller trdi, da zahteve notranje moralnosti prava, tako imenovane *desiderata*. Začeti je treba povsem na začetku, najprej morajo pravila sploh obstajati (splošnost), nato jih je treba razglasiti, da pravni subjekti sploh lahko prepoznajo veljavna pravila, poskrbeti je treba, da v zakonih ni retroaktivnega učinkovanja, da so napisani jasno in ne vsebujejo protislovnih določil, pravnim subjektom ne smejo nalagati nemogočih bremen, zakonodajca mora biti razmeroma stabilna in zagotovljena mora biti skladnost ⁹⁰ med uradnimi dejanji ter razglašenim pravilom. ⁹¹ Ker Rex ni ustvaril nikakršnega prava, so naštetá *desiderata* po Fullerju ultimativni kriterij za obstoj prava. Primerjava Fullerjevih *desiderat* z Razovim opisom vladavine prava pokaže, da med njima ni usodnih razlik. Bistvena razlika se pokaže šele, ko se osredinimo na njuno koncipiranje prava. Za Fullerja je notranja morala neločljivi del identitete prava, Raz pa vztraja pri analitičnem ločevanju prava in morale. Oba, Fuller in Raz, prispeta na isti cilj, le da z različnima prevoznima sredstvoma in po različnih poteh. ⁹² Raz drugače kot Fuller ne skuša utemeljiti vzročno-posledične povezave med pravom in moralo ter temu ustrezno niti vladavine prava ne koncipira kot esencialno moralne vladavine. Pravzaprav je Razova argumentacija ravno nasprotna, saj je zanj vladavina prava negativna vrednota, ki pravo štiti pred svojo lastno močjo, s čimer se vladavina prava kaže kot analogna poštenosti, tj. kot izogibanju prevaram. ⁹³ Pravičen postopek potencialno lahko vodi tudi do izrazito nepravilne vsebine, čeprav ga vodi Dworkinov Herkul. Ob tem lahko sprejmemo ugotovitev, po kateri izvor prava izhaja iz procedure, saj si lažje zamislimo izvrševanje temeljne procesne pravice dostopa do sodišča, kot pa obravnavo materialnih pravic brez predhodnih procesnih pravil, ⁹⁴ vendar iz te ugotovitve ne moremo razbrati inherentne povezave med postopkom in pravičnostjo, razen če kot pravično šteujemo spoštovanje (sodniškega) prava *per se*, torej brez kakršnihkoli vsebinskih kriterijev pravičnosti. Pravičen postopek je dober obet za pravičen zakon, nikakor pa ga ne zagotavlja. Tega se seveda Fuller zaveda, zato zahteve notranje moralnosti prava naslovi zgolj na zakonodajalca, s čimer je želel

⁸⁸ Prav tam, str. 105.

⁸⁹ Prav tam, str. 106.

⁹⁰ Fuller kot najbolj kočljivo prvino skladnosti poudarja razlago in ob tem tudi poda rešitev v štirih točkah, ki jo je prepoznal v zadevi *Heydon* iz leta 1584. Podrobneje na str. 157–158.

⁹¹ Prav tam, II. poglavje.

⁹² Vrstnega reda ne bomo precizirali, čeprav ga bo pozornemu bralcu vendarle uspelo razbrati.

⁹³ Raz, 2009, str. 224.

⁹⁴ Zupančič, 2016, str. 217.

obrzdati osrednji vir pravotvorja znotraj pravnega pozitivizma, ki je v resnici Fullerjeva glavna tarča. Nerodni Rex je pravzaprav prikupna karikatura samodržca, s katero nam Fuller kaže podobo moralno neorientiranega zakonodajalca, v katerega bi se mogoče lahko spremenil resnični zakonodajalec, kar bi bilo za družbo pogubno. Ker ni spoštoval zahtev notranje moralnosti prava, Rex ni ustvaril niti pravičnega niti krivičnega prava. Ustvaril je torej kopico absurdnih zakonov (*lex*), ne pa prava (*ius*). Kristen Rundle izpostavlja poudarja Fullerjevo prožnost pri spoštovanju osmih zahtev, predvsem pri vprašanju retroaktivnosti zakonov,⁹⁵ vendar to ne more omajati Fullerjeve vezave kriterijev moralnosti na prepoznavo prava. Fullerjeva prizadevanja pri odkrivanju notranje moralnosti prava je mogoče prepoznati kot poskus izoblikovanja ideala vladavine prava ali načela pravne države, ki je prepleteno z moderno (zahodno) pravno kulturo.⁹⁶ Slednja je vsebinsko prežeta s temeljnimi človekovimi pravicami, demokracijo in pravičnostjo, ki ustrezajo specifičnim lastnostim modernih zahodnih družb in njihovem zgodovinskemu razvoju. Sodobna ustavna demokracija je z vsemi njenimi procesnimi in vsebinskimi lastnostmi produkt prevladujočih vrednot v zahodnem svetu, zato je vladavina prava predvsem ustavni demokraciji prilagojen politični ideal, na podlagi katerega se skuša razlikovati od nedemokracijskih režimov.

3. Funkcionalni vidik pravne države (vladavine prava)

Ne glede na to, ali se osredinjamo bolj na vsebinske predpostavke pravne države ali procesne predpostavke vladavine prava, je z vidika vpetosti prava v družbo ključno vprašanje, kako pravna država in vladavina prava učinkujeta oziroma kakšen je njun vpliv na zasledovanje postavljenih družbenih ciljev.⁹⁷ Da bi odgovorili na ti vprašanji, moramo najprej opraviti nehvaležno delo,⁹⁸ tj. podati definicijo prava, brez katere ni mogoče pojasnjevati učinkov pravne države in vladavine prava v družbi. Pravzaprav bomo to nehvaležno delo kar preskočili, saj si bomo definicijo prava izposodili od akademika Pavčnika, katerega krajša definicija prava pravi, da je:

»pravo sistem kot celota učinkovitih pravnih pravil in pravnih načel, ki v mejah pravne pravilnosti urejajo življenjsko pomembne zunanje vedenje in ravnanje ljudi v državnopravno organizirani družbi.«⁹⁹

⁹⁵ Rundle, 2021, str. 198.

⁹⁶ Novak, 2015, str. 61.

⁹⁷ Prim. Harel, 2014. Alon Harel je zagovornik tako imenovane teorije intrinzične vrednosti prava, ki prava ne razume kot instrumentalnega orodja za doseg neodvisno postavljenih ciljev, temveč ga razume kot aktivnega sodoločevalca teh ciljev.

⁹⁸ Hart težave pri postavljanju definicij povzame v stavku: »Slona lahko prepoznam, ko ga zagledam, ne morem pa ga definirati.« Hart, 2012, str. 14.

⁹⁹ Pavčnik, 2007, str. 27.

Državnopravno organizirana družba je moderna družba, ki jo pravnoteoretično od njenih primitivnih predhodnic, v katerih so prevladovala primarna pravila obveznosti, razlikuje obstoj tako imenovanih sekundarnih pravnih pravil, kot bi rekel Hart.¹⁰⁰ Slednja v sebi združujejo pravila za priznavo, spreminjanje in razsojanje, s katerimi bi, tako Hart, odpravljali neučinkovitost razpršene družbene prisile.¹⁰¹ Neil MacCormick v zagovoru svoje institucionalne teorije prava (med drugim) trdi, da je normativni red mogoč, ker smo ljudje dovzetni za uporabo norm, s katerimi koordiniramo naše aktivnosti glede na naše skupne standarde, ki jih niti ni treba formalizirati.¹⁰² Družbeni odnosi od posameznikov zahtevajo uravnavanje lastnega ravnanja glede na ravnanja drugih ljudi,¹⁰³ zato je koordinacijska funkcija prava njegova temeljna funkcija, iz katere je možno izpeljati nadaljnje instrumentalne prednosti njegovega obstoja, kot so predvidljivost, ekonomičnost, stabilnost itd. Joseph Raz kot primarne družbene funkcije prava našteva: 1. preprečevanje neželenega ravnanja in zaščite zaželenega ravnanja, 2. zagotavljanje zmogljivosti za zasebne dogovore med posamezniki, 3. zagotavljanje javnih storitev in redistribucije dobrin ter 4. sodno reševanje sporov.¹⁰⁴ Skozi našete družbene funkcije prava nastaja normativni minimum, ki je potreben za ohranitev družbene strukture v sodobni pluralni družbi oziroma, kot ugotavlja Gerald Postema, je pravo glede na pravoznanstveni mit o nastanku prava nastalo zato, da bi ljudem pomagalo reševati probleme, ki jih poraja družbena koordinacija, kar pravo vzpostavlja kot mediatorja med različnimi interesi in vrednotami ter konkretnimi ravnanji ljudi.¹⁰⁵ Strukturno-funkcionalna razlaga pravnega pojava uči, da je temeljna funkcija prava vzdrževanje družbenega reda skozi družbeno integracijo.¹⁰⁶ Družbena integracija v modernih (zahodnih) družbah poteka bolj prek prava, čeprav pravo ni edini normativni sistem, ki učinkuje.¹⁰⁷ Moderni ontološko-epistemološki obrat je razviden iz modernega naravnega prava, na katerem so gradili zgodnjemoderni filozofi in teoretiki države, ki so v iskanje ustreznih pravnih in političnih načel vpoklicali človekov razum, na katerega je tako izrazito stavilo racionalistično naravno pravo. S funkcionalnega vidika lahko vladavino prava razumemo kot politični ideal, v katerem ne moremo kar *a priori* prepoznati absolutnih varovalk za doseganje demokratično določenih ciljev. Vsak politični ideal vsebuje partikularne vrednote, s čimer očitno presega analitično zaznane lastnosti. Brian Tamanaha vladavino prava predstavi (tudi) skozi prizmo retorične naprave, ki ne vsebuje zgolj nosilne ideje s pravom zamejenega

¹⁰⁰ Hart, 2012, str. 91.

¹⁰¹ Prav tam, str. 98.

¹⁰² MacCormick, 2007, str. 303.

¹⁰³ Igličar, 2009, str. 15.

¹⁰⁴ Raz, 2009, str. 169–172.

¹⁰⁵ Postema, 1996, str. 91.

¹⁰⁶ Tamanaha, 2021, str. 223.

¹⁰⁷ Omeniti je treba predvsem splošna moralna načela in religijo.

delovanja državne oblasti, temveč hkrati vsebuje tudi jasno razpoznavna ideološka vodila, pri čemer kot tipičen primer navaja Friedricha Augusta von Hayeka,¹⁰⁸ ki je definicijo vladavine prava povezal z zanj nezaželeno socialno politiko (»vsaka politika, ki neposredno meri k vsebinskemu idealu distributivne pravičnosti, mora voditi k uničenju vladavine prava«).¹⁰⁹ Na ravni pravne argumentacije je pravna država argument, ki »se zavzema za vsebinski in postopkovni pravni okvir, v katerem naj poteka pravno odločanje in v mejah katerega naj odločajo državni organi«.¹¹⁰ Ko govorimo o vladavini prava in pravni državi v ustavni demokraciji, govorimo tudi o določenih vrednotah, saj ustavna demokracija kot oblika političnega sistema lahko teži zgolj k tistim ciljem, ki so z njo združljivi. Prava v kontekstu posamezne teorije (moderne) države ni mogoče izolirati od državnih temeljev, tj. ustavnih dokumentov, v katerih so zapisane njene konstitutivne vrednote. Leslie Green v slogu analitičnega pravoznanstva pojasnjuje, da pravo *per se* ne zahteva soglasja o vrednotah, ampak je zanj pričakovanje, po katerem vsak pravni sistem odraža določene družbene vrednote, romantično.¹¹¹ Gotovo ima Green prav tudi, ko opozarja na dovzetnost prava za nemoralnost in možnega razvoja pravičnega pravnega sistema v smeri od ljudi odtujene tehnikalije, ki utira pot legalizmu,¹¹² vendar nam taki uvidi v naravo prava ne omogočajo dostopa do razumevanja funkcionalne vloge prava v konkretni družbi in državi, saj delujejo na previsoki ravni abstrakcije. Močna stran pravnega pozitivizma je v tem, da pravo razume kot odraz človeškega mišljenja in ravnanja. Hart bi rekel, da gre za socialni konstrukt, in prav v tej preprosti podmeni je njegov ključni prispevek k teoriji (moderne) države, v katero spadata tudi pravna država in vladavina prava. V trenutku, ko pravo »odvzamemo« bogu ali naravi, ga »prepustimo« ljudem ter s tem njihovim racionalnim in iracionalnim motivom. Vladavina prava je potemtakem vladavina ljudi, ki jim pristojnosti in omejitve pri izvrševanju teh pristojnosti določajo pravna pravila. Vladati pomeni izvrševati politično funkcijo, na kar niso imuni niti sodniki, ki s tem, ko ustvarjajo pravo, pravzaprav izvršujejo politično funkcijo izvrševanja oblasti. Kot ugotavlja Green, pa se za politično izkazuje tudi teorija prava,¹¹³ saj čista teorija prava v resnici ni mogoča, ker je uporaba izključno pravoznanstvenih konceptov premalo za razumevanje narave prava, zato pravoznanstvo pri tem potrebuje sodelovanje drugih družboslovnih disciplin in filozofije.¹¹⁴ Hartovo monumentalno delo *Koncept prava* je zaznamovalo pravno teorijo 20. stoletja prav zato, ker to delo ni hval-

¹⁰⁸ V podobnem slogu se na Hayeka v delu *Authority of Law* sklicuje tudi Joseph Raz.

¹⁰⁹ Tamanaha, nav. delo, str. 235.

¹¹⁰ Pavčnik, 2013, str. 186.

¹¹¹ Green, 2012, str. xxx.

¹¹² Prav tam.

¹¹³ Treba je poudariti, da se pojem »politično« ne navezuje na ozko pojmovanje strankarskega boja za oblast, temveč se navezuje na širše pojmovanje političnosti upravljanja z državo.

¹¹⁴ Prav tam, str. xv.

nica pravo, temveč gre za konceptualno analizo, ki nam pove, katere družbene konstrukte razumeti kot pravo, s čimer pravo zameji in nam omogoči, da razumemo, kdaj v družbi učinkuje pravo in kdaj kateri od preostalih normativnih sistemov. Hart nam sporoča, da pravo ni vsemogočno orodje družbenega nadzora, predvsem pa nam sporoča, da pravo ne moremo nekritično zaupati, saj gre za orodje, s katerim upravljajo ljudje, in ne imaginarno pravo. Temeljna funkcija pravnega sistema je vzpostavitev konvencionalnih kriterijev ravnanja, ki so namenjeni koordiniranju kompleksnih družbenih odnosov, zaradi katerih je postavljeno pravo zgodovinsko spodneslo običajno pravo, kar predvsem velja za moderno državo. Nikakor ne gre za naključje, da prav 19. stoletje velja za obdobje vzpona kodifikacij, saj so tedaj tehnologija, ekonomija in politika vzpostavile družbene okoliščine, v katerih je bilo nujno zagotoviti pregledno, jasno, stabilno in predvidljivo okolje za življenje, delo in poslovanje. Kompleksnost družbenih odnosov in družbeni konflikti rastejo vzajemno in boleče spoznanje, da zakoniki ne zmorejo dovolj slediti realnemu življenju, je naposled vendarle povzročilo priznanje, da prava ne ustvarjajo le zakonodajna telesa, temveč tudi sodišča, za kar gre velika zgodovinska zasluga svobodno-pravnemu gibanju iz začetka 20. stoletja. Konceptualne lastnosti prava, ki jih je tako prepričljivo opisal Hart, dobijo v motrenju družbe in države svoj smisel šele takrat, ko jim uspemo pripisati določeno funkcijo, ki je ne zmore opravljati noben drug normativni sistem, česar pa ne moremo storiti, če pred tem ne postavimo vrednotnih ciljev, h katerim kot družba stremimo. Če teh ciljev ne dosežemo, ne moremo reči, da je odpovedala vladavina prava ali pravna država, saj se pravna pravila ne ustvarjajo in ne izvršujejo sama od sebe, ampak je to delo prepuščeno konkretnim ljudem. Andrei Marmor nas povabi k premisleku o svetu, v katerem ne bi potrebovali prava, ob čemer ugotavlja, da bi bil tak svet najverjetneje boljši od obstoječega.¹¹⁵ Res je, to bi bil harmoničen svet, v katerem bi živeli srečni ljudje, med katerimi ne bi nikdar izbruhnila nesoglasja. Gre za podobo raja, ki nam jo naslika krščanska teologija Nove zaveze. Res pa je tudi, da bi bil lahko ta svet brutalen in neznosen, mogoče tak, kot nam ga opiše Hobbes, v katerem odsotnost prava pomeni odsotnost pravičnosti. Ti dve podobi se izrazito razlikujeta, toda nekaj jima je kljub temu skupnega, tj. obe opisujeta predpolitično stanje, harmonijo in kaos, dve skrajnosti, v katerih človeka vodi bodisi božja volja bodisi naravni instinkti. Njun skupni imenovalc je človeška nemoč – v rajju je človek gol, vendar tega ne ve, v kaosu pa je fizično prešibek, da bi preživel. Izgrajena politična zavest pomeni zavedanje, da je svet mogoče (so)ustvarjati in ga spreminjati, funkcija pravne države in vladavine prava pa je ta, da ti procesi potekajo predvidljivo, mirno, pregledno in učinkovito. Njuna vsebinska merila so zapisana v najvišjih pravnih aktih države, kar preprečuje njihovo (pre)pogosto spreminjanje, omogoča pa njihovo prilagajanje družbeni dinamiki. Sodobna ustavna demokracija ni Pitamičeva »sodnijska republika«, pa je oblika političnega sistema, v katerem se v imenu pravičnosti demokracija in človekova svoboda ne smeta izklju-

¹¹⁵ Marmor, 2010, str. 673.

čevati. Neodvisna in nepristranska sodišča so *conditio sine qua non* ustavne demokracije, saj je sodna oblast tista veja državne oblasti, znotraj katere pridemo najbližje izvornemu pomenu vladavine prava.

4. Zaupanje v pravo kot gradnik ustavne demokracije

4.1. Ideološki nastavki ustavne demokracije

Ustavna demokracija je otrok obdobja po koncu druge svetovne vojne oziroma političnega procesa konsolidacije liberalne demokracije, kakršna je prevladovala v državah zahodne pravne in politične tradicije. Dinamika razvoja tega procesa se je razlikovala od države do države, a vendarle je med njimi obstajal skupni imenovalc v obliki zavezanosti k odpravljanju sistemskih odklonov demokratičnega političnega sistema, kakršni so v nacistični Nemčiji pripomogli k vladavini diktatorja in k preobrazbi demokracije v totalitarizem.¹¹⁶ Lahko bi rekli, da je bila pot v totalitarizem tlakovana s slabitvijo liberalnega v razmerju do demokratičnega, če zmoremo razumeti dejstvo, da na primer moderna demokracija nima veliko opraviti z antično predhodnico ter da torej obstaja več modelov demokracije, ki so zgodovinsko izšli iz različnih okoliščin. Pravzaprav so velika težava pogosta poenostavljanja v zvezi z demokracijo oziroma z njenim konceptualnim pomenom, ko se skuša nanjo pritrčiti več načel, ki z demokracijo nimajo nikakršne analitične povezave. V naravi demokracije ni, da varuje temeljne človekove pravice in svoboščine, niti ni v naravi demokracije, da zagotavlja pravična družbena razmerja. Demokracijo je treba zlasti razumeti kot obliko političnega sistema, v katerem je vir oblasti ljudstvo, odločitve pa se sprejemajo po načelu večinskega odločanja brez vnaprej določenih normativnih omejitev. Moderne demokracije so predstavniške demokracije, znotraj katerih ljudstvo večji del svoje oblasti izvršuje posredno, tj. prek izvoljenih predstavnikov v zakonodajnem organu.¹¹⁷ Ljudstva ne smemo razumeti kot homogene celote, temveč gre za izrazito strukturirano celoto, znotraj katere so prisotne številne svetovnonazorske, interesne, politične, verske ipd. razlike. Kar demokracijo napravlja liberalno demokracijo, je njen poudarek na posamezniku in njegovih posebnostih, ki ga ločujejo od drugih ljudi. Liberalizem torej bolj gradi na priznavanju različnosti in manj na enakosti, kot denimo

¹¹⁶ Odličen opis preobrazbe v totalitarizem in način delovanja državnih institucij v nacizmu je v knjigi Dvojna država (2019) podal nemški pravnik in politolog Ernst Fraenkel.

¹¹⁷ Zgodovinski trend razvoja moderne demokracije je vezan na politično inkluzivnost, pri kateri je ključno vprašanje vezano na določitev obsega ljudi, ki smejo politično participirati. V antični demokraciji je šlo za vprašanje (restriktivnega) državljanstva ter z njim povezanih pravic do participacije, moderna demokracija pa se osredinja na volilno pravico, ki je sprva pripadla le premožnim moškim. Pozneje se je širila na vse belopolte moške in ženske, ki so jim v Švici volilno pravico priznali šele leta 1971, zadnja faza razvoja pa je zajela še rasne manjšine. Pravica do politične participacije je bila zgodovinsko izbrana in ne podeljena na podlagi spoštovanja kakega prevzvišenege ideala.

totalitarizem, ki ima do pluralizma izrazito odklonilen odnos. Znotraj liberalne politične doktrine je eden ključnih političnih konstituensov pluralnost, liberalna demokracija pa za svoj obstoj potrebuje tudi demokracijo, ki širi polje politične inkluzivnosti. Liberalizem prispeva spoštovanje različnosti, demokracija pa formalno enakost.¹¹⁸ Privrženost liberalne politične doktrine z razumom obdarjenemu posamezniku in njegovi svobodi zgodovinsko izvira iz njene kritike in političnega delovanja zoper fevdalni absolutizem ter nanj pripete elemente politične in ekonomske neenakosti. Od fevdalnih družbenih razmerij čedalje bolj izvzeti racionalni posameznik se vse bolj upira starim avtoritetam, zato se polje politične in ekonomske svobode razširi tudi na področje religije. Kar opisujemo, je stoletni proces, ki ni potekal s predestinirano močjo samoumevnemu napredku naproti. Liberalizem se je kot prevladujoča politična doktrina vzpostavil šele v 19. stoletju, k čemur je pripomogla predvsem industrializacija in z njo povezana vse večja politična moč meščanstva. Za 19. stoletje je značilen klasični liberalizem, katerega zagovorniki so zahtevali tržno ekonomijo, osvobojeno od državne oblasti, v kateri bi prevladovala svoboda po trgovanju in ustvarjanju zaslužka.¹¹⁹ Moderna doba je posameznikovo avtonomijo prepustila civilni družbi, znotraj katere sme posameznik neodvisno od »volje« države uresničevati lastne interese in interese družbene skupine, ki ji pripada. Moderen pomen je civilna družba dobila nekje od sredine 18. stoletja dalje, ko se je vzpostavila kot vmesna kategorija med državo in posameznikom, moderno pravo pa je prevzelo vlogo usklajevalca enotnosti in diferenciacije.¹²⁰ Na ravni civilne družbe posameznik lastnih interesov ne more zasledovati kot absolutno avtonomen akter, zato se mora povezovati in upoštevati interese drugih akterjev. Med civilno družbo in demokracijo se v tej luči kaže izrazita povezava. Adolf Bibič je v civilni družbi prepoznal »šolo demokracije«, v kateri se posameznik uči javnega delovanja in tako posega onkraj lastne sebičnosti in se prepušča kolektivnim identitetam in ciljem, s čimer svoje kratkoročne interese umesti v širše zasnovane dolgoročne cilje.¹²¹ Zastavitev civilne družbe kot avtonomnega prostora posameznikove pravice do svobode združevanja in svobode misli ter besede v obdobju klasičnega liberalizma sta vlogo države potiskala v smeri minimalnega poseganja države v civilno sfero. Državne pristojnosti naj bi se večinoma omejile na področja varnosti javnega reda in miru, učinkovitega sodnega varstva pravic in spodbujanja ekonomskih odnosov z drugimi državami. Nezaupanje v državno oblast je vtakano v samo bistvo liberalizma, zato ne čudi, da so pionirji liberalne politične doktrine tlakovali pot pojmovanju prava kot omejevalnemu normativnemu redu političnih procesov, vezanih na zgostitev politične moči, ki bi potencialno lahko ogrozila moderno shemo političnih in ekonomskih (lastninskih) pravic. John Locke je v Dveh razpravah o oblasti ponastavil Hobbesovo

¹¹⁸ Demokratično formalno enakost ponazarja načelo »en človek, en glas«.

¹¹⁹ Heywood, 2012, str. 25.

¹²⁰ Cerar, 2001, str. 216.

¹²¹ Bibič, 1997, str. 14.

predstavo o (pozitivnem) pravu kot volji in ukazu suverene oblasti v predstavo o pravu kot zaščiti pred samovoljno državno oblastjo. Po Locku pripada vrhovna oblast zakonodajalcu, vendar je kljub predhodno pridobljenemu soglasju podanikov zakonodajalec omejen z določenimi prvini naravnega prava, ki so usmerjene proti zakonodajalčevi samovolji.¹²² Locke je pri naravnem pravu opazal podobne težave, kot jih je že pred njim opazil Hobbes, zato se je naslonil na oporno točko prava in sodnika,¹²³ če mora zakonodajalec pravičnost podanikom odmerjati na podlagi naznanjenih trajnih zakonov, ki jih uveljavljajo pooblaščen sodniki.¹²⁴ Lockove ideje o omejevanju državne oblasti je treba razumeti kot začetne ideje konstitucionalizma, s katerimi je bila opredeljena nadaljnja pot razvoja načel, kot sta denimo vladavina prava in delitev oblasti. Klasična liberalna predstava o vlogi države se je z razvojem kapitalističnega družbenega ustroja sčasoma morala umakniti moderni liberalni predstavi o državi, ki aktivneje posega v sfero družbene neenakosti skozi načelo socialne države.¹²⁵ Ključni institucionalni elementi klasičnega liberalizma so se pri tem obdržali, nekoliko pa se je omilil strah pred prerazdeljevalno vlogo države. Obdobje pred drugo svetovno vojno ni minilo brez takih ali drugačnih ustavnih dokumentov, v katerih so bile zapisane obveznosti države do državljanov, toda doktrina parlamentarne supremacije je v imenu obrambe demokratičnih vrednot presojlo o skladnosti sprejetih zakonov z ustavnimi določbami umestila med pristojnosti zakonodajalca. Družbenega vrenja in pozivov k revolucionarnim prevratom take rešitve niso pomirjale, zato se je politični potencial množice za vpeljavo korenitih družbenih sprememb preusmeril na tedaj novo institucijo ustavnega sodišča, ki je s postopnim prilaganjem pravnih upravičenj družbeni neenakosti preprečevalo nagle politične prevrate. Leonid Pitamic je leta 1920 otvoritveno predavanje na Pravni fakulteti izvedel pod naslovom Pravo in revolucija, v katerem je v duhu svobodnopravnega gibanja pokazal na grožnjo odtujenosti pravnih pravil od družbene stvarnosti, izvedbo (legalne) revolucije pa je namesto množicam raje prepustil sodnikom. Sodobna ustavna demokracija je bila vzpostavljena po drugi svetovni vojni, med katero so bile v tedanjih totalitarnih režimih poteptane domala vse vrednote, ki so bile povezane s človekovo svobodo, enakostjo, življenjem in dostojanstvom. Izkušnja totalitarne mržnje nad človekovo svobodo in njegovim dostojanstvom je spodbudila institucionalne spremembe v evropskih državah, v katerih so po vzoru ameriškega vrhovnega sodišča ustavna sodišča dobila pristojnost

¹²² Locke, 1690/2010, str. 210–211.

¹²³ Hobbesova oporna točka je bolj močan vladar kot pa naravno ali postavljeno pravo.

¹²⁴ Prav tam, str. 212. Pri Lockovem sklicevanju na pooblaščen sodnike ne gre pretiravati v oceni, da je imel Locke izdelano podlago za neodvisno sodno oblast. V 12. poglavju Dveh razprav o oblasti opisuje različne »veje« oblasti, pri čemer sodne oblasti ne navaja, navaja pa zakonodajno, izvršilno, federativno in celo naravno oblast.

¹²⁵ Politična teorija liberalno politično doktrino deli na klasični liberalizem in moderni liberalizem, pri čemer slednji poleg človekove svobode (delno) prevzame še ideal (omejene) materialne enakosti. Poimenovanji sta očitno neposrečeni, saj gre dejansko za dve različni moderni doktrini.

ustavnosodnega nadzora nad demokratično voljenim parlamentom. S tem je politični konstitucionalizem prešel v pravni konstitucionalizem, *rex* pa je postal (tudi) *lex*. Človekovo dostojanstvo se v sodobni ustavni demokraciji pojmuje širše od golega preživetja, načelo socialne države (angl. *welfare state*) breme posameznikove družbene integracije z njega vsaj delno prelaga na skupnost kot celoto, s čimer omili posledice družbene neenakosti, svobodo pa privede bližje enakosti. Vrednotni temelji ustavne demokracije so splošna ustavna načela demokratičnosti, pravne države (vladavine prava), socialne države ter spoštovanje temeljnih človekovih pravic in svoboščin. To so pravni, moralni in politični stebri ustavne demokracije, v kateri se politično (demokracija) in pravno (ustava) dopolnjujeta in tako tvorita posebno teorijo države, znotraj katere ima tudi pravo posebno funkcionalno vlogo.

4.2. Pomen prisile za družbeno učinkovito pravo

Umestitev prava v konkretno teorijo države zahteva preseganje analitičnih okvirov prava. Če želimo razumeti funkcionalno vlogo prava v ustavni demokraciji, moramo razumeti (tudi) njegovo sociološko razsežnost. Za potrebe naše argumentacije se bomo osredinili na pomen zaupanja v pravo kot hrbtni strani prisilne narave prava za načelo pravne države (vladavine prava) kot osrednje kvalitete ustavne demokracije. Od Hartovega monumentalnega dela *Koncept prava* dalje je analitično pravoznanstvo v večjem delu prisilo izločilo iz koncipiranja prava. Hartov prepričljivi konceptualni opis prava, v katerem prevladuje kombinacija filozofske rigoroznosti in intelektualne kritičnosti, je nastavil kriterije prepoznavanja prava, ki se jim v svojih argumentacijah zelo težko izognejo tudi tisti, ki jih bolj kot analitične lastnosti prava zanimajo njegovi dejanski družbeni učinki. Verjetno je odveč ponavljati, da je treba pravo najprej prepoznati in ga zamejiti od drugih družbenih pojavov, preden lahko nadaljujemo raziskovanje širših družbenih posledic njegovega učinkovanja. Vrednost analitičnega pravoznanstva je največja prav v tem, da teži k preprečevanju konceptualne zmede, v kateri bi se znašli, ko bi z istimi pojmi opisovali različne družbene pojave. V takem okolju je akademsko in strokovno delo pravzaprav ohromljeno, družba pa podvržena neskončnim možnostim manipulacij z opisi dejanskega stanja. Kot smo poudarili že prej, pa vsaka konkretna teorija države zahteva vpogled v pravo, ki gre onkraj konceptualnega okvira, saj mora nujno upoštevati tudi merilo učinkovitosti pravnega sistema in pravnih pravil, če želi podati verodostojen opis pravnih učinkov. Moderna država potrebuje stabilen pravni sistem, ki omogoča učinkovito koordinacijo in integracijo ljudi, kar je še toliko pomembneje v visoko kompleksnih družbah, kakršna je sodobna. Alternative pravo danes država nima, zato je za razumevanje pravnega pojma še toliko pomembneje, da ga preučujemo tudi onkraj dogmatičnih pravnih okvirov.

Smisel obstoja pravnih pravil v družbi je usmerjanje človeškega ravnanja. Ob tem lahko mirno pritrdimo Hartu, da obstaja (hipotetična) možnost obstoja družbe, v kateri

pravna pravila ne bi bila podprta s prisilo. Taka družba bi bila idealna družba s harmonično usklajenostjo med pričakovanji ljudi in njihovim dejanskim položajem. Leslie Green meni, da bi družba brez prisile kaj lahko obstajala, če človeška narava ne bi bila, kakršna pač je.¹²⁶ Človek seveda ni popoln in povsem logično je, da vsaj del pravnih pravil predvideva sankcijo za potencialne kršitve. Povsem preprosto je ugotoviti, da nekatera pravna pravila ne predvidevajo sankcij, vendar to ne pomeni, da pravo *per se* ni povezano z elementom prisile.¹²⁷ Tudi pravna pravila, ki posamezniku dopuščajo prosto presojo o njihovi uporabi (na primer zakonska zveza, oporoka ali kupoprodajna pogodba), morajo biti podprta z določeno mero prisile v ozadju, če naj bodo predvideni učinki njihove uporabe zanesljivo izvršeni.¹²⁸ Iz zapisanega izhaja naše širše pojmovanje prisile, ki ga ne zreduciramo na (ne)določitev predvidene sankcije za potencialne kršitve (ozko pojmovanje), temveč v prisili prepoznavamo nujen element učinkovitega učinkovanja prava, ki edino zagotavlja funkcionalni namen usmerjanja ravnanja ljudi. Frederick Schauer v prisili prepozna vseprisotno empirično navezavo prava na prisilo, kljub priznavanju ustreznosti izločitve prisile iz koncepta prava.¹²⁹ Kenneth Einar Himma pri opisovanju nujne povezave med prisilo in pravom poudarja vlogo prava kot generatorja miru v družbi, saj prav prisilna narava prava ljudem v okoliščinah omejenih virov omogoča mirno sobivanje in sodelovanje.¹³⁰ Tako Schauer kot tudi Himma pravu pripisujeta sociološke razsežnosti, onkraj katerih ni mogoče doumeti življenjskosti prava, kot se izkazuje v vsakdanjem življenju ljudi.¹³¹ Še radikalnejšo argumentacijo v kritiki čiste teorije prava poda-

¹²⁶ Green, 2012, str. xxx. Podobnost Greenove ugotovitve z Avguštinovo idejo o obstoju oblasti zaradi človekove grešne narave je zgolj naključna.

¹²⁷ Raz kot tri najsplošnejše lastnosti prava našteva normativnost (namen prava je v tem, da usmerja ravnanje ljudi), institucionalnost (nastanek in izvrševanje prava je v večjem obsegu v domeni institucij) in prisilnost (spoštovanje in izvrševanje prava je notranje zagotovljeno, tj. v skrajnih primerih tudi s prisilo). O tem glej v: Raz, 1980, str. 3.

¹²⁸ Pravno pravilno napisana oporoka sama na sebi ne jamči izvršitve oporočiteljeve volje. Lastnina se pravno porazdeli šele s sklepom pristojnega sodišča. Oporočitelj se z izraženo voljo obrača na državo, ki, če je to potrebno, izvršitev njegove volje zaščiti tudi z organi prisile. Poslednji garant upoštevanja oporočiteljeve volje je torej država s svojim monopolom nad izvajanjem prisile na svojem ozemlju.

¹²⁹ Schauer, 2015, str. 40. Schauer razmerje med prisilo in pravom opiše s pomočjo analogije razmerja med pticami in sposobnostjo letenja: prisila je za pravo to, kar je letenje za ptice, tj. ne nujno potrebno, vendar tako zelo značilno, da brez upoštevanja njihove sposobnosti letenja ptic ne moremo popolnoma spoznati; neprisilno pravo je kot neleteča ptica, tj. koristno dejstvo o pticah, ki si ne zasluži večje pozornosti.

¹³⁰ Himma, 2020, str. 253.

¹³¹ Znotraj teorije prava in države je smiselno prisilo opredeliti kot specifično lastnost državnega prava, na podlagi katere se vzpostavi razločevalni kriterij v razmerju do preostalih normativnih sistemov (na primer morale, religije), katerih kršitve niso podprte z državno prisilo niti država ne jamči upravičenj, kakršna potencialno izhajajo iz pravil takih normativnih sistemov.

ja Christoph Kletzer, ki zgolj v ločenem opisovanju in naslavljanju zahtev prava vidi primanjkljaj v dojetanju resnosti vloge, ki jo pravo ima v družbi, saj opisovanje in zahteve ločeno sveta ne spreminjata.¹³² Kletzer meni, da vso resnost prava dojamemo šele takrat, ko opis in zahteve združimo skupaj, tj. takrat, ko s pravom opisujemo svet, kakršen na podlagi zahtev mora biti.¹³³ Sporočilnost takih argumentacij se skriva v maksimi »zakon in red«, ki je bolj ali manj usmerjena v cilj zagotavljanja stabilnosti in miru. V okviru teorije države tega vidika ne smemo spregledati, saj, kot ugotavlja Himma, je odsotnost pravnega sistema možna le v tistih družbah, ki jo sestavljajo pristni angeli, tj. bitja brez zmožnosti ravnanja v nasprotju z družbeno zaželenimi standardi.¹³⁴

Odnosa do sprejemanja in dejanskega spoštovanja pravnih pravil kljub prisilni naravi prava ni mogoče v celoti zaobjeti zgolj z učinki prisile. Nikakor ni mogoče trditi, da se posamezniki pravnim pravilom podredijo zgolj zato, ker se bojijo državne represije. Povsem mogoče je (in zaželeno), da se posameznik s posameznimi pravnimi pravili strinja, saj odražajo njegov pogled na želeno stanje v družbi. V družbah, v katerih visok delež ljudi tako sprejema večino pravnih pravil, gre za visoko stopnjo normativne integracije po pravu. Taka družba ni prej omenjena družba pristnih angelov, to je družba, v kateri prevladuje visoka stopnja zaupanja v pravni sistem. Efektivnost pravnega sistema v ustavno zamejenih demokracijah ni odvisna od jakosti državne represije, temveč je odvisna od minimalne moralne sprejemljivosti vsebine in sposobnosti zagotavljanja racionalne družbene koordinacije pravnih pravil, ki so del pravnega sistema.¹³⁵ Predpostavljati moramo, da državljani v predstavnih demokracijah svoje soglasje k sprejetim pravnim pravilom dajejo posredno prek izvoljenih predstavnikov, saj veljavnost pravnega pravila ne more biti odvisna od soglasja vsakega posameznika, ki je pravnim pravilom podrejen. Sociološka razlaga v tem pogledu obravnava makro raven odnosa do pravnega sistema, zato ne meri zaupanja v pravo, temveč lahko meri stopnjo dejanskega upoštevanja pravnih pravil. Zaupanja ni mogoče uzakoniti, niti ga ni mogoče zaukazati. Zunanja manifestacija zaupanja v pravo bi morala kvalitativno bistveno presežati zunanjo manifestacijo preprostega uboganja. Da bi posameznik zaupal v pravo, mora verjeti v pozitivne posledice uporabe prava, kar najmanj pomeni sposobnost prava, da racionalno koordinira ravnanje večjega števila ljudi. Hkrati mora ta posameznik verjeti v to, da pravo temelji na vsaj minimalnih moralnih standardih. Navsezadnje, kot ugotavlja Philip Soper, se pravo na moralnost sklicuje najmanj v dveh vidikih, tj. vidik ustvarjanja pravnih pravil (pravica

¹³² Kletzer, 2018, str. 139.

¹³³ Prav tam.

¹³⁴ Himma, 2020, str. 232.

¹³⁵ Izključno na prisilo se pravzaprav ne morejo zanesti niti totalitarni režimi, v katerih ideološki monizem nadomešča odkrito grožnjo ljudem. Za totalitarne režime sta sicer značilna preventivno zastraševanje s sankcijami in močno odvračalne kazenske sankcije, toda ideološko obarvani narativ o legitimnosti oblasti v kombinaciji s strogim nadzorom izobraževanja, medijev in sodstva je močnejši garant vzdrževanja oblasti, kot je gola sila.

do odločanja) in vidik izvrševanja pravnih pravil skozi represivni aparat države (pravica do izvršitve).¹³⁶ Moralnost se tukaj tesno preplete z avtoriteto, iz česar je Joseph Raz izpeljal trditev, po kateri se moralna odličnost prava pokaže tedaj, ko pravo razumemo kot strukturo avtoritete, ki ljudem odmerja, kaj morajo storiti.¹³⁷ Za Raza mora biti ta avtoriteta legitimna, tj. taka, ki ustvarja pogoje za izpopolnjujoče življenje ljudi, pri čemer brez legitimnosti avtoritete ne more obstajati.¹³⁸ Nemoralno pravo je še vedno pravo, ni pa avtoriteta. Nemoralno pravo je lahko zgolj oblast, pravo pa njeno orodje za doseganje političnih ciljev. Razova argumentacija z vidika branjenja na primer načel demokracije in ustavnosti deluje prepričljivo, saj v teorijo prava vnaša jasno ločnico med pravnim in moralnim, kar olajša razločevanje med moralnimi avtoritetami in nemoralnimi totalitetami. Z analitičnega in sociološkega vidika je povsem nesmiselno vztrajati pri odrekanju statusa pravnosti pravnim pravilom, ki ne dosegajo meril moralnosti.¹³⁹ Teorija (demokratske) države mora vztrajati pri tej ločitvi (angl. *separation thesis*), saj prav ločitev moralnega od pravnega omogoča lažje moralno distanciranje od nemoralnega prava. V tem smislu je treba razumeti znano Razovo maksimo »*there is no moral obligation to obey the law*«, ki jo poudarja pozitivistična teorija prava.

4.3. Zaupanje v pravo v ustavni demokraciji

V ustavni demokraciji si je težko zamisliti očitno nemoralne zakone. Konec koncev so zakonodajalci neposredno voljeni, kar v politični sistem vnaša element politične odgovornosti, toda znotraj ustavne demokracije se je kljub temu uveljavila dodatna (sodna) varovalka pred morebitno samovoljo zakonodajalca, saj ustavna sodišča v okviru pristojnosti ustavnosodnega nadzora izvajajo abstraktno presojo skladnosti zakonov z ustavo. Šele z uveljavitvijo pristojnosti abstraktne presoje lahko začnemo govoriti o resnično ustavno omejeni demokraciji, v kateri imajo posameznikove pravice in ustavno določene vrednote ter načela primat nad politično oblikovano večino v parlamentu. V ustavnih demokracijah parlament ni edini zakonodajalec, saj ustavna sodišča skozi sodniško pravo aktivno soustvarjajo pravni red. Kot smo že zapisali, zaupanja ni mogoče uzakoniti, zato je zaupanje v pravo dobilo pravno provenienco s tem, ko so ga postopoma v sodno prakso uvedla ustavna sodišča. Načelo zaupanja v pravo se je tako uveljavilo kot kriterij pri ustavnosodni presoji, kar pomeni, da je iz sfere moralnosti prešlo k pravno oblikovani objektivnosti. Pravna konkretizacija zaupanja v pravo dodaja k pravni državi obet legi-

¹³⁶ Soper, 1996, str. 218.

¹³⁷ Raz, 2009, str. 180.

¹³⁸ Prav tam, str. 180–181. Raz povezanost prava in morale utemeljuje prek legitimnosti, ki pa ni kriterij za obstoj prava, tj. po Razu lahko obstaja tudi nemoralno in nelegitimno pravo.

¹³⁹ Naravnopravna tradicija drugače kot analitično in sociološko pravoznanstvo mora vztrajati pri pojasnjevanju povezanosti prava in morale, saj drugače izgubi jedro lastne intelektualne argumentacije. Prim. Tuck, 1998; Finnis, 2011.

timne moralne avtoritete, o kateri razmišlja Raz. Ob tem mora teorija države pojasniti, da vladavina prava pomeni vladavino s pravom zamejenih nosilcev javne oblasti, med katere spadajo tako zakonodajalci kot tudi sodniki. Pravno načelo zaupanja v pravo je potemtakem sredstvo (ustavno)sodne oblasti, s katerim se pravni sistem zoperstavlja potencialnim anomalijam političnega sistema. Od drugih pravnih načel se načelo zaupanja v pravo razlikuje v tem, da v sebi združuje niz procesnih zahtev, ki morajo biti v demokratičnih državah izpolnjene za doseg standarda vladavine prava. Ker sta danes pravna država in vladavina prava tako zelo povezana koncepta, se vsaj v kontinentalni pravni tradiciji pojma pogosto uporabljata kot sopomenki, pri čemer angloameriški *rule of law* procesno dopolnjuje bolj vsebinsko usmerjeno *rechtsstaat*, iz česar sestoji sodobna pravna država (angl. *legal state*). V Komentarju Ustave Republike Slovenije je načelo zaupanja v pravo opredeljeno kot eno od načel pravne države,

»[...] ki zahteva, da so posamezne odločitve, ki so zakonite in sprejete brez vnaprejšnjih pridržkov ter po svoji naravi niso prehodnega značaja, stabilne. Pravo lahko uveljavlja svojo funkcijo urejanja družbenega življenja, če je v čim večji meri stalno in trajno. Tako pravo kot tudi celotno ravnanje vseh državnih organov mora biti predvidljivo, ker to zahteva pravna varnost. Varnost državljanov je odvisna od tudi od trajnosti aktov. S tem se uresničuje zaupanje državljana v pravo in državo.«¹⁴⁰

Iz Šturmove opredelitve izhaja tesna povezava med zaupanjem v pravo in pravno varnostjo. Razmerje med njima v temelju sestoji iz namere po utiranju poti posamezniku na njegovi poti k čim bolj racionalnemu načrtovanju aktivnosti in ocenjevanju obstoječega pravnega položaja, kar mu omogoča učinkovitejšo integracijo v veljavni pravni in družbeni red. Koristi od učinkovanja zaupanja v pravo in pravne varnosti presegajo koristi za posameznika in se vežejo na celotno družbo, ki tako deluje bolj usklajeno in je manj dovzetna za nagle spremembe. Scott Shapiro meni, da oblikovanje pravnih pravil izhaja iz človeške sposobnosti načrtovanja, na katero morala nima nikakršnega neposrednega vpliva, saj je človek v osnovi načrtovalno bitje.¹⁴¹ Kakršnokoli načrtovanje prihodnjega ravnanja zahteva vsaj minimalno predvidljivost in stabilnost, kar poudarja načelo zaupanja v pravo (skupaj z načelom pravne varnosti). Ob tem je treba poudariti prepoved retroaktivnega učinkovanja sprejetih zakonov kot *conditio sine qua non* zaupanja v pravo in pravne varnosti. Slovenska ustavnopravna doktrina je zaupanje v pravo povzdignila

¹⁴⁰ Šturm, 2010, str. 70. Avtor se sklicuje na odločitev Ustavnega sodišča RS U-I-266/95 (OdlUS IV, 116, Uradni list RS, št. 69/95).

¹⁴¹ Shapiro, 2011, str. 119. Tudi iz Shapirovega dela je jasno razviden pomen teoretičnega izhodišča pri pojmovanju človeške narave za razvijanje pravne (ali politične) teorije. Aristotel je na primer skonstruiral politično žival (*zoon politikon*), Holmes pa je naslikal podobo malopridneža (angl. *bad man*). Taka teoretična izhodišča so po eni strani koristna za deduktivno utemeljevanje znotraj teorije, po drugi strani pa so hkrati Ahilova peta teorije, saj tako postane lažja tarča zunanje kritike, ki jo pogosto poganja »pomenska odprtost« (beri: ideološka posredovanost) človeške narave.

na raven pravice,¹⁴² prepoved retroaktivnosti pa je postala ena od temeljnih konkretizacij načela pravne države, kar izhaja iz odlčobe Ustavnega sodišča RS U-I-159/95, v kateri je sodišče poudarilo pravico vsakega posameznika:

»zaupati v veljavno pravo in skladno z njim uravnavati svoja ravnanja in pričakovanja. Predpis, ki za nazaj povečuje obveznosti, to zaupanje slabi in s tem zmanjšuje pravno varnost«.¹⁴³

Retroaktivnega poseganja v pridobljene pravice ustavni red ne prepoveduje absolutno, toda vsakršen tak poseg mora temeljiti na prevladujočem in legitimnem javnem interesu,¹⁴⁴ ki mora biti jasno opredeljen in podkrepjen s testom legitimnosti in sorazmernosti. Načelo zaupanja v pravo v sebi združuje skupek postopkovnih pravil vladavine prava, brez katerih bi pravni red v celoti izgubil lastno moč regulacije najpomembnejših družbenih odnosov, saj je njegovo nasprotje vladavina arbitrarne politične oblasti, ki pa je povsem nezdržljiva z vrednotami sodobne ustavne demokracije. Arbitrarnost oblasti v osnovi pomeni negotovost za posameznika, za njegov položaj v razmerju do državne oblasti (javni vidik) in v razmerju do drugih ljudi (civilni vidik), s čimer se spodnaša koordinacijski potencial prava v družbi. Dinamika družbenih odnosov se tako vse bolj pomika proti anomiji, saj se pravni občutek za pravičnost začne umikati vulgariziranemu pojmovanju človeškega atomizma.

Načelo zaupanja v pravo je Ustavno sodišče RS izvedlo iz načela pravne države in tako ustvarilo postopkovno dopolnitev vsebinsko temeljitejše pravne države. To načelo primarno nagovarja sodnika, ki naj s sklicevanjem na zaupanje v pravo preprečuje krhanje ustavnih temeljev družbe in države, kadar zakonodajno in izvršilno oblast zanese stran od uveljavljenih demokratičnih standardov upravljanja z državo. Zaupanje v pravo pomeni pravzaprav zaupanje v sodno oblast, da se bo uprla nelegitimnim praksam in odločitvam političnih vej oblasti, zato je in ostaja (politično) neodvisna sodna oblast absolutni kriterij pravne države. Tako je v ustavni demokraciji naposled v sodnika projicirana odgovornost za branjenje pravic posameznika pred arbitrarnostjo politično oblikovane večine, k čemur je zavezana javnopravna doktrina. Pošten postopkovni okvir je bistven tudi za civilnopravno doktrino, če štejemo za temeljno poslanstvo sodišč njihov prispevek k avtoritativnemu reševanju sporov. Pravno reševanje sporov pomeni mirno reševanje sporov, to pa bi bilo ogroženo, če bi v pravnem redu umanjala predvidljiva in stabilna postopkovna zagotovila, da bodo zakoni veljali za vse ljudi enako. Prisila je neločljivi del državne oblasti, toda zgolj s prisilo ni mogoče vzdrževati mirnega družbenega okolja. V

¹⁴² Ta pravica je posredna pravica, tj. pravica, ki je izvedena iz splošnega načela pravne države. Na splošno načelo zaupanja v pravo v sodni praksi prihaja v kolizijo z načelom prilagajanja prava spremenjenim družbenim okoliščinam, kar ponazarja interno napetost med statičnostjo in dinamičnostjo prava.

¹⁴³ Šturm, 2010, str. 71.

¹⁴⁴ Prav tam, str. 72.

tem pogledu je zaupanje siamski dvojček prisile v družbi, katere del so ljudje z različnimi interesi in svetovnonazorskimi pogledi na politiko, religijo in kulturo ter svet kot celoto. Demokracija daje priložnost pluralizmu, ustavnost pa individualizmu, šele skupaj pa tvorita hrbtenico pravne države v ustavno zamejeni demokraciji, ki za obstoj potrebuje dvojno zaupanje, in sicer zaupanje v sočloveka in zaupanje v pravo.

5. Sklep

Za vsakim pravnim pravilom je človek. Človek pravo ustvarja, ga spreminja, ohranja in uporablja. Obdobja, v katerih so filozofi in pravniki iskali božansko ali naravno substanco prava, so minila, toda prav od njih lahko danes, opremljeni z razumevanjem zgodovinskih razsežnosti razvoja prava, črpamo navdih za polaganje velikih upov v moč in smisel pravnega urejanja posameznega dela družbenih odnosov. Pri tem ne gre za navno idealizacijo prava, temveč gre za uresničevanje povsem konkretnih pravil in načel, po katerih se želimo ravnati in sobivati z drugimi. Zavedanje o nepopolnosti prava je hkrati zavedanje o nepopolnosti človeka. Zdi se, da ljudje danes lažje sprejememo dejstvo o nepopolnosti človeka kot pa tistega o nepopolnosti prava, zato mogoče kdaj vanj polagamo več pričakovanj, kot pa jih je sposobno izpolniti. Vendar to ni problem prava, to je problem nas samih. Pravo je kot človeška stvaritev neločljivi del politične skupnosti in družbe, zato tudi ni imuno na človeške hibe in kot tako ne more biti absolutno avtonomno v razmerju do družbenih in političnih procesov. Ko bi bilo pravo res odsev božje volje ali razkritij najglobljih naravnih zakonitosti, nam v pravo ne bi bilo treba zaupati, ampak bi se lahko z njim zgolj sprijaznili. O božanstvih in naravi (praviloma) ne dvomimo, zato tudi zaupanje ni smiselno. Gre zgolj za udobno pasivizacijo človeškega uma in razuma, ki za svoje življenjsko vodilo sprejme vdanost v usodo. Bolj kot aktivno iskanje je na mestu pasivno verovanje. Moderna doba je človeka izvrgla iz te cone udobja, Descartesov *cogito, ergo sum* je odlična ponazoritev zastavitve novega sveta, v katerem se človek končno osvobodi predestinacije. Odtlej namreč človekov razum odloča o tem, kdaj (če sploh) verovati, kdaj (če sploh) zaupati in kdaj dvomiti, pri čemer se moderno pravo z vsemi njegovimi lastnostmi izvorno prilega prav tej predstavi, ki ji ni mogoče odreči politične razsežnosti. Pravna država in vladavina prava sta bistvena kakovost moderne države, za katero velja, da se oblast znotraj nje depersonalizira in se zameji z veljavnimi zakoni, kar spodnese teorijo suverenosti, kot so jo razdelali teoretiki na prelomu med srednjim vekom in moderno dobo, ko je šlo za branjenje fevdalne monarhije. Pri tem je posebej izstopal Jean Bodin, ki je kot bistveni znak vladarjeve suverenosti še vedno razumel njegovo izvzetost iz zakonov, ki jih je sam postavljaj.¹⁴⁵ Pravno državo in vladavino prava je sicer smiselno analitično ločevati, vendar v pravni državi vlada pravo. Ko trdimo, da vlada pravo, pravzaprav trdi-

¹⁴⁵ Bodin, 1992, str. 49. Jean Bodin v suverenem vladarju (monarhu) vidi božjega namestnika oziroma odsev božje podobe na zemlji, ki je podložen in odgovoren zgolj bogu. Bodinova pravno-politična

mo, da vladajo nosilci oblasti, ki so pri svojem delovanju vezani na ustavo in zakon, s tem pa na vsebinske in postopkovne standarde pravne države (nem. *rechtsstaat*) in vladavine prava (angl. *rule of law*). Sodobna ustavna demokracija, ki je zgodovinsko nastala na pogorišču velike morije druge svetovne vojne, je posebej senzibilna, ko gre za varstvo človekovih pravic in svoboščin, zato se nad demokratično oblikovano večinsko voljo zakonodajalca dviguje ustava kot pravno (in politično) zagotovilo, da bo varovanje temeljnih človekovih pravic in svoboščin ostala konstitutivna vrednota politične skupnosti. Prav v tem je treba prepoznati esenco ustavne demokracije, v kateri se prepletata prvini demokracije in aristokracije, kar je razvidno predvsem iz ustavno določenih institucionalnih razmerij med zakonodajalcem in ustavnim sodiščem. Iz tega razmerja je mogoče razbrati izrazito moderno medigro med pravnim in političnim principom, v kateri se vedno znova vzpostavlja ravnotežje med javnim in zasebnim oziroma med kolektivnim in individualnim. Ideološko izhodišče moderne pravne in politične teorije sloni na idealu človekove svobode, zato kaže sprejeti razlago, po kateri vladavina prava pripada 17. in 18. stoletju, ko si je ideal človekove svobode šele utiral pot k preživetju, ne pa tudi tiste, ki pravi, da je bilo razumevanje vladavine prava tedaj na višji ravni od sedanje.¹⁴⁶ Vir pravotvorja sta v sodobni ustavni demokraciji zakonodajalec in (ustavno) sodišče, ki skozi sodniško pravo ne zgolj dopolnjuje postavljeno pravo, temveč ga postopkovno in vsebinsko preverja, s čimer mu sme odvzeti status legalnosti. Zakonodajna oblast je torej razcepljena na dvoje, kar deluje kot sistemska ovira uzurpaciji pravodajne pristojnosti. Ključen prvi pogoj za delovanje te sistemske ovire je neodvisno sodišče od strankarsko političnih interesov, ki so precej ožji od tistih, ki jih varuje ustava. Produkt sodnega prava je tudi načelo zaupanja v pravo, ki je tako zelo pomembno zato, ker v državno strukturo oblasti, v katero (ustavno) sodišče nedvomno spada, uvaja vsaj minimalne pravne kriterije za presojo zakonodajalčevih odločitev na podlagi postopkovnih standardov, kot sta predvidljivost in stabilnost. Povsem sociološko dejstvo je, da tistemu, ki nenehno (na slabše za naš položaj) spreminja že dogovorjeno, ne moremo zaupati. To ljudje zlahka razumemo, ko je govora o družinskih, prijateljskih ali poslovnih odnosih. Občutek elementarne pravičnosti nas (večinoma) ne zapusti niti, ko kot posamezniki presojamo dejanja državnih organov, pri čemer je še posebno pomembno, da se kot pravni subjekti ves čas lahko zanesemo na uveljavljena pravna pravila, ki nam sporočajo, kakšen je naš položaj in kaj lahko pričakujemo. V družbi, v kateri bi državna oblast arbitrarno posegala v pravice in dolžnosti pravnih subjektov, pravo ne more opravljati koordinacijske funkcije, saj taki posegi sicer obligatorna družbena pravila slej ko prej napravijo praktično neizvršljiva. Pravno načelo zaupanja v pravo zato spada med pravna načela, s katerimi sodišča preprečujejo implozijo pravnega reda, kakršen izhaja iz vsebinskih zahtev pravne države in postopkovnih meril vladavine prava.

misel je referenčno izhodišče doktrine kraljeve božanske pravice, na katero so se sklicevali privrženci monarhije v angleški državljanski vojni v 17. stoletju.

¹⁴⁶ Reid, 2004, str. 93.

Za obstoj vsake države je bistveno, da imajo njeni državljani določeno mero zaupanja v državno oblast, saj zgolj gola prisila ne more zagotoviti družbenega reda in miru. Ko nekomu zaupamo, vanj projiciramo pozitivna (moralno sprejemljiva) pričakovanja, zato lahko rečemo, da pravno načelo zaupanja v pravo služi kot orodje, s katerim en del državne oblasti popravlja poškodovano zaupanje do drugega dela državne oblasti. Dobrobiti pravne države in vladavine prava so mnoge. Tom Bingham nam skuša naslikati delno podobo življenja pod režimom, ki te dobrobiti odklanja: nočno trkanje na vrata, nenadno izginotje, instrumentalizirano sojenje (angl. *show trial*), izvajanje genskih poskusov na zapornikih, izsiljeno priznanje krivde z mučenjem, koncentracijska taborišča, plinske celice, genocid in etnično čiščenje, sprožanje agresivnih vojn.¹⁴⁷ Zaupanje v pravo je del mozaika pravne države, ki skuša preprečevati naštetu in še mnogo več, zato je res bolje, da »shajamo s kolericnimi sodniki in pohlepni odvetniki«,¹⁴⁸ kot pa da pristanemo na nižanje z ustavo in zakoni določenih pravic in svoboščin. Zaupanje je težko pridobiti in lahko izgubiti, zato lahko zgolj upamo, da bo v imenu pravne države zaupanje v pravo (p) ostalo družbeno vezivo, saj zaupanje v pravo pomeni predvsem zaupanje v (so)človeka, ki pravo ustvarja in uporablja. Zaupanje v pravo je bilo v ustavno načelo povzdignjeno kot pravno varovalo, ki naj brani ta sociološki minimum.

Literatura

- Ackerman, B. (1993) *We the People. Vol. 1*. Cambridge: Harvard University Press.
- Aristotel (2002) *Nikomahova etika*. Ljubljana: Slovenska matica.
- Aristotle (1995) *Politics*. Oxford in New York: Oxford University Press.
- Barberis, M. (2011) 'Pravo in morala danes', *Revus – Revija za ustavno teorijo in filozofijo prava* 16/2011, str. 15–53.
- Bellamy, R. (2009) *Political Constitutionalism*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Berman, H. (1994) 'The Origins of Historical Jurisprudence: Coke, Selden, Hale', *The Yale Law Journal* 103, str. 1651–1738.
- Bibič, A. (1997) *Civilna družba in politični pluralizem*. Ljubljana: Fakulteta za družbene vede Univerze v Ljubljani.
- Bickel, A. (1962) *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*. New Haven: Yale University Press.
- Bingham, T. (2010) *The Rule of Law*. London: Penguin Books.
- Bodin, J. (1992) *On Sovereignty*. Cambridge: Cambridge University Press.

¹⁴⁷ Bingham, 2010, str. 9.

¹⁴⁸ Prav tam.

- Cerar, M. (2001) *(I)racionalnost modernega prava*. Ljubljana: Bonex.
- Cerar, M. (2001) Pravo in politika – vprašanje avtonomnosti modernega prava, v: *Pravo in politika* (ur. J. Šumič Riha), str. 15–46. Ljubljana: Liberalna akademija.
- Cerar, M. (2004) '(Ir)rationality of the Constitution', *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie* 90 (2), str. 163–180.
- Cerar, M. (2009) (Ne)ideološkost pravne države, v: *Pravna država* (ur. M. Pavčnik), str. 57–100. Ljubljana: GV Založba.
- D'Amato, A. (2010) 'Obligation to Obey the Law: A Study of the Death of Socrates', *Faculty working papers* 111, str. 1–23.
- Dworkin, R. (1978) *Taking Rights Seriously*. Cambridge: Harvard University Press.
- Dworkin, R. (1985) *A Matter of Principle*. Cambridge: Harvard University Press.
- Dworkin, R. (1986) *Law's Empire*. Oxford: Hart Publishing.
- Ely, J. H. (1980) *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review*. Cambridge: Harvard University Press.
- Fallon, R. (2008) 'The Core of an Uneasy Case for Judicial Review', *Harvard Law Review* 121 (7), str. 1693–1736.
- Finnis, J. (2011) *Natural Law & Natural Rights* (2. izdaja). Oxford: Oxford University Press.
- Fraenkel, E. (2019) *Dvojna država*. Ljubljana: Založba *cf.
- Fuller, L. L. (2015) *Moralnost prava*. Ljubljana: GV Založba.
- Gardner, J. (2012) *Law as a Leap of Faith*. Oxford: Oxford University Press.
- Gargarella, R. (2021) Constitutionalism and the Rule of Law, v: *The Cambridge Companion to The Rule of Law* (ur. J. Meierhenrich in M. Loughlin), str. 425–442. Cambridge: Cambridge University Press.
- Grad, F., Kaučič, I., in Zagorc, S. (2016) *Ustavno pravo*. Ljubljana: Pravna fakulteta Univerze v Ljubljani.
- Green, L. (2012) Introduction, v: *The Concept of Law* (3. izdaja), str. xv–lv.
- Grimm, D. (2016) *Constitutionalism. Past, Present, Future*. Oxford: Oxford University Press.
- Grossi, P. (2009) *Pravna Evropa*. Ljubljana: Založba *cf.
- Harel, A., in Kahana, T. (2010) 'The Easy Core Case for Judicial Review', *Journal of Legal Analysis* 2 (1), str. 227–256.
- Harel, A. (2014) *Why Law Matters*. Oxford: Oxford University Press.
- Hart, H. L. A. (2012) *The Concept of Law* (3. izdaja). Oxford: Oxford University Press.

- Held, D. (2006) *Models of Democracy*. London: Polity Press.
- Heywood, A. (2012) *Political Ideologies*. London: Palgrave MacMillan.
- Himma, K. E. (2020) *Coercion and the Nature of Law*. Oxford: Oxford University Press.
- Hirschl, R. (2004) *Towards Juristocracy*. Cambridge: Harvard University Press.
- Hobbes, T. (1996) *Leviathan*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Hobbes, T. (2006) *Človekova narava*. Ljubljana: Založba Krtina.
- Igličar, A. (2012) *Pogledi sociologije prava*. Ljubljana: GV Založba.
- Kantorowicz, H. (2020) *Boj za pravno znanost*. Ljubljana: GV Založba.
- Kaufmann, A. (1994) *Uvod v filozofijo prava*. Ljubljana: Cankarjeva založba.
- Kelly, J. M. (1992) *A Short History of Western Legal Theory*. Oxford: Oxford University Press.
- Kelsen, H. (2016) *Kaj je pravičnost*. Ljubljana: GV Založba.
- Kletzer, C. (2018) *The Idea of a Pure Theory of Law*. Oxford, London: Hart Publishing.
- Kranjc, J. (2006) *Latinski pravni reki*. Ljubljana: GV Založba.
- Kresal, B. (2010): Socialna država, v: *Komentar ustave Republike Slovenije* (ur. L. Šturm), str. 90–99. Kranj: Fakulteta za državne študije.
- Krygier, M. (2021) Democracy and the Rule of Law, v: *The Cambridge Companion to The Rule of Law* (ur. J. Meierhenrich in M. Loughlin), str. 406–424. Cambridge: Cambridge University Press.
- Lanni, A. (2021) Classical Athens' Radical Democratic 'Rule of Law', v: *The Cambridge Companion to The Rule of Law* (ur. J. Meierhenrich in M. Loughlin), str. 25–38. Cambridge: Cambridge University Press.
- Locke, J. (2010) *Dve razpravi o oblasti. Pismo o toleranci*. Ljubljana: Založba Krtina.
- MacCormick, N. (2007) *Institutions of Law. An Essay in Legal Theory*. Oxford: Oxford University Press.
- Macpherson, C. B. (2012) *The Life and Times of Liberal Democracy*. Oxford: Oxford University Press.
- Marmor, A. (2010) The Ideal of the Rule of Law, v: *A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory* (D. Patterson), str. 666–674. New York in London: Wiley-Blackwell.
- Meierhenrich, J. (2021) Rechtsstaat versus the Rule of Law, v: *The Cambridge Companion to The Rule of Law* (ur. J. Meierhenrich in M. Loughlin), str. 39–67.
- Matteucci, N. (1999) *Novoveška država. Izrazoslovje in pota*. Ljubljana: Fakulteta za družbene vede Univerze v Ljubljani.

- Merryman, J. H., in Perez-Perdomo, R. (2018) *The Civil Law Tradition. An Introduction to the Legal Systems of Europe and Latin America* (3. izdaja). Stanford: Stanford University Press.
- Miličić, V. (1998) 'Pravna država', *Politička misao* xxxv (3), str. 148–157.
- Novak, A. (2011) Alkimija prava: Ronald Dworkin in sodnikovo ustvarjanje pravičnosti, v: *Izbrane razprave* (ur. A. Novak), str. 11–92. Ljubljana: GV Založba.
- Novak, A. (2013) Anglo-ameriška pravnofilozofska misel, v: *Uvod v filozofijo prava* (2. spremenjena in dopolnjena izdaja), str. 215–306. Ljubljana: GV Založba.
- Novak, A. (2015) Pravo, vtakano v naravo človeka in družbe, v: *Moralnost prava* (ur. A. Novak), str. 17–69. Ljubljana: GV Založba.
- Novak, A. (2015) 'Imago iudicis, štiri podobe iz idejne zgodovine sojenja', *Zbornik znanstvenih razprav* 75, str. 67–101.
- Novak, A. (2020) Tvegan kopernikanski obrat. Kantorowiczев Boj za pravno znanost in svobodnopravno gibanje, v: *Boj za pravno znanost* (ur. A. Novak), str. 11–60. Ljubljana: GV Založba.
- Pavčnik, M. (2007) *Teorija prava* (3. razširjena, spremenjena in dopolnjena izdaja). Ljubljana: GV Založba.
- Pavčnik, M. (2009) Narava pravne države in njene prvine, v: *Pravna država* (ur. M. Pavčnik), str. 29–55. Ljubljana: GV Založba.
- Pavčnik, M. (2013) *Argumentacija v pravu* (3. spremenjena in dopolnjena izdaja). Ljubljana: GV Založba.
- Pavčnik, M. (2015) *Čista teorija prava kot izziv*. Ljubljana: GV Založba.
- Perenič, A. (1981) *Relativna samostojnost prava*. Ljubljana: Center za samoupravno normativno dejavnost.
- Pitamic, L. (2019) *Pravo in revolucija*. Ljubljana: GV Založba.
- Platon (1997) *Laws*, v: *Plato. Complete Works* (ur. J. M. Cooper), str. 1318–1616. Indianapolis in Cambridge: Hackett Publishing Company.
- Postema, G. (1996) Law's Autonomy and Public Practical Reason, v: *The Autonomy of Law. Essays on Legal Positivism* (ur. R. P. George), str. 79–118.
- Raz, J. (1980) *The Concept of a Legal System*. Oxford: Oxford University Press.
- Raz, J. (2009) *Authority of Law*. Oxford: Oxford University Press.
- Raz, J. (2009) *Between Authority and Interpretation*. Oxford: Oxford University Press.
- Reid, J. P. (2004) *Rule of Law. The Jurisprudence of Liberty in the Seventeenth and Eighteenth Centuries*. DeKalb: Northern Illinois University Press.
- Reinhard, W. (2017) *Zgodovina moderne države*. Ljubljana: Založba Krtina.

- Rundle, K. (2021) The Morality of the Rule of Law: Lon L. Fuller, v: *The Cambridge Companion to The Rule of Law* (ur. J. Meierhenrich in M. Loughlin), str. 186–201. Cambridge: Cambridge University Press.
- Sajó, A., in Uitz, R. (2017) *The Constitution of Freedom. An Introduction to Legal Constitutionalism*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Schauer, F. (2015) *The Force of Law*. Cambridge: Harvard University Press.
- Shapiro, S. (2011) *Legality*. Cambridge in London: The Belknap Press of Harvard University Press.
- Soper, P. (1996) Law's Normative Claims, v: *The Autonomy of Law. Essays on Legal Positivism* (ur. R. P. George), str. 215–248.
- Spruk, J. (2021) 'Ideološka podstat vladavine prava', *Teorija in praksa* 58 (4), str. 1030–1047.
- Stammler, R. (1923) 'The Idea of Justice', *University of Pennsylvania Law Review* 71 (4), str. 303–317.
- Stone Sweet, A. (2000) *Governing With Judges*. Oxford: Oxford University Press.
- Šturm, L. (2010) *Pravna država, v: Komentar ustave Republike Slovenije* (ur. L. Šturm), str. 52–90. Kranj: Fakulteta za državne študije.
- Tamanaha, B. (2007) 'A Concise Guide to the Rule of Law', *Legal Studies Research Paper Series*, str. 1–20.
- Tamanaha, B. (2021) Functions of the Rule of Law, v: *The Cambridge Companion to The Rule of Law* (ur. J. Meierhenrich in M. Loughlin), str. 221–236. Cambridge: Cambridge University Press.
- Thorley, J. (1998) *Atenska demokracija*. Ljubljana: Znanstveno in publicistično središče Ljubljana.
- Tuck, R. (1998) *Natural Rights Theories* (ponatis iz 1979). Cambridge University Press.
- Tushnet, M. (1999) *Taking the Constitution Away from the Courts*. Princeton, New Jersey: Princeton University Press.
- Van Creveld V. (1999) *The Rise and Decline of the State*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Vilfan, S. (1991) *Uvod v pravno zgodovino*. Ljubljana: Uradni list.
- Waldron, J. (2006) 'The Core of the Case Against Judicial Review', *The Yale Law Journal* 115, str. 1346–1406.
- Zupančič, B. M. (1995) *Prvine pravne kulture*. Ljubljana: Fakulteta za družbene vede Univerze v Ljubljani.
- Zupančič, B. M. (2016) 'Of Rights and of Privileges: The Morality of Duty vs. The Morality of Aspiration', *Boston University International Law Journal* 34, str. 211–232.

6

Izvirni znanstveni članek / *Scientific article*

UDK / UDC: 347.962.6:061.1EU

DOI: 10.51940/2022.1.157-185

Danaja Lipič Plohl in Aleš Ferčič***

Evropski koncept neodvisnega sodstva in kvantifikacija formalne neodvisnosti sodstva v izbranih državah Evropske unije

1. Uvod

Neodvisnost sodišč in sodnikov oziroma sodstva¹ je element moderne ustave in države.² Moderna država je med drugim demokratična, socialna in pravna, vendar ti atributi niso samoumevni. Ker ne gre za stabilno stanje, se je za njihov obstoj treba nenehno truditi. Povedano drugače, pasivnost na tem področju prej ali slej vodi v razkrajanje pomembnih civilizacijskih dosežkov. Sodstvo v sistemu moderne države primarno³ rešuje spore in opravlja nadzorno funkcijo,⁴ s čemer v praksi deluje kot najpomembnejši varuh pravic posameznikov.

* *Magistrica prava, sodniška pripravnica pri Višjem sodišču v Mariboru.*

** *Doktor pravnih znanosti, izredni profesor na Pravni fakulteti Univerze v Mariboru.*

¹ Beseda sodnik je v nadaljevanju uporabljena za žensko in moško slovnično obliko. Hkrati poudarjava, da je strogo gledano mogoče razlikovati med sodstvom (veja oblasti), sodiščem (organ) in sodnikom (funkcionar). Ustava RS vsebuje vse tri pojme, v tem prispevku pa je pretežno uporabljen prvi navedeni pojem, ki vključuje druga dva, pri čemer gre za funkcionalno celoto. Če pravna ureditev zagotavlja neodvisnost sodišč, to vpliva na neodvisnost sodnikov in obratno (glej CM/Rec(2010)12), širše gledano pa gre za neodvisnost sodstva. Kot je bilo že omenjeno, pa je treba upoštevati, da je sodnik osnovni element sodstva, in nadalje, da je veriga močna toliko, kolikor je močan njen najšibkejši člen.

² V Ustavi RS je neodvisnost sodišč in sodnikov določena tako eksplicitno kot tudi implicitno. Eksplicitno je ta neodvisnost določena v 23. in 125. členu, implicitno pa na primer v 2., 3., 126., 129., 132., 133., 134., 165., 166. in 167. členu Ustave RS.

³ Ko v nadaljevanju posebej izpostaviva nekatere dejavnosti sodstva, s tem ne želiva zmanjševati pomena preostalih, ki niso posebej omenjene.

⁴ Mišljena je predvsem ustavnost in zakonitost v širšem smislu in nasploh varstvo pravne države. Sodstvo, kot ga razumeva v tem prispevku, zajema vsa sodišča.

Z mislijo na navedeno je v zadnjem času tudi v strokovnih krogih precej aktualno vprašanje neodvisnega sodstva, zlasti v nekaterih vzhodnoevropskih državah.⁵ Zato sva opravila raziskavo, s katero sva kvantificirala formalno (*de iure*)⁶ neodvisnost sodstva v petih izbranih državah (tj. v Hrvaški, Madžarski, Nemčiji, Poljski in Sloveniji), da bi na tej podlagi ugotovila, kakšne so v teh državah razmere na obravnavanem področju. Kot je pojasnjeno v metodološkem delu, sva prej navedene države izbrala načrtno.

V nadaljevanju je najprej pojasnjen metodološki vidik raziskave, sledi prikaz evropskih standardov za zagotavljanje neodvisnega sodstva (evropski koncept neodvisnega sodstva), na podlagi katerih je opravljena primerjava ustavnih in zakonskih ureditev izbranih držav članic, glavne ugotovitve pa so predstavljene v sklepu.

2. Metodološki vidik raziskave

Izhajajoč iz narave raziskave sva uporabila klasične znanstvenoraziskovalne metode, značilne za področje prava, zlasti normativno-dogmatično, aksiološko in primerjalno-pravno,⁷ kot je pojasnjeno v nadaljevanju.

V okviru raziskave sva upoštevala predhodne raziskave na obravnavanem področju,⁸ vključno z njihovimi mejami. Nekatere raziskave namreč upoštevajo le ustavne ureditve, nekatere pa sicer upoštevajo tudi zakonske ureditve, vendar se omejujejo na posamezen vidik neodvisnosti sodstva, na primer na status in vlogo sodnega sveta ali stanovskih organizacij. Drugače kot to v najini raziskavi upoštevava ustavne in zakonske ureditve izbranih držav, ki niso omejene na posamezen vidik te neodvisnosti, temveč se nanašajo

⁵ Glej na primer Gutmann in Voigt (2018); Larsson in Naurin (2016); Coman (2014); Bobek (2008); Koslosky (2009).

⁶ Mišljena je formalna neodvisnost sodišč oziroma sodnikov, kot je določena v opazovani pravni ureditvi. Formalno neodvisnost razumeva kot izhodišče ali načeloma dober približek dejanske (*de facto*) neodvisnosti. Slednje v prispevku ne obravnavava. Tudi sicer je v teoriji to na široko sprejet pristop, zlasti glede na to, da niti z analizo dejanske neodvisnosti (ki je precej subjektivna) ne bi mogli priti do absolutnega rezultata, temveč samo do relativne ocene stanja. V tem pogledu se zavedava mej oziroma omejitev najine raziskave in sklepov.

⁷ Manj pa sociološko in zgodovinsko oziroma razvojno metodo, čeprav to ne pomeni, da sta bili v celoti prezrti. Tako je bila na primer razvojna metoda upoštevana v okviru preučevanja nastanka evropskih pravnih standardov, ki se nanašajo na zagotavljanje neodvisnega sodstva, nisva pa opravila razvojne analize nacionalnih ureditev, tj. analize, ki bi pokazala, ali oziroma kako se je pravna ureditev v posamezni državi spremenila v opazovanem obdobju, na primer po spremembi politične in gospodarske ureditve, po vstopu države v Svet Evrope in Evropsko unijo. To je smiselno opraviti v prihodnje. Ob rob prej navedenemu zaradi preglednosti poudarjava, da sva se v nekaterih pogledih in pristopih zgledovala po članku o evalvaciji formalne neodvisnosti nacionalnih regulativnih teles v energetske sektorju Evropske unije in širše; glej Ferčič (2022).

⁸ Glej na primer Hayo in Voigt (2014); Linzer in Staton (2015); Šipulová idr. (2022); Feld in Voigt (2003).

na vse identificirane vidike neodvisnosti sodstva v izbranih državah, pri čemer so pravni standardi oziroma merila, glede na katere presojava izbrane pravne ureditve, izpeljani iz dokumentov Sveta Evrope ter prakse Evropskega sodišča za človekove pravice (ESČP) in Sodišča Evropske unije.⁹

V tem pogledu najin prispevek ponuja vpogled v aktualno stanje na obravnavanem področju. V teoriji nisva zasledila raziskave, ki bi se z najino ujemala v vseh prej navedenih parametrih.

Za potrebe kvantifikacije formalne neodvisnosti sodstva izbranih držav sva upoštevala standarde Sveta Evrope in Evropske unije, iz katerih sva sestavila vprašalnik (test), ki je objavljen v prilogi tega prispevka.

Zavedava se, da se je pri oblikovanju testa neodvisnosti nemogoče izogniti subjektivnosti, zlasti pri določitvi meril neodvisnosti in ponderjev ter razlagi relevantnih pravnih aktov. Vendar sva se trudila kar najbolj težiti k objektivnosti, in sicer tako, da sva merila določila glede na prej omenjene dokumente in pravne akte v okviru Sveta Evrope in Evropske unije, da sva vrednosti posameznih možnosti določila izključno na skali med 0 in 1 ter linearno¹⁰ in da sva se izognila ponderiranju možnosti, razen v primeru ekscesov na področju neodvisnosti,¹¹ ki po najinem mnenju samodejno izključijo neodvisnost sodstva,¹² in da sva se pri razlagi relevantnih ustavnih in zakonskih besedil naslonila na sodno prakso, subsidiarno pa na prevladujoča stališča v teoriji. Tako sva sledila ustaljenemu pristopu, ki se na obravnavanem področju uporablja v pravni teoriji.

Če sva pri uporabi testa ugotovila, da pravna ureditev glede posameznega standarda v opazovani državi ni ustrezala v celoti nobeni od predvidenih možnosti, sva upoštevala možnost, ki je bila vsebinsko najbližja. Če pa je v posameznem primeru deloma ustrezala eni deloma drugi, sva upoštevala delež ustreznosti. Kjer je bilo namreč mogoče uporabiti dve enakovredni možnosti, sva upoštevala aritmetično sredino, če pa je bila ustreznost asimetrična, sva to upoštevala tako, da sva sicer upoštevala obe možnosti, vendar v ustreznem deležu.

Najprej sva opravila predhodni test, s katerim sva v opazovanih pravnih ureditvah želela preveriti, ali obstajajo razlogi za samodejno izključitev neodvisnosti sodstva. Ta pristop sva uporabila, ker bi se sicer lahko zgodilo, da bi posamezni posegi v neodvisnost, ki so po svoji naravi taki, da zaradi njihovega obstoja v državi ne obstaja neodvisno sodstvo, sicer nekoliko znižali agregatni rezultat, kot sledi, ne bi pa pokazali realnega stanja

⁹ Pravne standarde neodvisnega sodstva je mogoče neposredno ali posredno najti tudi v praksi nacionalnih sodišč. Glej na primer obrazložitev Ustavnega sodišča RS v zadevah U-I-60/06, U-I-20/07 in U-I-159/08, vendar sva se namenoma omejila na naddržavno raven.

¹⁰ Z upoštevanjem števila možnosti, in sicer v primeru dveh možnosti: 0 in 1, v primeru treh možnosti: 0, 0,5 in 1, v primeru štirih možnosti: 0, 0,33, 0,67 in 1 (pri čemer sva 1/3 zaokrožila na 0,33; 2/3 pa na 0,67), v primeru petih možnosti: 0, 0,25, 0,50, 0,75 in 1, itd.

¹¹ Praviloma so mišljeni sistemski ukrepi, ne posamezne slabe prakse.

¹² Za ta namen sva uporabila predhodni test, kot je pojasnjeno v nadaljevanju.

v sodstvu. V množici vseh upoštevanih pravnih standardov oziroma meril bi namreč njihov rezultatski učinek umetno razvodenel.¹³

Posledično je agregatni rezultat testa neodvisnosti izračunan šele po tem, ko se ugotovi, da v opazovani nacionalni pravni ureditvi ni prej omenjenih ekscesov, pri čemer se izračuna, kot sledi:

$$\sum_{i=1}^{32} \frac{S(i)}{32} = \frac{S(1) + \dots + S(32)}{32}$$

S tako izračunanim agregatnim rezultatom dobimo kvantifikacijo formalne neodvisnosti sodstva v opazovanih državah Evropske unije (to so Hrvaška, Madžarka, Nemčija, Poljska in Slovenija),¹⁴ pri čemer je najboljši možen agregatni rezultat, ki kaže idealno formalno neodvisnost sodstva, dosežen v primeru vrednosti 1, najslabši pa v primeru vrednosti 0.¹⁵

3. Evropski koncept neodvisnega sodstva

Evropski koncept neodvisnega sodstva, ki ga uporablja kot izhodišče najine raziskave, določajo pravni standardi, izpeljani iz dokumentov oziroma pravnih aktov Sveta Evrope ter sodne prakse ESČP in Sodišča EU.

Glede tega poudarjava zlasti:

- priporočilo Odbora ministrov Sveta Evrope CM/Rec(2010)12;¹⁶

¹³ Problem razvodenelosti lahko nastopi tudi v primeru, če se v test vključujejo irelevantna vprašanja ali možnosti, ali če se te umetno delijo. Pri oblikovanju testa sva se temu poskušala izogniti.

¹⁴ Tukaj so države navedene po abecednem vrstnem redu. Izbrane so načrtno. Nemčija je izbrana kot predstavnica germanske pravne družine, kot država s tradicijo in dolgoletnim članstvom v Evropski uniji in Svetu Evrope (vključno s Konvencijo o človekovih pravicah in temeljnih svoboščinah). Poljska in Madžarska sta izbrani, ker se v zadnjem času v pravnih krogih najpogosteje omenjata kot državi članici Evropske unije, ki sta na področju sodstva izvedli nekatere (potencialno) sporne prakse, kar sva v tem prispevku želela preveriti. Hrvaška je izbrana kot država, ki ima podobno polpreteklo zgodovino kot Slovenija in je tudi v številnih drugih pogledih primerljiva s Slovenijo. In končno, Slovenija je seveda tista, ki naju po naravi stvari najbolj zanima, vendar bi zgolj z analizo razmer na področju slovenskega sodstva izvedela premalo o tem, kje so naše prednosti ali slabosti glede na nekatere druge države oziroma njihova sodstva.

¹⁵ Pod predpostavko, da že v predhodnem testu ni bilo ugotovljenega ekscesa na področju neodvisnosti sodstva.

¹⁶ Dostopno na povezavi <<https://rm.coe.int/cmrec-2010-12-on-independence-efficiency-responsibilities-of-judges/16809f007d>>. Glede tega je primerno omeniti, da je to priporočilo pravzaprav posodobljena različica predhodnega priporočila R(94)12, ki ga tukaj omenjava, ker primerjava obeh priporočil pokaže razvoj pravnih standardov neodvisnosti sodstva.

- dokumente Beneške komisije, kot sta Evropski standardi neodvisnosti sodstva¹⁷ in Poročilo o sodniškem imenovanju;¹⁸
- mnenja Posvetovalnega sveta evropskih sodnikov, kot so Mnenje št. 1,¹⁹ Mnenje št. 2²⁰ in Mnenje št. 3;²¹
- Evropska listina o zakonski ureditvi položaja sodnikov;²²
- sodbe ESČP;²³
- sodbe Sodišča Evropske unije.²⁴

Iz navedenih dokumentov oziroma pravnih aktov je mogoče izpeljati več vsebinskih sklopov. Priporočilo Odbora ministrov Sveta Evrope CM/Rec(2010)12, ki vsebuje največ standardov,²⁵ na primer vsebuje osem poglavij:

- splošni vidiki: področje uporabe priporočil, splošno o neodvisnosti sodstva in razlogih, da se jo varuje, ter formalna raven tega varstva;
- zunanja neodvisnost;

¹⁷ Dostopno na povezavi <[https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-JD\(2008\)002-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-JD(2008)002-e)>.

¹⁸ Dostopno na povezavi <[https://www.venice.coe.int/webforms/documents/CDL-AD\(2007\)028.aspx](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/CDL-AD(2007)028.aspx)>.

¹⁹ Dostopno na povezavi <<https://rm.coe.int/1680747830>> in <<https://www.coe.int/en/web/ccje/opinion-n-1-on-independence-of-judges-and-opinion-n-2-on-funding-of-courts>>.

²⁰ Dostopno na povezavi <<https://rm.coe.int/1680747492>>.

²¹ Dostopno na povezavi <<https://rm.coe.int/16807475bb>>. Pri analizi sva se opirala na ta tri mnenja; Posvetovalni svet evropskih sodnikov je doslej izdal 24 mnenj, dostopnih na <<https://www.coe.int/en/web/ccje/ccje-opinions-and-magna-carta>>.

²² Dostopno na povezavi <<https://rm.coe.int/16807473ef>>.

²³ Glej zlasti sodbe ESČP v zadevah *Reczkowicz proti Poljski*, št. 43447/19 z dne 22. julija 2021, ECLI:CE:ECHR:2021:0722JUD004344719; *Xero Flor w Polsce sp. z o.o. proti Poljski*, št. 4907/18 z dne 7. maja 2021, ECLI:CE:ECHR:2021:0507JUD000490718; in *Guðmundur Andri Ástráðsson proti Islandiji*, št. 26374/18 z dne 2. decembra 2020, ECLI:CE:ECHR:2020:1201JUD002637418.

²⁴ Glej zlasti sodbe Sodišča EU v zadevah C-487/19 *W. Ž. (and des affaires publiques de la Cour suprême - nomination)* z dne 6. oktobra 2021, ECLI:EU:C:2021:798; C-430/21 *RS (Effet des arrêts d'une cour constitutionnelle)* z dne 22. februarja 2022, ECLI:EU:C:2022:99; C-896/19 *Repubblica* z dne 20. aprila 2021, ECLI:EU:C:2021:311; C-272/19 *Land Hessen* z dne 9. julija 2020, ECLI:EU:C:2020:535; C-274/14 *Banco de Santander* z dne 21. januarja 2020, ECLI:EU:C:2020:17; C-619/18 *Komisija proti Poljski (Neodvisnost vrhovnega sodišča)* z dne 24. junija 2019, ECLI:EU:C:2019:531; C-83/19 *Asociația „Forumul Judecătorilor din România“* z dne 18. maja 2021, ECLI:EU:C:2021:393; C-192/18 *Komisija proti Poljski (Neodvisnost splošnih sodišč)* z dne 5. novembra 2019, ECLI:EU:C:2019:924; C-791/19 *Komisija proti Poljski (Régime disciplinaire des juges)* z dne 15. julija 2021, ECLI:EU:C:2021:596; C-286/12 *Komisija proti Madžarski* z dne 6. novembra 2012, ECLI:EU:C:2012:687.

²⁵ Obstajajo primeri, ko to priporočilo ne vsebuje standarda, ki ga vsebuje kateri od preostalih navedenih dokumentov, vendar je takih primerov razmeroma malo, večinoma je obratno, zato ga je mogoče obravnavati kot izhodišče.

- notranja neodvisnost:
- sodni svet;
- neodvisnost, učinkovitost in viri: splošne določbe, viri, alternativno reševanje sporov, sodna uprava, ocena dela, mednarodna razsežnost;
- status sodnikov: izbira in kariera, trajen mandat, plačilo, izobraževanje in ocenjevanje;
- dolžnosti in odgovornost: dolžnosti, odgovornost in disciplinski postopki ter etika.

Ta poglavja so uporabljena kot izhodišče za vprašalnik oziroma test neodvisnosti, ki je zaradi preglednosti vključen kot priloga. Mišljeno je, da se uporabi za vse organe in osebe, ki opravljajo sodno funkcijo, torej za vsa (nacionalna) sodišča, vključno z ustavnim sodiščem, in za vse sodnike, načeloma tudi za neprofesionalne sodnike oziroma tako imenovane sodnike porotnike, razen če je ta možnost v prispevku izrecno izključena ali če iz okoliščin nekega primera izhaja, da uporaba posameznih standardov zanje ni primerna ali smiselna.

Primerjava pravni standardov, ki skupaj tvorijo tako imenovani evropski koncept neodvisnega sodstva, pa ne pokaže le razlik glede pripadnosti posameznim prej navedenim vsebinskim sklopom, temveč tudi različen pomen, saj so nekateri standardi taki, da je v primeru, če niso izpolnjeni, usodno prizadeta neodvisnost sodstva, nekateri pa so taki, da znižajo raven neodvisnosti, vendar ne pod raven, ki mora biti dosežena, da sploh govorimo o (zadostni) neodvisnosti.²⁶

V tem prispevku je to upoštevano na način, da je prva skupina standardov upoštevana v okviru predhodnega presejalnega testa, druga skupina standardov pa v okviru nadaljnega oziroma osrednjega testa. Slednji je zaradi zagotavljanja preglednosti v prispevek vključen kot priloga, kar je tudi sicer običajna praksa v teoriji, tukaj pa je ponujen njegov oris oziroma pregled bistvenih poudarkov, ki so zato bralcu ponujeni pred predhodnim presejalnim testom, da bi se tudi tako v tem poglavju poudaril prav slednji.

Kot je razvidno iz priloge, osrednji test neodvisnosti sodstva vsebuje dvaintrideset parametrov v obliki vprašanj z odgovori, ki so jim pripisane vrednosti med nič (slabe prakse) in ena (dobre prakse) ter vmesne vrednosti, ki gravitirajo proti slabim ali dobrim praksam. Najprej se preverja ustavni pravni okvir sodstva, pravzaprav njegova vsebina in natančnost. Zaželeno je, da je načelo o neodvisnosti sodstva določeno v ustavi, skupaj z elementi, ki so bistveni za neodvisnost sodstva. Mišljena je predvsem organizacija in pristojnosti sodstva, trajen sodniški mandat, njegova pridobitev in prenehanje ter vsebina (neodvisno odločanje, vezano na ustavo in zakon), nezdružljivost sodniške funkcije z drugimi funkcijami in dejavnostmi, sodniška imuniteta ter položaj in pristojnosti sodnega sveta. Slednjemu testu tudi sicer namenja veliko pozornosti, saj vsebuje več vprašanj, ki razkrijejo podrobnosti o njegovem položaju in pristojnostih (struktura in postopek imenovanja predsednika in članov, njegova vloga pri izvolitvi in prenehanju sodniškega mandata ter disciplinskih ukrepov zoper sodnike). Poseben sklop vprašanj se nanaša na

²⁶ Upošteveno, da je v sistemu delitve oblasti možna le relativna neodvisnost sodstva.

sodniški mandat, zlasti na njegovo trajnost, postopek pridobitve in prenehanja, vključno z disciplinskimi in kazenskimi postopki, ter vsebino sodniškega mandata oziroma funkcije. V okviru slednje je glavna pozornost na zagotavljanju izključne pristojnosti sodstva za sojenje in preprečevanju omejevanja ali posegov, pravnih ali dejanskih, v to pristojnost. Sem med drugim spada dodeljevanje in odvzem zadev, premeščanje in varnost sodnikov. Mišljena je materialna oziroma socialna varnost sodnikov, kakor tudi zagotavljanje njihove siceršnje varnosti na delovnem mestu in (po potrebi) zunaj njega. In končno, test presoja tudi obstoj in vsebino etičnih pravil, ki vežejo sodnike (kodeks sodniške etike). Kot že rečeno, gre v obravnavanih primerih za parametre, ki so sicer pomembni za zagotavljanje neodvisnega sodstva, vendar zanj niso usodni na način, da bi že nedoseganje posameznega parametra samodejno izključilo možnost zagotavljanja želene neodvisnosti.

Nasprotno pa se v nadaljevanju tega razdelka v okviru predhodnega presejalnega testa ukvarjava s parametri oziroma standardi, ki so pogoj *sine qua non* za neodvisnost sodstva. Mišljeni so torej najosnovnejši pogoji, ki se nam danes prevladujoče zdijo nujni, kar je dobro, medtem ko bi bilo slabo, če bi se nam zdeli samoumevni, ker še zdaleč niso; ravno nasprotno, zanje se je treba ves čas truditi in se ogniti skušnjavam populizma ter iracionalnega oblastnega ukrepanja. Če torej pravna ureditev sodstva opazovane države ne dosega zahtevanih temeljnih standardov, se posledično šteje, da zagotovo ne zagotavlja formalne neodvisnosti sodstva oziroma vsaj ne dovolj. Glede tega je najprej smiselno poudariti, da mora biti sodstvo države v ustavni ureditvi organizirano kot posebna veja javne oblasti, torej poleg zakonodajne in izvršilne, ne znotraj njiju, upošteva sistem zavor in ravnovesij. Organizacija, pristojnost, delovanje in nadzor sodišč morajo biti v naprej določene, in to tako, da se z ničemer ne obide oziroma razvrednoti prej navedeni imperativ delitve javne oblasti in se učinkovito zagotovi spoštovanje vseh prvin vladavine prava oziroma pravne države.²⁷ Sodišča²⁸ morajo biti organizirana kot oblastni (državni) organi za izvajanje sodne oblasti,²⁹ ki jo opravljajo po v naprej določenih ustavnih oziroma ustavno skladnih zakonskih pravilih. Za izvajanje sodne oblasti morajo biti pristojna

²⁷ Ta imperativ med drugim zahteva objektivnost pogojev in postopka izvolitve oziroma imenovanja sodnikov. Če bi namreč neka politična skupina skozi izvršilno in/ali zakonodajno vejo oblasti izvedla »politično čištko«, skratka, da bi dosegla prenehanje sodniškega mandata politično drugače mislečih sodnikov in ga podelila »izbrancem«, tj. tistim, ki so voljni izvajati politično agendo, potem bi ta politična skupina lahko dosegala svoje politične, pravzaprav strankarske cilje brez naknadnega vpletanja v delo sodnikov, saj bi ti že sami po sebi delovali tako, kot se od njih pričakuje. Meniva, da ta, sicer skrajna situacija, pokaže nujnost predhodnega testa, saj bi sicer lahko dobili izkrivljen rezultat.

²⁸ Posebna oziroma specializirana nacionalna sodišča, kot je na primer upravno sodišče, so načeloma dopustna. Drugače velja glede vojaških sodišč, ki morajo biti podvržena strogim omejevalnim pogojem.

²⁹ Sodna funkcija je tukaj mišljena v širšem smislu, saj ne zajema le reševanja sporov med dvema ali več strankami, temveč vključuje vsaj še presojo ustavnosti in zakonitosti. V sodno funkcijo lahko spadajo še druge pristojnosti, kot je na primer odločanje v nepravdnih postopkih, vendar hkrati opozarjava, da bi lahko pod določenimi pogoji vsaj nekatere nepravdne postopke opravljali upravni

izključno sodišča,³⁰ kar pa hkrati pomeni, da druga veja oblasti oziroma oblastni organi, ki spadajo vanjo, ne smejo tako ali drugače posegati v sprejem odločitev v konkretnih zadevah, tj. v vsebino posamičnih pravnih aktov. Sodniki morajo biti pri opravljanju sodniške funkcije neodvisni, vezani na ustavo in zakon. Vsebinsko presojanje njihovih odločitev, ki se kažejo v posamičnih pravnih aktih, se izvaja le na podlagi pravnih sredstev v okviru instančno strukturiranega sistema sodišč.³¹ Pravna ureditev mora vsebovati določbe, ki prej navedeno jasno zahtevajo, in za primer kršitev določiti učinkovite sanacijske ukrepe ter pravne posledice za kršitelja. Ob prej navedenem so nedopustni tudi dejanski posegi v sprejemanje odločitev oziroma delovanje sodišč, ki jih pravna ureditev sicer ne zahteva, jih pa dopušča, ker ne vsebuje zahtev po določenih standardih, ker jih določa preveč ohlapno ali/in ker ne določa učinkovitih sanacijskih ukrepov in pravnih posledic za kršitelja. Problematični so torej tudi primeri, ko je v formalnem smislu, tj. po črki zakona, odločanje v konkretnem primeru sicer prepuščeno sodišču oziroma sodniku, dejansko pa ni tako. Najbolj tipičen primer so pritiski ali celo razrešitev sodnikov, ki se upirajo izvajanju politične agende, pod pretvezo razlogov, ki jih ni ali so neutemeljeni. Vrhunec takega delovanja je resignacija sodnikov, skratka, njihova uklonitev in prilagoditev v smislu »samocenzure«. Čeprav v slednjem primeru ni posebnih pritiskov, ker niti niso več potrebni, bi bilo zmotno oceniti, da je vse v najlepšem redu. Če bi namreč sprejeli to logiko, bi dali legitimnost vsem (predhodnim) pritiskom. Prav tako je kot primer nedopustne prakse treba poudariti kadrovanje, s katerim se doseže imenovanje sodnikov, ki so nekritično voljni izvajati politično agendo, zato političen pritisk nanje sploh ni potreben. Vse to je še zlasti problematično, če se vrši na ustavnem ali/in vrhovnem sodišču. Ob rob temu je treba poudariti, da je zunanji nadzor nad sodstvom sicer dopusten, vendar samo tako, da se ne poseže v prej navedeno.³² Poenostavljeno gledano se zunanji nadzor nad sodišči omejuje na upravno-tehnične vidike, vsebinski vidiki, torej odločanje v posameznih zadevah, pa morajo ostati čisto nedotaknjeni, ker spadajo v izključno pristojnost sodišč.

Pravkar navedeni temeljni standardi neodvisnega sodstva so sicer pristna ustavna materija, vendar to ne pomeni, da morajo biti podrobno urejeni v ustavi. Možna je zakon-

organi ali nosilci javnih pooblastil, ne da bi pri tem šlo za poseg v delitev oblasti, seveda pa je to stvar odločitve posamezne države.

³⁰ Mišljena so zlasti nacionalna sodišča, možno pa je, da se z mednarodno pogodbo določi pristojnost sodišč, ki so organizirana na nadnacionalni ravni in jih morajo nacionalna sodišča ter drugi državni organi upoštevati kot sestavni del nacionalne sodne oblasti, pravzaprav kot vrhovni del te oblasti. Glede tega je treba omeniti predvsem Sodišče EU in ESČP.

³¹ Glede na prej navedeno o vlogi nacionalnega ustavnega sodišča in mednarodnih sodišč je treba upoštevati tudi možnost sprožitve postopkov pred temi sodišči.

³² Glede tega je treba opozoriti, da nadzorstvena pritožba ni pravno sredstvo, temveč instrument pospešitve, ki se uporabi, če stranka meni, da se postopek zavlačuje oziroma neutemeljeno odlašča s sprejemom odločitve.

ska konkretizacija, ki zapolni primeren ustavni okvir. V tem primeru zakonodajna veja oblasti ne deluje samovoljno, temveč »le« konkretizira ustavo, glede tega pa je podvržena objektivni ustavni sodni presoji. Vendar je tukaj primerno opozoriti, da je žal vse mogoče zlorabiti, tudi prej opisani sistem.³³ Zamisliti si je namreč mogoče, da ima v parlamentu ustavno večino ena sama politična stranka, ki deluje mimo načel demokratične in pravne države, ki za povrh kadruje na ustavnem sodišču, tako da najprej odvzame mandat vsem ustavnim sodnikom, nato pa ga podeli samo tistim, ki bodo dosledno izvajali politično agendo, ki je pravzaprav agenda te vladajoče politične stranke.³⁴ Smiselno enak scenarij si je mogoče zamisliti tudi glede vrhovnega sodišča in sodnega sveta. Ta vidik sva zato upoštevala tudi v najini presoji, prav tako pa sva bila pozorna na primere, ki sicer niso tako skrajni, kot so prej opisani, vendar kljub temu izvršilni veji oblasti zagotavljajo moč, ki je ta ne bi imela, če bi bil v državi dosledno uporabljen klasičen sistem zavor in ravnovesij. Nesorazmerna moč izvršilne veje oblasti je v preteklosti prej ali slej vodila v policijsko državo, ki ni bila naklonjena neodvisnemu sodstvu.

4. Ocena skladnosti izbranih nacionalnih pravnih ureditev na področju sodstva z evropskim konceptom neodvisnega sodstva

Ocena skladnosti izbranih nacionalnih³⁵ pravnih ureditev na področju sodstva z evropskim konceptom neodvisnega sodstva je bila, kot je bilo že omenjeno, najprej opravljena s pomočjo predhodnega presejalnega testa. Slednji vsebuje temeljne standarde neodvisnega sodstva in če ti niso doseženi, ni dosežena zahtevana stopnja neodvisnosti. Na podlagi tega testa sva na obravnavanem področju zaznala velike sistemske pomanjkljivosti v poljski pravni ureditvi, prav tako, čeprav nekoliko manj, pa tudi v madžarski pravni ureditvi.

V okviru presoje poljske pravne ureditve na obravnavanem področju sva med drugim zasledila pretekle zakonodajne spremembe glede disciplinskega senata vrhovnega sodišča in sodnega sveta, ki jih je kot sporne označilo tudi Sodišče Evropske unije,³⁶ in nadalje tudi način imenovanja poljskih ustavnih sodnikov, kar je problematiziralo ESČP. Glede poljske pravne ureditve disciplinskega senata vrhovnega sodišča je Sodišče Evropske unije v zadevi C-791/19³⁷ ugotovilo več spornih elementov, in sicer:

³³ Zavedava se, da ni nič stoddstotno odporno na zlorabe, vsekakor pa se z ustreznimi ustavnimi varovalkami zmanjšuje možnost zlorab oziroma ekscesov (tudi) na obravnavanem področju.

³⁴ Smiselno enako velja glede sodnega sveta, če je ta ustanovljen in ima pomembne pristojnosti.

³⁵ Tj. hrvaške, madžarske, nemške, poljske in slovenske pravne ureditve.

³⁶ Glej tudi Evropska komisija (2021).

³⁷ Sodba Sodišča EU v zadevi C-791/19 *Komisija proti Poljski (Régime disciplinaire des juges)* z dne 15. julija 2021; ECLI:EU:C:2021:596.

1. da ne zagotavlja neodvisnosti in nepristranskosti disciplinskega senata, ki je pristojen za nadzor nad odločbami, izdanimi v disciplinskih postopkih proti poljskim sodnikom;
2. da dopušča, da se lahko vsebina sodnih odločb opredeli kot disciplinska kršitev v zvezi s sodniki poljskih splošnih sodišč;
3. da predsedniku disciplinskega senata podeljuje diskrecijsko pravico za določitev disciplinskega sodišča, ki je na prvi stopnji pristojno v zadevah, ki se nanašajo na sodnike poljskih splošnih sodišč, in da zato ne zagotavlja, da disciplinske zadeve obravnava »z zakonom ustanovljeno« sodišče;
4. da ne zagotavlja, da se disciplinske zadeve proti sodnikom poljskih splošnih sodišč obravnavajo v razumnem roku, da dejanja v zvezi z določitvijo zagovornika in njegovim prevzemom obrambe nimajo odločilnega učinka na potek disciplinskega postopka in da disciplinsko sodišče vodi postopek tudi v primeru upravičene odsotnosti obdolženega sodnika, ki je o tem obveščen, ali njegovega zagovornika, ter da zato obdolženim sodnikom poljskih splošnih sodišč ne zagotavlja spoštovanja pravice do obrambe;
5. da se pravica poljskih sodišč do vložitve predlogov za sprejetje predhodne odločbe pri Sodišču Evropske unije omeji z možnostjo uvedbe disciplinskega postopka.³⁸ Zaradi prvih štirih spornih elementov je Sodišče Evropske unije odločilo, da Poljska ni izpolnila obveznosti po 2. točki prvega odstavka 19. člena Pogodbe o Evropski uniji (PEU),³⁹ zaradi petega spornega elementa pa je odločilo, da Poljska ni izpolnila obveznosti po drugem in tretjem odstavku 267. člena Pogodbe o delovanju Evropske unije (PDEU).⁴⁰ Omeniti je treba, da je bilo na podlagi prej navedene sporne ureditve veliko poljskim sodnikom odvzeta funkcija in da Evropska komisija med drugim zahteva, da se jim neutemeljeno odvzeta funkcija vrne. Kot odgovor na izpostavljene kritike se je Poljska letos odločila za zakonodajno reformo, s katero je po dolgem času ukinila disciplinski senat vrhovnega sodišča, ki sta ga kot spornega prepoznali Sodišče Evropske unije in Evropska komisija, ter uvedla tako imenovano zbornico poklicne odgovornosti.⁴¹

Tukaj je treba poudariti, da je bila (taka) reforma poljskega zakonodajnega sistema pogoj *sine qua non* za pridobitev finančnih sredstev za okrevanje po pandemiji s strani

³⁸ Glej poročilo Evropske komisije, 2021, str. 4, v katerem je tako med drugim poudarjeno, da disciplinski senat ne vzpostavlja vseh jamstev neodvisnosti in nepristranskosti in ni zaščiten pred neposrednim ali posrednim vplivom poljske zakonodajne ali izvršilne veje oblasti. V praksi je to pomenilo, da se je sodnikom lahko odvzela imuniteta in se je zato lahko zoper njih sprožil kazenski postopek. Zgolj možnost, da disciplinski postopek poteka pred organom, katerega neodvisnost ni zagotovljena, nedvomno negativno vpliva na delovanje sodnikov oziroma nasploh na sodstvo. Taka ureditev pa resno ogroža poljsko sodno neodvisnost, uspešno sodno varstvo za poljske državljane in evropski pravni red.

³⁹ Sodba Sodišča EU v zadevi C-791/19 *Komisija proti Poljski (Régime disciplinaire des juges)* z dne 15. julija 2021; ECLI:EU:C:2021:596, točka 235.

⁴⁰ Prav tam.

⁴¹ Angl. *Chamber of professional responsibility*.

Evropske unije.⁴² Vsekakor pa morava biti glede nove ureditve previdna. V trenutku oddaje tega prispevka še niso jasne vse okoliščine, zlasti pa ne izvajanje novega zakona v praksi. Je pa glede tega pomembna izjava predsednice Evropske komisije (in nekaj dni prej podpredsednice), češ da Evropska komisija sicer še ni končala postopka presoje najnovejše reforme poljskega sodstva, vendar naj bi bilo že zdaj jasno, da ne izpolnjuje vseh zahtev vladavine prava in dokler bo tako, bodo izplačila iz proračuna Evropske unije v korist Poljske ostala zamrznjena. Vladajoča poljska politična oblast se je na te izjave odzvala zelo kritično in med drugim napovedala, da ne načrtujejo nobenih dodatnih sprememb.⁴³ Je pa dejstvo, da v tem trenutku Poljska še ni prejela prej navedenih sredstev, kar govori v korist tezi, da poljska pravna ureditev (še) ne zagotavlja temeljnih standardov neodvisnega sodstva.

Prejšnja ureditev glede disciplinskega senata je bila vsekakor taka, da je že sama zase omogočala sklep o izostanku primerne sodne neodvisnosti poljskega sodstva, poleg tega pa sva odkrila še druge sistemske anomalije, ki so take, da prav tako usodno posegajo v neodvisnost poljskega sodstva, zato zgolj reforma disciplinskega senata, čeprav bi odpravila vse pomanjkljivosti na tem področju, po najinem mnenju ni dovolj. Sodišče Evropske unije je na primer v zadevi C-824/18⁴⁴ ugotovilo tudi več spornih elementov v poljski pravni ureditvi sodnega sveta, kar je bilo najbolj očitno v povezavi z njegovo vlogo pri imenovanju vrhovnih sodnikov. Sodišče Evropske unije je sicer v tej zadevi odločalo o predhodnem vprašanju, kar pomeni, da ni moglo samo dokončno rešiti zadeve. Kljub temu pa so iz obrazložitve sodbe v obravnavani zadevi razvidni sporni elementi. Sodišče EU je tako med drugim poudarilo, da zakonodajne spremembe kažejo na to, da je poljska zakonodajna oblast v obravnavanem primeru ravnala s ciljem, da prepreči vsakršno možnost sodnega nadzora nad imenovanji, sprejetimi na podlagi navedenih sklepov poljskega sodnega sveta, in poleg tega pri vseh drugih imenovanjih znotraj vrhovnega sodišča po vzpostavitvi sodnega sveta v novi sestavi.

⁴² Spomniva, 16. februarja 2022 je Sodišče EU v sodbah C-156/21 in C-157/21 potrdilo Uredbo EU 2020/2092 Evropskega parlamenta in Sveta z dne 16. decembra 2020 o splošnem režimu pogodjenosti za zaščito proračuna EU. Sodišče EU je pojasnilo, da kadar država članica svobodno izvaja svoje pristojnosti na vseh področjih, ki so ji pridržana, to še ne spremeni dejstva, da jih morajo izvajati ob hkratnem spoštovanju prava EU. Kadar tako ravnanje vpliva ali pomeni resno tveganje na dobro finančno poslovanje proračuna Unije ali zaščito njenih finančnih interesov, se Uniji ne more očitati, da v okviru zaščite svoje indentite, katere del so vrednote iz 2. člena PEU, uporablja sredstva, ki so potrebna za zaščito dobrega finančnega poslovanja, na način, da sprejme takšne ukrepe, ki se v skladu s prvim odstavkom 5. člena izpodbijane uredbe nanašajo izključno na izvrševanje proračuna Unije (sodba Sodišča EU v zadevi C-157/21 *Poljska proti Parlamentu in Svetu* z dne 16. februarja 2022, ECLI:EU:C:2022:98, točki 268 in 269).

⁴³ Glej <<https://www.politico.eu/article/kaczynski-accuse-eu-trying-break-poland-pis-leyen-democracy-pandemic-coronavirus>>.

⁴⁴ Sodba Sodišča EU v zadevi C-824/18 *A. B. in drugi proti Krajowa Rada Sądownictwa* z dne 2. marca 2021, ECLI:EU:C:2021:153.

Ob tem sva upoštevala tudi sporne elemente pri imenovanju poljskih ustavnih sodnikov, kar je deloma problematiziralo ESČP, in sicer v zadevi 4907/18.⁴⁵ Glede tega je ugotovilo kršitev pravice do sodišča oziroma tribunala, ustanovljenega z zakonom.⁴⁶ ESČP je glede tega poudarilo tudi, da je bilo ravnanje zakonodajne in izvršilne oblasti namenjeno prisvojitvi vloge ustavnega sodišča kot končnega razlagalca ustave. Tudi varuh človekovih pravic je izrazil zaskrbljenost glede legitimnosti sestave zadevnega tribunala, sploh glede spreminjanja že imenovanih članov in hkratno zavračanje zahtev po izločitvi sodnika v konkretnem postopku, v katerem je bilo podano nasprotje interesa.⁴⁷

Meniva, da poleg prej navedenega spornega kadrovanja legitimnost poljskega ustavnega sodišča načenja tudi vsebinsko odločanje, ki v nekaterih zadevah izpade kot politični instrument. Tukaj spomniva na nedavno odločitev poljskega ustavnega sodišča, ki je posegla v načelo primarnosti prava EU. Glede tega je bilo s strani nekaterih evropskih deležnikov deležno hudih kritik. Tako je na spletni strani Evropskega parlamenta mogoče prebrati, da »nelegitimno ustavno sodišče ne more razlagati ustave« in da je »poljsko ustavno sodišče orodje za legalizacijo nezakonitih ukrepov oblasti« itd.⁴⁸

Upošteva vse navedeno in najino trdno prepričanje, da je sodna neodvisnost tako pomembna, da polovičarstvo ne pride v poštev, sva ocenila, da poljska pravna ureditev, kljub na prvi pogled dobrodošli zakonodajni reformi o ukinitvi spornega disciplinskega senata (seveda pod predpostavko, da ne gre zgolj za »menjavo embalaže«, kar nakazuje nedavni razvoj dogodkov), na obravnavanem področju tudi po zadnji reformi ne preneha predhodnega presejalnega testa, saj še naprej ne izpolnjuje temeljnih standardov sodne neodvisnosti.

V okviru presoje madžarske pravne ureditve pa sva na obravnavanem področju zasedila zakonodajne spremembe, ki so v madžarsko sodstvo vnesle nekatere strukturne pomanjkljivosti.⁴⁹ Tako je na primer vloga sodnega sveta razmeroma šibka, saj ne dosega evropskih standardov, ki so predstavljeni v tem prispevku. Okoliščino, da ima sodni svet premalo pristojnosti,⁵⁰ dodatno poslabšajo preširoke pristojnosti predsednika državnega

⁴⁵ Sodba ESČP v zadevi *Xero Flor w Polsce sp. z o.o. proti Poljski*, št. 4907/18 z dne 7. maja 2021, ECLI:CE:ECHR:2021:0507JUD000490718.

⁴⁶ Sodba še ni pravomočna.

⁴⁷ Podrobneje o vseh kršitvah najdemo v Evropska komisija (2021).

⁴⁸ Več o tem na povezavi <<https://www.europarl.europa.eu/news/sl/press-room/20211015IPR15016/poljska-nelegitimno-ustavno-sodisce-ne-more-razlagati-ustave>>.

⁴⁹ Na to je že v času zakonodajnega postopka opozoril komisar Sveta Evrope za človekove pravice. Glej na primer besedilo, dostopno na povezavi: <<https://www.coe.int/en/web/commissioner/-/the-commissioner-urges-the-hungarian-parliament-to-modify-a-bill-affecting-the-independence-of-the-judiciary>>.

⁵⁰ Sodni svet na primer nima pravice, da bi bilo z njim opravljeno posvetovanje o zakonodajnih predlogih, ki lahko vplivajo na pravosodni sistem, prav tako ima omejeno vlogo glede imenovanja sodnikov in predsednikov sodišč, hkrati pa je glede izplačil sredstev iz državnega proračuna odvisen od predsednika prej navedenega urada (Evropska komisija, 2020, str. 2 in 3).

urada za sodstvo in njegov vpliv na sodni svet ter nasploh na sodstvo. Skratka, (tudi) v tem pogledu je opazen odločilen vpliv politike na sodni svet. Tukaj je med drugim treba opozoriti, da je predsednik državnega urada za sodstvo brez utemeljenih razlogov sprožil več postopkov proti predsednikom sodišč in sodnikom, kar je mogoče razumeti kot obliko pritiska nanje.⁵¹ Kot sredstvo pritiska so zaznani tudi politični in medijski napadi na nekatere sodnike. Prav tako je problematično, kot kaže, politično imenovanje predsednika vrhovnega sodišča. Kljub nasprotovanju sodnega sveta je bil namreč za predsednika vrhovnega sodišča (s pomočjo dveh zakonodajnih sprememb) imenovan kandidat, ki ni imel nobenih poprejšnjih izkušenj pred rednimi madžarskimi sodišči. Politično kadrovanje naj bi potekalo tudi na ustavnem sodišču.⁵² Vse to je v nasprotju s temeljnimi evropskimi standardi, ki naj zagotavljajo neodvisno sodstvo, vendar se postavlja vprašanje, ali je, tako kot v primeru poljske pravne ureditve, tudi madžarska pravna ureditev na tem področju prestopila tako imenovano rdečo črto. Čeprav meniva, da madžarska pravna ureditev na obravnavanem področju ni tako problematična, kot je bilo ugotovljeno glede poljske pravne ureditve, vendarle opozarjava, da madžarsko sodstvo ne dosega temeljnih evropskih standardov neodvisnega sodstva. Če se (pre)šibak sodni svet, ki ga lahko odločilno obvladuje predsednik državnega urada za sodstvo, še lahko nekako prežveči, pa se kombinacija neutemeljenih postopkov proti nekaterim predsednikom sodišč in sodnikom, druge vrste političnih pritiskov nanje ter politično kadrovanje na ustavnem in vrhovnem sodišču lahko razume kot prevelik poseg v neodvisnost sodstva, ki presega posamične sporne prakse in razkriva sistemski oziroma strukturni problem madžarskega sodstva. Dodatno naju v tem prepričanju utrjuje okoliščina, da so pravno ureditev madžarskega sodstva problematizirali Komisar Sveta Evrope za človekove pravice, Evropska komisija in Amnesty International.⁵³ In kot nazadnje, vendar prav tako pomembno, poudariva, da je v opazovani državi ista politična stranka dolgo imela in tudi po aprilskih volitvah leta 2022 ohranja veliko večino v parlamentu, kar ji pravzaprav omogoča, da lahko obvladuje zakonodajno in izvršilno vejo madžarske javne oblasti, poleg tega pa lahko, kot je bilo že omenjeno, odločilno posega tudi v sodno vejo oblasti.

V okviru presoje nemške pravne ureditve na obravnavanem področju sva ugotovila izostanek sodnega sveta, kar je – vsaj na prvi pogled – huda pomanjkljivost, vendar sva nato na podlagi dodatne analize nemške pravne ureditve prišla do sklepa, da v resnici pri izostanku sodnega sveta ne gre za poseg v neodvisno sodstvo. Čeprav vse pomembne odločitve glede organizacije sodstva ter imenovanj in nasploh glede poklicnih »usod« sodnikov sprejema nemško ministrstvo za pravosodje oziroma izvršilna veja oblasti, je

⁵¹ Glej poročilo Amnesty International (2021).

⁵² Evropska komisija, 2020, str. 5.

⁵³ Glej sprotne opombe 49–52.

namreč zoper te (politične) odločitve na voljo sodno varstvo.⁵⁴ Povedano drugače, odločitve izvršilne veje oblasti, ki se na primer nanašajo na imenovanje, razrešitev, premestitve ali predčasno upokožitev sodnika, se na koncu presojuje pred pristojnim sodiščem, s tem pa se zagotavlja ustrezen sodni nadzor. Tako dejansko prihaja do položaja, da ima zadnje besedo glede prej navedenega nemško sodstvo, kar je pravzaprav glavni razlog, zaradi katerega naj se ustanovljajo sodni sveti. Z upoštevanjem te ugotovitve in glede na to, da v nemški pravni ureditvi na obravnavanem področju nisva zasledila drugih usodnih pomanjkljivosti glede izpolnjevanja temeljnih evropskih standardov neodvisnega sodstva, sva nadaljevala presojo te ureditve. Glede tega sva ugotovila, da je nemška pravna ureditev večinoma vzorna oziroma skladna z najvišjimi standardi zagotavljanja neodvisnega sodstva, saj sva jo pri večini parametrov ocenila z najvišjo ali drugo najvišjo oceno, kljub temu pa sva odkrila nekaj pomanjkljivosti (ki pa ne spremenijo bistveno prej izpostavljenih ocen). Financiranje sodstva namreč po najinih ugotovitvah poteka izključno iz javnih virov, kar je dobro, vendar višino sredstev glede na ohlapno zakonsko pooblastilo efektivno določi vlada. V tem smislu je torej na voljo (omejen) vzvod za izvajanje pritiska na sodstvo kot celoto. Dejstvo, da se zaradi razmeroma visoke politične kulture ta vzvod v praksi ne uporablja, je v okviru tega prispevka, ki obravnava formalno neodvisnost sodstva, sicer vredno omeniti, ni pa ključno za oceno, ker se slednja v okviru obravnavanega koncepta neodvisnosti osredinja na pravno ureditev. Nadaljnje pomanjkljivosti sva zaznala na področjih osebnega varstva sodnikov, saj tukaj v zakonodaji nisva našla systemske ureditve. Pomanjkljivost sva ugotovila tudi v razmeroma šibkem položaju sodnikov, ki so osumljeni storitve kaznivega dejanja, ki ni povezano z opravljanjem sodniške funkcije, kot pomanjkljivo pa ocenjujeva tudi razmeroma ohlapno ureditev združljivosti sodniške funkcije z drugimi funkcijami oziroma dejavnostmi.

Tudi v okviru presoje hrvaške pravne ureditve na obravnavanem področju nisva zasledila pomanjkljivosti, ki bi opravičevale takojšen sklep o nedoseganju temeljnih evropskih standardov, zato sva nadaljevala tudi presojo te ureditve. Nadaljnja presoja ni pokazala resnih odmikov od zelenih standardov, pri čemer je treba omeniti, da niti pri enem parametru nisva uporabila najslabše ocene. Kljub temu bi kot pomanjkljivosti omenila ohlapno ustavno ureditev sodstva, razmeroma šibko imuniteto sodnika, ki je osumljen storitve kaznivega dejanja, ki ni povezano z opravljanjem sodniške funkcije, in možnost odvzema sodne zadeve sodniku s strani predsednika sodišča.

In končno, tudi v okviru presoje slovenske pravne ureditve na obravnavanem področju nisva zasledila pomanjkljivosti, ki bi opravičevale takojšen sklep o nedoseganju temeljnih evropskih standardov, zato sva nadaljevala presojo, ki je pokazala ugoden rezultat. Slovenske pravne ureditve pri nobenem parametru nisva ocenila z najnižjo oceno. Zaznane pomanjkljivosti pa se nanašajo predvsem na razmeroma ohlapno ustavno ure-

⁵⁴ Več o tem Riedel (2020); Castillo-Ortiz (2019); Sanders in von Danwitz (2018); in Seibert-Fohr (2012).

ditev sodstva in postopek izvolitve sodnika, ali natančneje, na telo, pristojno za izvolitev sodnika, saj ga izvoli državni zbor na predlog sodnega sveta (bolje pa bi bilo, če bi bila ta pristojnost v rokah sodnega sveta, sestavljenega iz večine sodnikov, z zagotovljenim sodnim varstvom). Podobno kot v primeru nemške in hrvaške pravne ureditve sva tudi v slovenskih ureditvi zaznala razmeroma šibek položaj sodnika, ki je osumljen storitve kaznivega dejanja, ki ni povezano z opravljanjem sodniške funkcije.

Presoja formalne neodvisnosti nemškega, hrvaškega in slovenskega sodstva – glede na test, ki je dostopen v prilogi tega prispevka – je pokazala, da se glede posameznih pravnih standardov, prek katerih se želi zagotoviti neodvisno sodstvo, opazovane pravne ureditve med seboj sicer razlikujejo, če pa jih pogledamo kot celoto, tj. z vidika vseh pravnih standardov, ki so vključeni v test, se izkaže, da so na obravnavanem področju primerljive. Glede na opravljeni test so namreč dosegle zelo podoben rezultat, tj. vrednosti okrog 0,8. Glede na prej navedeno o maloštevilnih ugotovljenih pomanjkljivostih v nemški, hrvaški in slovenski pravni ureditvi njihov razmeroma dober rezultat niti ne preseneča.

Glede tega je treba še enkrat opozoriti, da sva v prispevku obravnavala formalno neodvisnost, ki se lahko razlikuje od dejanske neodvisnosti, je pa glede na dosedanje ugotovitve v teoriji dovolj dobro izhodišče za oceno neodvisnega sodstva v posamezni državi, sploh ker sva v test vključila več varovalk, s katerimi se preprečuje izkrivljeni rezultat. Najprej je tukaj mišljen predhodni presejalni test, prav tako pa upoštevanje dejanske vloge sodstva v zadevah, ki zadevajo sodstvo, kar je zlasti opazno ob primerjavi poljskega in nemškega primera v zvezi s sodnim svetom. Dejstvo, da poljska pravna ureditev določa sodni sveti, ne pomeni, da je samodejno boljša od nemške pravne ureditve, ki sodnega sveta ne določa. Nemški pristop je pravzaprav boljši od poljskega, saj zagotavlja, da o zadevah, o katerih naj bi glede na evropske standarde odločal sodni svet, sestavljen pretežno iz sodnikov, izbranih v objektivnem postopku, odločajo sodniki pristojnih sodišč, izbrani v objektivnem postopku z zagotovljenim sodnim varstvom. S tem pa je prej navedeni standard dosežen. V tem primeru se še enkrat več izkaže, da je bistvo mogoče izluščiti, če se upoštevajo »podrobnosti«, in nadalje, da je vsebini treba dati prednost pred obliko.

5. Sklep

Neodvisno sodstvo je pomembna prvina moderne ustave in države, zato je med drugim pomembno ugotoviti, ali je v posamezni pravni ureditvi ustrezno zagotovljena. Za namen te ugotovitve je potreben čim bolj objektivni test. Kot sva pojasnila v metodološkem delu, se zavedava pasti subjektivnosti pri določanju spremenljivk oziroma meril, njihovih vrednotenj in razlag. Vendar sva pri tem sledila uveljavljenim pristopom v teoriji, ki zmanjšujejo elemente subjektivnosti na čim nižjo raven, pri čemer se zavedava, da popolne objektivnosti na obravnavanem področju ni mogoče doseči z nobeno zdaj znano in uporabljeno metodo ali pristopom. Glede tega posebej poudarjava, da sva se primarno

oprla na pravne standarde, izpeljane iz dokumentov oziroma pravnih aktov Sveta Evrope ter sodne prakse ESČP in Sodišča EU, ki se nanašajo na neodvisno sodstvo in iz katerih je mogoče izpeljati tako imenovani evropski koncept neodvisnega sodstva. Za njegovo operacionalizacijo sva izdelala poseben test, ki je dostopen v prilogi.

Pri presoji izbranih pravnih ureditev na področju sodstva glede na ugotovljene evropske pravne standarde neodvisnega sodstva sva ugotovila, da v dveh opazovanih pravnih ureditvah, tj. v poljski in madžarski, niso izpolnjeni temeljni evropski pravni standardi neodvisnega sodstva. Zato meniva, da ti dve pravni ureditvi ne zagotavljata neodvisnega sodstva v smislu, kot se pričakuje v evropskem pravnem prostoru. Glede preostalih opazovanih pravnih ureditev, tj. nemške, hrvaške in slovenske, pa sva ugotovila skladnost s temeljnimi evropskimi pravnimi standardi neodvisnega sodstva. To sicer ne pomeni, da v teh pravnih ureditvah niso mogoče izboljšave. Ravno nasprotno, možne so številne izboljšave, je pa doseženi rezultat, tj. okrog 0,8 (80 odstotkov) za vsako od teh treh pravnih ureditev, v celoti gledano dovolj dober, da meniva, da te pravne ureditve omogočajo neodvisno sodstvo.⁵⁵

Ob rob temu naj še enkrat opozoriva na problem prenagljenega sklepanja, saj je bistvo včasih očem skrito, vsaj na prvi pogled. Možno si je zamisliti sistem organizacije sodstva, ki je na prvi pogled neproblematičen in šele podroben pogled pokaže probleme, ki izvirajo iz političnega imenovanja sodnikov, zlasti ustavnega in vrhovnega, saj v primeru, ko so izbrani sodniki, ki izvajajo politično agendo, izvršilna in zakonodajna veja oblasti niti nimata potrebe, da bi od zunaj vplivali na odločitve teh sodnikov. Podobno velja glede sodnega sveta, ki je, če ima široka pooblastila in je sestavljen iz članov, čeprav so sodniki, ki izvajajo politično agendo, po svoje primerljivi s tako imenovanim trojanskim konjem. Skratka, zunanji vplivi na sodstvo so problematični in jih je treba preprečevati, vendar so običajno dobro opazni, notranji »trojanski« vplivi pa so enako problematični, pri čemer so običajno manj opazni, zato obstaja nevarnost, da ostanejo prezrti, kar pa je za neodvisno sodstvo vsekakor slaba novica.

Literatura

- Amnesty International Hungary (2021) *Status of the Hungarian judiciary – Legal changes have to guarantee the independence of judiciary in Hungary*, <<https://www.amnesty.org/en/documents/eur27/3623/2021/en/>> (dostop: 24. maj 2022).
- Bobek, M. (2008) 'The Fortress of Judicial Independence and the Mental Transitions of the Central European Judiciaries', *European Public Law* 14(1), str. 99–123.

⁵⁵ S tem pa ne prejudicirava dejanske neodvisnosti. Kot je bilo uvodoma povedano, sva se omejila na koncept formalne neodvisnosti.

- Bodnar, A., in Bojarski, L. (2012) 'Judicial independence in Poland', v: Seibert-Fohr, A. (ur.) *Judicial independence in transition*. Beiträge zum ausländischen öffentlichen Recht und Völkerrecht, Berlin: Springer, str. 667–738.
- Beneška komisija (2021) Sporočilo Komisije Evropskemu parlamentu, Svetu, Evropski centralni banki, Evropskemu ekonomsko-socialnemu odboru in odboru regij: pregled stanja na področju pravosodja v EU za leto 2021, COM(2021) 389 final, Bruselj, 8. julij.
- Beneška komisija (2017) Poland Opinion on the draft act amending the act on the national council of the judiciary, on the draft act amending the act on the supreme court, proposed by the president of Poland, and on the act on the organisation of ordinary courts, CDL-AD(2017)031, Strasbourg, 11. december.
- Beneška komisija (2008) European standards on the independence of the judiciary, CDL-JD(2008)002, Strasbourg, 3. oktober.
- Beneška komisija (2007) Judicial appointments, CDL-AD(2007)028, Benetke, 22. junij.
- Castillo-Ortiz, P. (2019) 'The politics of implementation of the judicial council model in Europe', *European Political Science Review* 11(4), str. 503–520.
- Coman, R. (2014) 'Quo Vadis Judicial Reforms? The Quest for judicial independence in Central and Eastern Europe', *Europe-Asia Studies* 66(6), str. 892–924.
- Evropska komisija (2021) Poročilo o stanju pravne države za leto 2021, poglavje o stanju pravne države na Poljskem, SWD(2021) 722 final, Bruselj, 20. julij.
- Evropska komisija (2020) Poročilo o stanju pravne države za leto 2021, poglavje o stanju pravne države na Madžarskem, SWD(2020) 316 final, Bruselj, 30. september.
- Evropski parlament (2021) Poljska: nelegitimno ustavno sodišče ne more razlagati ustave, sporočilo za javnost, <<https://www.europarl.europa.eu/news/sl/press-room/20211015IPR15016/poljska-nelegitimno-ustavno-sodisce-ne-more-razlaga-ti-ustave>> (dostop: 24. maj 2022).
- Evropski parlament in Svet (2020) Uredba EU o splošnem režimu pogojenosti za zaščito proračuna Unije, LI 433/1, 16. december.
- Feld, L. P., in Voigt, S. (2003) 'Economic growth and judicial independence: cross-country evidence using a new set of indicators', *European Journal of Political Economy* 19(3), str. 497–527.
- Ferčič, A. (2022) 'Evaluating the Formal Independence of National Regulatory Authorities in the European Union's Energy Sector and Beyond', *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu* 72(5), str. 1183–1218.

- Fleck, Z. (2012) 'Judicial independence in Hungary', v: Seibert-Fohr, A. (ur.) (2012) *Judicial independence in transition*. Beiträge zum ausländischen öffentlichen Recht und Völkerrecht: Springer, str. 793–834.
- Gutmann, J., in Voigt, S. (2018) 'Judicial independence in the EU: a puzzle', *European Journal of Law and Economics*, 49(2020), str. 83–100.
- Hayo, B., in Voigt, S. (2014) 'Mapping constitutionally safeguarded judicial independence – a global survey', *Journal of Empirical Legal Studies* 11(1), str. 159–195.
- G. Heinz, V. (1998) Speech before participants of the Australian Bar Association Conference 1998, The Appointment of Judges in Germany, 7. julij.
- Hungarian Helsinki Committee (2020) *New law threatens judicial independence in Hungary*, <https://helsinki.hu/wp-content/uploads/HHC_Act_CXXVII_of_2019_on_judiciary_analysis_2020Jan.pdf> (dostop: 30. maj 2022).
- Koslosky, D. R. (2009) 'Toward an Interpretative Model of Judicial Independence: A Case Study of Eastern Europe', *University of Pennsylvania Journal of International Law* 31(1), str. 203–256.
- Larsson, O., in Naurin, D. (2016) 'Judicial independence and political uncertainty: how the risk of override affects the Court of Justice of the EU', *International Organization*, 70(2), str. 377–408.
- Linzer, D. A., in Staton, J. K. (2015) 'A global measure of judicial independence, 1948–2012', *Journal of Law and Courts* 3(2), str. 223–256.
- Ministrski komite Sveta Evrope (2010) Recommendation CM/Rec(2010)12 of the Committee of Ministers to member states on judges: independence, efficiency and responsibilities, 17. november 2010.
- Posvetovalni svet evropskih sodnikov (2010) Magna carta of judges, CCJE (2010)3 final, Strasbourg, 17. november.
- Posvetovalni svet evropskih sodnikov (2002) Opinion No. 3 on ethics and liability of judges, Strasbourg, 19. november.
- Posvetovalni svet evropskih sodnikov (2001) Opinion No. 1 on standards concerning the independence of the judiciary and the irremovability of judges, Strasbourg, 23. november.
- Posvetovalni svet evropskih sodnikov (2001) Opinion No. 2 on the funding and management of courts, Strasbourg, 23. november.
- Riedel, J. (2020) 'Judicial review of judicial appointments in Germany', *International Journal for Court Administration* 11(1), str. 1–19.

- Sanders, A., in Von Danwitz, L. (2019) 'Selecting Judges in Poland and Germany: Challenges to the Rule of law in Europe and Propositions for a new Approach to Judicial Legitimacy' *German Law Journal* 19(04), str. 769–815.
- Seibert-Fohr, A. (2012) 'Judicial independence in Germany', v: Seibert-Fohr, A. (ur.) (2012) *Judicial independence in transition*. Beiträge zum ausländischen öffentlichen Recht und Völkerrecht: Springer, str. 447–519.
- Spano, R. (2021) 'The rule of law as the lodestar of the European Convention on Human Rights: The Strasbourg Court and the independence of the judiciary', *European Law Journal*, str. 1–17.
- Svet Evrope (2019) The Commissioner urges the Hungarian Parliament to modify a bill affecting the independence of the judiciary, <<https://www.coe.int/en/web/commissioner/-/the-commissioner-urges-the-hungarian-parliament-to-modify-a-bill-affecting-the-independence-of-the-judiciary>> (dostop: 24. maj 2022).
- Svet Evrope (1998) Evropska listina o zakonski ureditvi položaja sodnikov, Strasbourg, od 8. julija do 10. julija.
- Šipulová, A., idr. (2022) 'Judicial self governance index: towards better understanding of the role of judges in governing the judiciary', *Regulation & Governance*, str. 1–21.
- Terry, C. R. P. (2020) 'Judicial Independence in Germany within the European Context', *Theoretical and Applied Law* 1(3), str. 5–8.

Priloga

| Evropski koncept neodvisnega sodstva: test⁵⁶ | S_(i) |
|---|------------------------|
| §1 Načelo neodvisnega sodstva: | |
| ▪ je določeno v ustavi | 1,00 |
| ▪ je določeno v zakonu | 0,67 |
| ▪ je določeno v podzakonskem aktu ⁵⁷ | 0,33 |
| ▪ ni določeno | 0,00 |
| §2 Financiranje sodstva: | |
| ▪ se zagotavlja izključno iz javnih virov, in sicer v višini, ki zadošča za normalno delovanje sodstva, pri čemer ustava določa enako finančno obravnavo vseh vej oblasti | 1,00 |
| ▪ se zagotavlja izključno iz javnih virov, ki jih določi zakonodajalec glede na predlog vlade | 0,67 |
| ▪ se zagotavlja izključno iz javnih virov, ki jih glede na ohlapno zakonsko pooblastilo določi vlada | 0,33 |
| ▪ se zagotavlja tudi iz zasebnih virov | 0,00 |
| §3 Organizacija in pristojnost sodišč je: | |
| ▪ urejena v ustavi | 1,00 |
| ▪ urejena v zakonu na podlagi jasnega ustavnega okvira | 0,67 |
| ▪ urejena v zakonu (le) na podlagi temeljnih ustavnih načel, kot so na primer načelo delitve oblasti, pravne države in/ali neodvisnosti sodstva | 0,33 |
| ▪ urejeno v podzakonskem aktu ⁵⁸ na podlagi zakonskega pooblastila brez vsebinskih usmeritev | 0,00 |
| §4 Organizacija sodišč zagotavlja večstopenjski nadzor in področno specializacijo: | |
| ▪ da | 1,00 |
| ▪ da, z nekaj izjemami | 0,67 |
| ▪ ne, z nekaj izjemami | 0,33 |
| ▪ ne | 0,00 |

⁵⁶ Test se opravi, če se v predhodnem preizkusu ugotovi, da so v opazovani pravni ureditvi zagotovljeni temeljni standardi neodvisnega sodstva, določeni v 3. poglavju. Če ti standardi niso izpolnjeni, neodvisno sodstvo ne obstaja in nadaljnja presoja njegove neodvisnosti ni smiselna.

⁵⁷ Predpostavlja se, da je v tem primeru možna ustavna sodna presoja podzakonskih aktov.

⁵⁸ Predpostavlja se, da je v tem primeru možna ustavna sodna presoja podzakonskih aktov.

| | |
|---|------|
| §5 Sodni svet oziroma neodvisen državni organ, pristojen za temeljna strokovna vprašanja zagotavljanja neodvisnega sodstva, kakovostnega dela sodstva ter ugleda sodstva in zaupanja javnosti vanj: ⁵⁹ | |
| ▪ je določen v ustavi | 1,00 |
| ▪ je določen v zakonu | 0,67 |
| ▪ je določen v podzakonskem aktu | 0,33 |
| ▪ ni določen | 0,00 |
| §6 Sodni svet je sestavljen: | |
| ▪ izključno iz sodnikov, ki jih izmed sebe izberejo profesionalni sodniki | 1,00 |
| ▪ pretežno iz sodnikov, ki jih izmed sebe izberejo profesionalni sodniki | 0,67 |
| ▪ iz članov, ki jih izvoli zakonodajalec s kvalificirano, tričetrtinsko večino vseh poslancev | 0,33 |
| ▪ iz članov, ki jih izvoli zakonodajalec z večino vseh poslancev | 0,00 |
| §7 Predsednika sodnega sveta: | |
| ▪ izvolijo profesionalni sodniki | 1,00 |
| ▪ izmed sebe izvolijo člani sodnega sveta | 0,67 |
| ▪ izvoli državni zbor | 0,33 |
| ▪ imenuje vlada ali minister | 0,00 |
| §8 Sodni svet ima med drugim bistveno vlogo pri izvolitvi, napredovanju in disciplinskem ukrepu sodniku, razen glede prenehanja sodniškega mandata proti volji sodnika, o čemer odloča sodišče | |
| ▪ da | 1,00 |
| ▪ da, z nekaj izjemami | 0,67 |
| ▪ ne, z nekaj izjemami | 0,33 |
| ▪ ne | 0,00 |

⁵⁹ Enakovredna možnost je, če sodnega sveta sploh ni, vendar njegove funkcije prevzamejo pristojna sodišča, ki odločajo o pravnih aktih izvršilne veje oblasti, na primer o aktu, s katerim se odloča o imenovanju sodnika, na podlagi pravnih sredstev. Če je tako, se z mislijo na prej navedeno smiselno presojajo 6., 7., 8., 9., 15., 17., 29. in 30. standard.

| | |
|--|------|
| §9 V akte sodnega sveta: | |
| ▪ sme poseči vrhovno sodišče ali ustavno sodišče, v obeh primerih, če to zahteva upravičena oseba | 1,00 |
| ▪ sme poseči poseben tribunal sodnega sveta, sestavljen iz sodnikov, ki niso člani sodnega sveta, zoper njegovo odločitev pa ni pravnega sredstva | 0,67 |
| ▪ sme poseči upravno sodišče, ki odloča v senatu, zoper njegovo odločitev pa ni pravnega sredstva | 0,33 |
| ▪ sme poseči upravno sodišče, ki odloča po sodniku, zoper njegovo odločitev pa ni pravnega sredstva | 0,00 |
| §10O sporu glede sodne pristojnosti odloča: | |
| ▪ vrhovno ali ustavno sodišče | 1,00 |
| ▪ sodni svet, v katerem prevladujejo sodniki | 0,67 |
| ▪ odbor zakonodajalca | 0,33 |
| ▪ vlada, minister ali drug organ izvršilne veje oblasti oziroma sodni svet, v katerem prevladujejo uradniki | 0,00 |
| §11Administrativne in druge nesodne naloge, vključno z varovanjem in zagotavljanjem reda na sodiščih, opravlja usposobljena in zadostna sodna uprava ob podpori (pravosodne) policije: | |
| ▪ da | 1,00 |
| ▪ da, z nekaj izjemami | 0,67 |
| ▪ ne, z nekaj izjemami | 0,33 |
| ▪ ne | 0,00 |
| §12Prepoved kakršnegakoli vplivanja ali vmešavanja v delo in odločanje sodnikov v konkretnih zadevah: | |
| ▪ je določena v ustavi | 1,00 |
| ▪ je določena v zakonu | 0,66 |
| ▪ je določena v podzakonskem aktu | 0,33 |
| ▪ ni določena | 0,00 |

- §13 Prepoved, z izjemo pomilostitve, spreminjanja odločitev sodišča oziroma njegovih pravnih aktov in prepoved omejevanja polnega učinka sodnih pravnih aktov s strani organov ali nosilcev javnih pooblastil iz izvršilne ali zakonodajne veje oblasti:
- je določena v ustavi 1,00
 - je določena v zakonu 0,67
 - je določena v podzakonskem aktu 0,33
 - ni določena 0,00
- §14 Akt pomilostitve s strani organa iz izvršilne ali sodne veje oblasti:
- ni določen in ni dopusten 1,00
 - je določen in restriktivno urejen v ustavi ali je določen v ustavi in restriktivno urejen v zakonu 0,67
 - je določen in ekstenzivno urejen v ustavi ali je določen v ustavi in ekstenzivno urejen v zakonu 0,33
 - je določen v ustavi ali zakonu in ekstenzivno urejen v podzakonskem aktu 0,00
- §15 Kandidat za sodnika pridobi sodniški mandat:
- s strani sodnega sveta, ki je pretežno sestavljen iz sodnikov, pri čemer se odločitev sprejme na podlagi objektivnih meril v objektivnem in preglednem postopku, kandidat pa ima na voljo sodno varstvo 1,00
 - s strani sodnega sveta 0,67
 - s strani zakonodajalca ali predsednika države na predlog sodnega sveta, ki je pretežno sestavljen iz sodnikov, 0,33
 - s strani zakonodajalca, predsednika države ali vlade oziroma ministra 0,00
- §16 Sodniški mandat:
- je trajen 1,00
 - je omejen na 10 do 20 let, z možnostjo večkratne ponovitve, na podlagi objektivnega postopka, v katerem se mandat ne ponovi samo, če se sodniku dokaže slabo opravljanje delovnih obveznosti; zoper akt, s katerim se mandat ne ponovi, je na voljo sodno varstvo 0,67
 - je omejen na 10 do 20 let, z možnostjo večkratne ponovitve 0,33
 - je omejen na 10 let ali manj, brez možnosti ponovitve 0,00

- §17 Sodniški mandat se sme odvzeti:
- izključno v primeru ugotovitve obstoja ustavno določenega objektivnega razloga, določenega v naprej, kar ugotavlja sodni svet, pretežno sestavljen iz sodnikov; zoper akt, s katerim se odvzame sodniški mandat, pa je zagotovljeno sodno varstvo 1,00
 - s strani zakonodajalca ali predsednika države na predlog sodnega sveta, ki je pretežno sestavljen iz sodnikov 0,67
 - s strani zakonodajalca ali predsednika države na predlog vlade ali ministra 0,33
 - s strani vlade ali ministra 0,00
- §18 Sodna zadeva se sodniku dodeli:
- s strani sodne uprave ali predsednika sodišča glede na objektivna zakonska merila in postopek, tako da je onemogočena arbitrarnost 1,00
 - s strani predsednika sodišča 0,67
 - s strani sodne uprave 0,33
 - s strani ministra 0,00
- §19 Pri sprejemanju odločitev v sodnih zadevah ustava in zakon:
- prepovedujeta dajanje navodil oziroma kakršnokoli delovanje s ciljem vplivati na sodno odločitev, razen v okviru pravnih sredstev in predhodnih vprašanj, ter sodniku prepovedujeta iskanje in sprejemanje navodil v zvezi s svojimi sodnimi odločitvami 1,00
 - prepovedujeta dajanje navodil oziroma kakršno koli delovanje s ciljem vplivati na sodno odločitev, razen v okviru pravnih sredstev ali predhodnih vprašanj, ali sodniku prepovedujeta iskanje in sprejemanje navodil v zvezi s svojimi sodnimi odločitvami 0,67
 - ne določata prej navedenih prepovedi in obveznosti, je pa prej navedeno urejeno v podzakonskem aktu 0,33
 - ne določata prej navedenih prepovedi in obveznosti, niti ni prej navedeno urejeno v podzakonskem aktu 0,00

- §20 Za primer kršitev prepovedi o iskanju in sprejemanju navodil ter o dajanju navodil ali kakršnekoli delovanju s ciljem vplivati na sodno odločitev:
- je določen učinkovit sistem sankcij (vsaj kazenskoprnih, prekrškovnih in delovnoprnih) 1,00
 - je določena prekrškovna ali delovnoprna sankcija 0,67
 - je določena civilnoprna sankcija 0,33
 - ni določena nobena sankcija 0,00
- §21 Sodnik za svojo sodno odločitev, ki je skladna z ustavnim okvirjem in zakoni:
- nima nobene pojasnjevalne dolžnosti, razen dolžnosti podati argumentirano obrazložitev v samem aktu, ga javno razglasiti in ga vročiti strankam, in za to odločitev pravno ni odgovoren; ne glede na to, ima sodišče za stike z javnostjo angažiranega strokovnjaka 1,00
 - ima dodatno pojasnjevalno dolžnost organu zunaj sodne oblasti, za to odločitev pa je pravno odgovoren 0,67
 - nima dodatne pojasnjevalne dolžnosti, je pa za to odločitev kazenskoprna, prekrškovna, delovna ali civilno odgovoren 0,33
 - ima dodatno pojasnjevalno dolžnost organu zunaj sodne oblasti, za to odločitev pa je kazenskoprna, prekrškovna, delovna ali civilno odgovoren 0,00
- §22 Disciplinska (delovnoprna) odgovornost sodnika za primer kršitve delovnoprnih obveznosti:
- je določena z ustavo ali ustavno skladnim zakonom, in sicer tako, da je zagotovljena nepristranost, ločenost preiskovalne in odločevalne funkcije, sorazmernost disciplinskih ukrepov s kršitvijo, primeren postopek, vključno z razumnimi roki, ter sodno varstvo zoper odločitev 1,00
 - je določena z zakonom, vendar ne z vsemi prej navedenimi jamstvi 0,67
 - je določena z zakonom, brez večine prej navedenih jamstev 0,33
 - je določena s podzakonskim aktom, brez večine prej navedenih jamstev oziroma v nasprotju z njimi 0,00

- §23 Kazenska, prekrškovna in civilnopravna odgovornost sodnika za primer napak pri opravljanju sodne funkcije, kot so na primer napačna presoja dokazov oziroma napačna ali nepopolna ugotovitev dejanskega stanja in napačna razlaga ali uporaba prava:
- ne nastopi, razen v primeru hude malomarnosti in naklepa, kar ugotovi vrhovno ali ustavno sodišče ali njima primerljivo mednarodno sodišče 1,00
 - ne nastopi, razen v primeru hude malomarnosti in naklepa, kar ugotovi sodišče, ki je instanco višje 0,67
 - nastopi, če sodišče, ki je instanco višje, razveljavi sodbo ali sklep in je ugotovljena vsaj mala malomarnost 0,33
 - nastopi, če sodišče, ki je instanco višje, razveljavi sodbo ali sklep iz kakršnegakoli razloga 0,00
- §24 Če je sodnik osumljen storitve kaznivega dejanja:
- zoper njega ne more biti uveden kazenski pregon, dokler mu imunitete ne odvzame sodni svet, prevladujoče sestavljen iz sodnikov
 - zoper njega ne more biti uveden kazenski pregon, dokler mu imunitete ne odvzame zakonodajalec z večino vseh glasov
 - zoper njega ne more biti uveden kazenski pregon za kaznivo dejanje pri opravljanju sodniške funkcije, dokler mu imunitete ne odvzame sodni svet, prevladujoče sestavljen iz sodnikov ali zakonodajalec z večino vseh glasov
 - ne uživa imunitete in se zoper njega po splošnih pravilih uvede kazenski pregon
- §25 Za varnost sodnika:
- je zagotovljeno splošno varstvo v stavbi sodišča in po potrebi osebno varstvo v stavbi sodišča in zunaj nje 1,00
 - je zagotovljeno splošno varstvo v stavbi sodišča in po potrebi osebno varstvo 0,67
 - je zagotovljeno splošno varstvo v stavbi sodišča 0,33
 - ni zagotovljeno ustrezno varstvo 0,00

§26 Plača sodnikov:

- je zakonsko določena, in sicer tako, da je primerljiva osnovni plači funkcionarjev v zakonodajni in izvršilni veji oblasti, da je primer-
no upoštevana delovna uspešnost in dodatki, vključno s tistimi, ki
so specifični za sodniško funkcijo 1,00
- je zakonsko določena, in sicer tako, da je primerljiva osnovni plači
funkcionarjev v zakonodajni in izvršilni veji oblasti, ni pa primer-
no upoštevana delovna uspešnost in dodatki 0,67
- je zakonsko določena, vendar ni primerljiva osnovni plači funkcio-
narjev v zakonodajni in izvršilni veji oblasti 0,33
- ni podrobno urejena v zakonu, zakon pooblašča vlado ali ministra,
da določi osnovno plačo sodnikov in druge elemente njihove plače 0,00

§27 Socialna varnost sodnikov:

- je primerno zakonsko urejena v obliki zavarovanj za vsa temeljna
tveganja 1,00
- je primerno zakonsko urejena v obliki zavarovanj za nekatera te-
meljna tveganja 0,67
- je zakonsko urejena, vendar prevladujoče neprimerno 0,33
- ni zakonsko urejena, zakon pooblašča vlado ali ministra, da uredi
področje socialne varnosti sodnikov 0,00

§28 V primeru okoliščin, ki lahko vplivajo na neodvisnost sodnika, ustava
ali zakon:

- določata obveznost in pravico izločitve iz postopka oziroma odlo-
čanja 1,00
- določata obveznost ali pravico izločitve iz postopka oziroma odlo-
čanja 0,67
- določata obveznost ali pravico izločitve iz postopka oziroma odlo-
čanja, vendar z izjemami 0,33
- ne določata obveznosti in pravice izločitve iz postopka oziroma
odločanja 0,00

| | | |
|-----|--|------|
| §29 | Sodna zadeva se sme odvzeti: | |
| | ▪ izključno v primeru ugotovitve obstoja ustavno skladnih objektivnih zakonskih razlogov, določenih v naprej, kar ugotavlja sodni svet, sestavljen pretežno iz sodnikov; zoper akt, s katerim se odvzame sodna zadeva, pa je zagotovljeno sodno varstvo | 1,00 |
| | ▪ s strani predsednika sodišča na predlog sodnega sveta, ki je pretežno sestavljen iz sodnikov | 0,67 |
| | ▪ s strani predsednika sodišča | 0,33 |
| | ▪ s strani vlade ali ministra ali telesa, ki je podrejeno vladi ali ministru | 0,00 |
| §30 | Premestitev sodnika proti njegovi volji: | |
| | ▪ je dopustna samo na podlagi ustavno skladnih objektivnih zakonskih razlogov, določenih v naprej, kar ugotavlja sodni svet, sestavljen pretežno iz sodnikov; zoper akt, s katerim se odvzame sodna zadeva, pa je zagotovljeno sodno varstvo | 1,00 |
| | ▪ s strani predsednika sodišča na predlog sodnega sveta, ki je pretežno sestavljen iz sodnikov | 0,67 |
| | ▪ s strani predsednika sodišča | 0,33 |
| | ▪ s strani vlade ali ministra ali telesa, ki je podrejeno vladi ali ministru | 0,00 |
| §31 | S sodniško funkcijo: | |
| | ▪ niso združljive druge javne funkcije, funkcije v organih gospodarskih družb in drugih pravnih oseb, vključno s političnimi strankami, članstvo v politični stranki, notarska dejavnost in druge dejavnosti, ki vključujejo javna pooblastila, opravljanje odvetniške dejavnosti in vseh drugih dejavnosti, ki bi lahko vplivale na opravljanje sodniške funkcije | 1,00 |
| | ▪ niso združljive druge javne funkcije, funkcije v organih gospodarskih družb in drugih pravnih oseb, vključno s političnimi strankami, notarska dejavnost in druge dejavnosti, ki vključujejo javna pooblastila, opravljanje odvetniške dejavnosti in vseh drugih dejavnosti, ki bi lahko vplivale na opravljanje sodniške funkcije | 0,67 |
| | ▪ niso združljive druge javne funkcije, funkcije v organih političnih strank, notarska dejavnost in druge dejavnosti, ki vključujejo javna pooblastila, odvetniška dejavnost | 0,33 |
| | ▪ je načeloma združljivo vse, razen kar onemogoča, da se sodniška funkcija opravlja za polni delovni čas | 0,00 |

§32 Etična pravila, ki vežejo sodnike:

- so jasno določena v kodeksu sodniške etike, ki jih sprejme sodni svet, prevladujoče sestavljen iz sodnikov, sodnikom se glede tega kodeksa omogočajo izobraževanja in posvetovanja, pri čemer se zasleduje, da sodniki ne le, da se vzdržijo ravnanj, ki so pristranska, temveč tudi ravnanj, ki bi lahko ustvarjala videz pristranskosti 1,00
- so določena v kodeksu sodniške etike, ki jih sprejme sodni svet, prevladujoče sestavljen iz sodnikov 0,67
- so določena v kodeksu sodniške etike 0,33
- niso določena v kodeksu sodniške etike niti v drugem aktu. 0,00

7

Izvirni znanstveni članek / *Scientific article*

UDK / UDC: 347.962.2:341.645

DOI: 10.51940/2022.1.187-206

*Urška Kramberger Mendek**

Problematika Zakona o predlaganju kandidatov iz Slovenije za sodnike mednarodnih sodišč

1. Uvod

Z obveznostjo mirnega reševanja sporov, ki jo določa tudi Ustanovna listina Organizacije združenih narodov (OZN),¹ so se razvila številna sredstva za njihovo mirno reševanje.² Ob diplomatskih sredstvih so se začela vzpostavljati mednarodna sodišča in arbitraže, države pa so kmalu spoznale, da so sredstva mirnega reševanja sporov pomembna sredstva zunanje politike.³

Začele so si močno prizadevati, da bi bili njihovi predstavniki izvoljeni v posamezna telesa, saj so s tem lahko utrdile svojo pomembnost na političnem parketu. Izvolitve posameznih kandidatov so za države postale ključne zunanjepolitične prednostne naloge,⁴ kampanjam pa so začele namenjati čedalje več časa in denarja.⁵ Pri doseganju tega cilja so uporabljale raznolike pristope in spodbude. Zato so se kmalu začeli pojavljati očitki, da kandidati niso (bili) izvoljeni le zaradi svojih kompetenc, temveč zaradi vplivnosti države in sposobnosti zagotavljanja glasov na volitvah. Glasovi posameznim kandidatom

* *Magistrica znanosti, doktorska študentka na Pravni fakulteti Univerze v Ljubljani, elektronski naslov: urska.kramberger@gmail.com. Vsa navedena stališča so izključno osebna stališča avtorice in ne nujno tudi ustanove, v kateri je avtorica zaposlena.*

¹ Sklep o objavi besedila Ustanovne listine Organizacije združenih narodov in njenih sprememb, Uradni list RS, št. 2, MP št. 1, 6. januar 2014.

² Türk, 2020, str. 365.

³ Petrič, 2010, str. 400.

⁴ Weston, 2017, str. 4.

⁵ Prav tam.

se namreč podeljujejo na podlagi številnih meril, med drugim tudi zaradi dogovorov o medsebojni podpori.⁶

Mednarodna skupnost se je na različne očitke odzvala s sprejemom številnih mednarodnih standardov o neodvisnosti sodstva. Med drugim so bila sprejeta Osnovna načela OZN o neodvisnosti sodstva (1985), Univerzalna listina sodnika (1999), Bangalorska načela obnašanja sodnikov (2002) in ukrepi za njihovo implementacijo (2010), Burgh House načela ILA (2004) in Rodoška resolucija Inštituta za mednarodno pravo o položaju mednarodnega sodnika (2011).⁷

Začele so se pobude za oblikovanje mehanizmov za pregled nominacij kandidatov za sodnike in kot prvi tak mehanizem je bil vzpostavljen Posvetovalni odbor za nominacije sodnikov za Mednarodno kazensko sodišče,⁸ katerega naloga je podati strokovno mnenje o kvalifikacijah posameznih nominiranih kandidatov.

Države taka prizadevanja podpirajo, prepoznavaajo problematiko volitev ter imenovanj mednarodnih sodnikov in arbitrov, kljub temu pa na področju kodifikacije nacionalne izbire kandidatov in glede poteka mednarodnih volitev ni bilo večjih premikov.

Slovenija spada med pionirje na tem področju, saj se je na pomisleke mednarodne in domače skupnosti glede izbora kandidatov za mednarodna sodišča odzvala že zelo zgodaj. Leta 2001 je Državni zbor Republike Slovenije za področje izbire sodnikov in arbitrov mednarodnih sodišč sprejel poseben Zakon o predlaganju kandidatov iz Slovenije za sodnike mednarodnih sodišč (ZPKSMS),⁹ ki izbiro sodnikov in arbitrov še posebej strogo ureja.

V razpravi primerjam ureditev in pogoje za nominacije kandidatov mednarodnih sodnikov in arbitrov, kot so določeni v ZPKSMS, z ureditvijo in pogoji v statutih posameznih mednarodnih sodišč. Hkrati proučujem, ali in kako lahko omejitve v ZPKSMS vplivajo na izvolitev morebitnih kandidatov, ki bi jih želela predlagati Republika Slovenija. Ob tem so raziskane in predstavljene tudi priložnosti za nominiranje slovenskih kandidatov za Meddržavno sodišče (ICJ), Mednarodno kazensko sodišče (MKS) in Mednarodno sodišče za pomorsko mednarodno pravo (ITLOS) v naslednjih letih ter ocenjene možnosti za uspeh na posameznih volitvah.

2. Pregled Zakona o predlaganju kandidatov iz Slovenije za sodnike mednarodnih sodišč

ZPKSMS je kratek zakon, ki ga sestavlja le osem vsebinskih določb. Iz Poročevalca Državnega zbora RS izhaja, da je bil cilj zakona vzpostaviti učinkovit, trajen, ustrezen in preprost postopek predlaganja in izvolitve kandidatov za slovenske sodnike v medna-

⁶ Mackenzie, 2010, str. 101.

⁷ Poročilo Open Society (2017), str. 30.

⁸ Mackenzie, 2010, str. 2.

⁹ Uradni list RS, št. 64/01 do 82/04.

rodna sodišča.¹⁰ Namen zakona je skladen z resolucijami, priporočili in sprejetimi akti pravniških srečanj, mednarodnih organizacij ter drugih institucij in v mednarodni skupnosti pripoznan kot primer dobre prakse.¹¹

Zakon določa postopek predlaganja in izvolitve kandidatov za sodnice oziroma kandidatov za sodnike, ki v mednarodnih sodiščih sodelujejo kot predstavniki Republike Slovenije¹² na podlagi mednarodnih pogodb, ki obvezujejo Republiko Slovenijo, in se smiselno uporablja tudi za predlaganje in izvolitev sodnikov, ki jih Republika Slovenija neposredno voli v mednarodna sodišča.¹³ Zakon se, kadar ni določeno drugače, uporablja tudi za izvolitev ali imenovanje predstavnikov Republike Slovenije za člane mednarodne arbitraže.¹⁴ V okvir ZPKSMS torej spadajo imenovanja sodnikov mednarodnih sodišč in pravzaprav vseh mednarodnih pravosodnih teles ter celo morebitnih arbitrov mednarodnih arbitraž.¹⁵

Široka opredelitev področij, ki jih zakon pokriva, naj bi omogočila njegovo splošno uporabnost v vseh primerih predlaganja in volitev kandidatov za sodnike mednarodnih sodišč in arbitraž. Ob pripravi zakona je bilo predvideno, da se bo uporabljal tako v primerih, ko Slovenija sama izvoli in predlaga sodnika, kakor tudi za primere, ko gre le za predlaganje kandidatov za sodnika, saj naj bi univerzalna uporaba zakona omogočila njegovo uporabo tudi za take primere.

Skladno z ZPKSMS so za kandidate za sodnike mednarodnih sodišč lahko predlagane in izvoljene le tiste osebe, ki izpolnjujejo z zakonom določene pogoje, toda z dodatkom, da če pravila mednarodnega sodišča ali mednarodna pogodba, ki obvezuje Republiko Slovenijo, določajo posebne pogoje za izvolitev sodnika mednarodnega sodišča, je za kandidata za sodnika tega sodišča lahko predlagana in izvoljena oseba, ki izpolnjuje tudi te pogoje.¹⁶

Ta določba zagotavlja, da bodo izpolnjeni tudi kriteriji, ki jih za posamezno sodniško mesto določajo pravila mednarodnega sodišča ali ratificirane mednarodne pogodbe. Pogoji za sodnike posameznih mednarodnih sodišč in potrebne kvalifikacije kandidatov se med seboj namreč razlikujejo, o čemer več v nadaljevanju.

¹⁰ Poročevalec Državnega zbora RS št. 35, 9. maj 2009, str. 4.

¹¹ Glej na primer Mackenzie, 2010, str. 65.

¹² ZPKSMS dejansko govori o kandidatih kot predstavnikih Republike Slovenije, čeprav vsa sodišča zahtevajo, da so sodniki in arbitri popolnoma neodvisni in nepristranski. Glej na primer Pristavec-Tratar, 2002, ki je pojasnila, da je »omenjeno določbo potrebno brati v kontekstu in besedo 'predstavnik' pojmovati povsem objektivno. Sodnik bo neodvisen in samostojen, vendar pa bo 'redstavljal' našo državo kot članico v mednarodni integraciji. Toliko bolj in prav zato lahko pričakuje od 'slovenske diplomacije' ustrezno 'vzajemno podporo in druge tovrstne prijeme'«.

¹³ ZPKSMS, 1. člen.

¹⁴ Prav tam.

¹⁵ Tretji odstavek ločenega mnenja sodnice Mirjam Škrk k odločitvi Ustavnega sodišča RS U-I-120/04 z dne 1. junija 2004.

¹⁶ ZPKSMS, 2. člen.

Kot osnovo ZPKSMS določa, da mora posamezni kandidat za sodnika mednarodnega sodišča izpolnjevati pogoj za izvolitev na sodniško mesto vrhovnega sodnika po določbah zakona, ki ureja sodniško službo, ali izpolnjevati pogoje za izvolitev za sodnika ustavnega sodišča.¹⁷ Ob tem mora oseba izpolnjevati tudi pogoj aktivnega znanja jezika ali vsaj enega od jezikov, ki se pri mednarodnem sodišču uporabljajo kot uradni jezik.

Pogoji za izvolitev na sodniško mesto vrhovnega sodnika so določeni v Zakonu o sodniški službi (ZSS).¹⁸ Za sodnika je lahko izvoljen:

- državljan RS, ki aktivno obvlada slovenski jezik;
- je poslovno sposoben in ima splošno zdravstveno zmožnost;
- je dopolnil 30 let starosti;
- ima v Republiki Sloveniji pridobljen strokovni naslov univerzitetni diplomirani pravnik ali strokovna naslova diplomirani pravnik (UN) in magister prava oziroma je v tujini končal primerljivo izobraževanje s področja prava, ki se dokazuje s tujo listino o izobraževanju in priloženim mnenjem o izobraževanju ali z odločbo o priznavanju izobraževanja za namen zaposlitve ali z odločbo o nostrifikaciji;
- je opravil pravniški državni izpit;
- ni bil obsojen zaradi naklepnega kaznivega dejana in zoper njega ni bila vložena pravnomočna obtožnica ali na podlagi obtožnega predloga razpisana glavna obravnava zaradi naklepnega kaznivega dejanja, ki se preganja po uradni dolžnosti.¹⁹

Dodatno k temu so določeni pogoji za izvolitev za vrhovnega sodnika, in sicer je lahko izvoljen le tisti posameznik, ki je uspešno opravljal sodniško funkcijo v trajanju najmanj 15 let ali ima najmanj 20 let delovnih izkušenj na pravniških delih po opravljenem pravniškem državnem izpitu.²⁰ Za vrhovnega sodnika je lahko izvoljen tudi univerzitetni učitelj prava, ki je bil, ob izpolnjevanju pogojev za izvolitev v sodnika, izvoljen najmanj v naziv izrednega profesorja. Sodniku skladu s 74. členom preneha sodniška služba po zakonu z upokojitvijo, vendar najpozneje, ko dopolni 70 let starosti.

Kriteriji, kdaj lahko morebitni kandidati kandidirajo za sodnike mednarodnih sodišč, so v ZPKSMS v povezavi z ZSS določeni zelo strogo. Tako razumevanje bi močno omejilo možnost kandidatur priznanim strokovnjakom, ki imajo neprecenljive izkušnje na področjih mednarodnega prava, vendar ne izpolnjujejo nujno pogojev za izvolitev za vrhovnega sodnika. Zato je toliko pomembnejše, da je zakonodajalec z ZPKSMS dopustil možnost, da lahko za mednarodnega sodnika kandidirajo tudi osebe, ki izpolnjujejo pogoje za izvolitev za sodnika Ustavnega sodišča. Skladno z Zakonom o Ustavnem sodišču (ZUstS)²¹ je lahko za sodnico oziroma sodnika ustavnega sodišča izvoljen državljan RS, ki je pravni strokovnjak in je star najmanj 40 let.

¹⁷ ZPKSMS, 3. člen.

¹⁸ Uradni list RS, št. 94/07 do 36/19 – ZDT-1C.

¹⁹ ZSS, 8. člen.

²⁰ ZSS, 12. člen.

²¹ Uradni list RS, št. 64/07 do 92/21.

Vsi navedeni pogoji skupaj s pogojem znanja jezika so po navedbah predlagatelja zakona v Poročevalcu Državnega zbora RS zaokrožena celota, ki jo mora kandidat izpolnjevati kot sodnik mednarodnega sodišča.

Posebnost ZPKSMS je tudi postopek nominiranja kandidatov za sodnike mednarodnih sodišč. Gre za podrobno opredeljen postopek razpisa za mednarodne sodnike in prijavnice. Skladno z njim prosto sodniško mesto v mednarodnem sodišču razpiše ministrstvo, pristojno za pravosodje, v roku, ki ga določa javni poziv mednarodnega sodišča,²² in razpis objavi v Uradnem listu RS. Če se sodnika mednarodnega sodišča predlaga brez javnega poziva, se prosto sodniško mesto razpiše vsaj šest mesecev pred potekom mandata dosedanjega sodnika, v drugih primerih pa najpozneje v 15 dneh po nastopu razloga za razpis. Razpisni rok za prijave skladno s 5. členom ne sme biti krajši od petnajst dni.²³

Popolne prijave posreduje ministrstvo Predsedniku RS, ki se po pridobitvi mnenja Vlade RS in Sodnega sveta RS opredeli do prijavljenih kandidatur ter posreduje predloge za izvolitev Državnemu zboru RS, pri čemer lahko predlaga tudi več kandidatov, kot je potrebno po pravilih mednarodnega sodišča.²⁴ Kandidata za sodnika mednarodnega sodišča izvoli Državni zbor RS s tajnim glasovanjem in z večino glasov vseh poslancev.²⁵ Postopek velja tudi v primeru, ko pri mednarodnem sodišču nastopi potreba po izvolitvi nadomestnega ali dodatnega sodnika.²⁶

3. Volitve mednarodnih sodnikov in pogoji za sodnike, kot jih predpisujejo posamezna mednarodna sodišča

Postopek izbire kandidatov za mednarodne sodnike v Sloveniji je torej dolgotrajen in dokaj rigorozen. Po drugi strani pa volitve v mednarodnem okolju omejitve nimajo. Če kandidati izpolnjujejo vse pogoje, predpisane s statutom ali mednarodno pogodbo, lahko na volitvah sodelujejo. Pri tem je presoja o tem, koliko jih izpolnjujejo, v rokah držav, ki jih nominirajo.

Tudi odločitev o tem, komu bo država namenila svoj glas, je v nacionalni pristojnosti posamezne države, vendar se odločitev redko sprejme izključno na podlagi kvalifikacij kandidata. Na mednarodni ravni se glasovi posameznim kandidatom pogosto podeljujejo na podlagi kriterijev, kot so pomembnost države, iz katere prihaja kandidat, politična povezanost s to državo, stališča kandidatove države do pomembnih političnih vprašanj²⁷ (na primer vprašanje neodvisnosti Palestine), lobiranje in aktivnosti posamezne države,

²² ZPKSMS, 4. člen.

²³ ZPKSMS, 5. člen.

²⁴ ZPKSMS, 6. člen.

²⁵ ZPKSMS, 7. člen.

²⁶ ZPKSMS, 8. člen.

²⁷ Kramberger Mendek, 2016, str. 306.

število kandidatov, osebna poznanstva in stiki kandidata ter delegacije njegove države z delegati, ki glasujejo, navsezadnje pa gre tudi za obljube o medsebojni podpori, pri čemer se državi dogovorita, da bosta vzajemno podprli kandidaturi oziroma kandidata v isto ali drugo telo (tako imenovane vezane ali vzajemne podpore).

Pred izvolitvijo kandidata država, ki ga je nominirala, vodi kampanjo za izvolitev, v kateri kandidata predstavi, organizira dogodke²⁸ in opravlja pogovore s predstavniki drugih držav. Gre za dolgotrajne in včasih tudi drage postopke.²⁹ Na splošno lahko rečemo, da je na mednarodni ravni pri volitvah v mednarodna telesa, vključno z mednarodnimi sodniki in arbitri, dovoljeno in pričakovano odkrito lobiranje, ki na nacionalni ravni ne bi bilo nujno dovoljeno.

Vsako mednarodno sodišče izrecno predvideva svojo sestavo in potek izbire sodnikov ter tudi minimalne pogoje, ki jih morajo sodniki izpolnjevati. Glede na povečano število mednarodnih sodišč ne preseneča, da so mednarodnopravni postopki in zahteve za imenovanje oziroma kandidiranje sodnikov različni.³⁰ Različna sodišča so namreč ustanovili različni organi z različnimi pravnimi akti.³¹ Proces izbire sodnikov mednarodnih sodišč je običajno sestavljen iz dveh različnih faz: nominacije kandidatov s strani držav in izvolitev sodnikov s strani medvladnega organa izmed vseh nominiranih kandidatov.³²

Če pogledamo pogoje po posameznih sodiščih, vidimo, da se medsebojno nekoliko razlikujejo.

3.1. Meddržavno sodišče

Volitve sodnikov Meddržavnega sodišča veljajo med državami članicami OZN za zelo prestižne.³³ Statut Meddržavnega sodišča opredeljuje, da sodišče sestavljajo neodvisni sodniki, izvoljeni ne glede na narodno pripadnost izmed oseb z velikim moralnim ugledom, ki so ustrezno usposobljene za imenovanje na najvišje sodniške položaje v svojih državah ali so priznani strokovnjaki za mednarodno pravo.³⁴ Sestavlja ga petnajst sodnikov, med katerimi ne sme biti dveh državljanov iste države.³⁵

²⁸ Kako pomembna je kandidatura za posamezno državo, se pokaže tudi v aktivnostih, ki jih vodi skozi kampanjo – na primer filipinska igralka Heart Evangelista je pomagala pri lobiranju za kandidaturo Miriam Defensor Santiago za sodnico MKS: <<http://www.philstar.com/sunday-life/2012/06/03/812978/heart-evangelista-on-dating-chiz-escudero>> (dostop 2. 7. 2022).

²⁹ Mackenzie, 2010, str. 111.

³⁰ Drenik, 2015b, str. 17.

³¹ Na primer Meddržavno sodišče je bilo ustanovljeno s Statutom, ki je del Ustanovne listine OZN, Mednarodno kazensko sodišče za nekdanjo Jugoslavijo in Mednarodno kazensko sodišče za Ruando pa sta bili ustanovljeni z resolucijo Varnostnega sveta Združenih narodov. Mednarodno kazensko sodišče je bilo ustanovljeno z mednarodno pogodbo.

³² Mackenzie, 2010, str., 2.

³³ Weston, 2017, str. 8.

³⁴ Statut Meddržavnega sodišča, 2. člen.

³⁵ Statut Meddržavnega sodišča, 3. člen.

Posebnih dodatnih pogojev statut sicer ne določa, se pa iz določb razume, da mora kandidat za sodnika govoriti angleško ali francosko, ki sta uradna jezika sodišča.

Postopek volitev je zasnovan tako, da naj bi se kar najbolj izključil vpliv nacionalnih sistemov, hkrati pa upoštevalo pravne in politične elemente, ki opredeljujejo OZN.³⁶ Ne glede na to so okoliščine, ki urejajo imenovanje sodnikov in mehanizem nominiranja kandidatov ter volitev, politične.³⁷

Postopek izvolitve sodnikov opredeljuje Statut Meddržavnega sodišča, ki v 4. členu določa, da člane sodišča izvolita Generalna skupščina in Varnostni svet Združenih narodov s seznama oseb, ki jih predlagajo nacionalne skupine pri Stalnem arbitražnem sodišču.

Nacionalno skupino posamezne države sestavljajo največ štirje člani, ki jih država članica Stalnega arbitražnega sodišča imenuje.³⁸ Člane nacionalnih skupin vseh držav lahko države imenujejo za svoje arbitre v sporih, ki se obravnavajo pod okriljem Stalnega arbitražnega sodišča, nacionalne skupine pa imajo skladno s Statutom Meddržavnega sodišča izključno pravico, da nominirajo kandidate za sodnike Meddržavnega sodišča.³⁹ Skupine lahko nominirajo kandidate iz drugih držav, sistem pa naj bi zagotavljal, da so nominirane neodvisne osebe.⁴⁰ Sistem volitev temelji na načrtu Root-Phillimore, ki je bil izdelan leta 1920⁴¹ za potrebe volitev sodnikov Stalnega meddržavnega sodišča, ki je delovalo med letoma 1922 in 1946. Z načrtom naj bi se zmanjšali učinki političnih kupcij.⁴² Skladno z njim nacionalna skupina pri Stalnem arbitražnem sodišču pripravi seznam oseb za izvolitev na zahtevo generalnega sekretarja OZN, ta pa nato pripravi seznam kandidatov, ki jih sočasno, vendar neodvisno drug od drugega izvolita Generalna skupščina in Varnostni svet OZN.

3.2. Mednarodno kazensko sodišče

Rimski statut Mednarodnega kazenskega sodišča⁴³ določa, da sodišče sestavlja 18 sodnikov,⁴⁴ pri čemer na sodišču ne sme biti več kot en sodnik državljan iste države. Izvoljeni so za devet let ter ne morejo biti ponovno izvoljeni. Sodniki se izberejo izmed oseb vi-

³⁶ Türk, 2015, str. 379.

³⁷ Brownlie, 2008, str. 709.

³⁸ Jorritsma, 2017, str. 2.

³⁹ Prav tam.

⁴⁰ Brownlie, 2008, str. 709.

⁴¹ Prav tam, str. 710.

⁴² Zimmermann, 2006, str. 98.

⁴³ Uradni list RS, št. 101/01 – MP, št. 29/01, 13. december 2001.

⁴⁴ Število sodnikov Mednarodnega kazenskega sodišča določa prvi odstavek 36. člena njegovega Statuta.

sokega moralnega ugleda, nepristranskosti in neoporečnosti in ki imajo usposobljenost, zahtevano v njihovi državi za imenovanje na najvišje sodniške funkcije.⁴⁵

Statut Mednarodnega kazenskega sodišča že predvideva potrebo po nekoliko večji kodifikaciji pogojev za sodnike. To je potrebno tudi z vidika izogibanja morebitnim očitkom o politizaciji sodišča, saj je sodišče pristojno za sojenje najhujšim hudodelcem, med njimi tudi na ravni najvišjih predstavnikov držav.

Usposobljenost kandidatov je zato v Statutu še dodatno opredeljena. Vsak kandidat za izvolitev v sodišče mora biti strokovno uveljavljen na področju kazenskega materialnega in procesnega prava in imeti potrebne ustrezne izkušnje s kazenskimi postopki kot sodnik, tožilec, odvetnik ali na drugem podobnem položaju (ta lahko kandidira na seznamu A); ali strokovno uveljavljen na ustreznih področjih mednarodnega prava, kot sta mednarodno humanitarno pravo in pravo človekovih pravic, in imeti obsežne poklicne izkušnje na pravnem področju, ki se nanašajo na sodno delo sodišča (ta lahko kandidira na seznamu B). Določen je tudi pogoj, da mora vsak kandidat za izvolitev v MKS odlično znati in tekoče govoriti vsaj enega od delovnih jezikov sodišča, tj. angleško in francosko.⁴⁶

Skladno s Statutom lahko vsaka država pogodbenica kandidate za sodnika nominira po postopku za imenovanje kandidatov za najvišje sodne funkcije v tej državi ali po postopku za imenovanje kandidatov za Meddržavno sodišče. To po eni strani pomeni, da je država pri izbiri kandidata avtonomna, hkrati pa kaže na to, da ni predpisanega poenotenega postopka izbire kandidatov za sodnike Mednarodnega kazenskega sodišča.

Natančno število sodnikov po posameznih kategorijah (listi A in B, geografska porazdeljenost, spol) ni predpisano, namesto tega pa so določeni minimalni kriteriji za volitve. Slednje pomeni, da morata biti na sodišču vedno najmanj dva sodnika iz vsake regionalne skupine, ne sme biti manj kot šest sodnikov vsakega spola, biti mora vsaj devet sodnikov iz liste A in vsaj pet iz liste B.⁴⁷

Statut MKS je prvi predvidel možnost ustanovitve svetovalnega odbora za imenovanja, ki bi pred volitvami pregledal vse nominirane kandidate in se o njih izrekel.⁴⁸ Na podlagi tega in kot je bilo omenjeno v uvodu, je bil leta 2012 ustanovljen Posvetovalni odbor za nominacije sodnikov za Mednarodno kazensko sodišče.⁴⁹

Skladno s poslovnikom⁵⁰ Posvetovalni odbor sestavlja devet članov iz držav pogodbenic Rimskega statuta, ki so na predlog biroja Skupščine držav pogodbenic s soglasjem potrjeni na Skupščini držav pogodbenic. Člani Posvetovalnega odbora so ugledne osebe z velikim moralnim ugledom in izkušnjami na področju kazenskega ali mednarodnega

⁴⁵ Statuta, 36. člen.

⁴⁶ Prav tam.

⁴⁷ Resolucija ICC-ASP/3/Res.6, 10. september 2004.

⁴⁸ Kramberger Mendek, 2016, str. 308.

⁴⁹ Resolucija ICC-ASP/10/Res.5, 21. december 2011.

⁵⁰ Dokument ICC-ASP/10/36, 30. november 2011.

prava. Njihov mandat traja tri leta. Predstavljajo glavne pravne sisteme, pravično geografsko zastopanost in zastopanost med spoloma ter delujejo v lastnem svojstvu. Posvetovalni odbor mora kandidate oceniti na podlagi kriterijev iz 36. člena Statuta Mednarodnega kazenskega sodišča in ob tem upoštevati geografsko uravnoteženost in uravnoteženost med spoloma. Član Posvetovalnega odbora je bil dva mandata od začetka njegovega delovanja (od novembra 2012 do novembra 2018) tudi prof. dr. Ernest Petrič.

3.3. Mednarodno kazensko sodišče za nekdanjo Jugoslavijo

Za primerjavo je treba pogledati tudi sestavo sodnikov Mednarodnega kazenskega sodišča za nekdanjo Jugoslavijo. Sestavljeno je bilo iz največ 16 stalnih neodvisnih sodnikov, ki so morali biti državljani različnih držav.⁵¹ Vsakega od treh obravnavnih senatov so sestavljali največ trije stalni sodniki in šest *ad litem* sodnikov, pritožbeni senat pa je bil sestavljen iz sedmih stalnih sodnikov.⁵²

Določene sodniške kvalifikacije, ko so veljale za kandidate za stalne in *ad litem* sodnike, so predvidevale, da so sodniki osebe z visokim moralnim značajem, ki so bile neodvisne in imajo visoko stopnjo integritete ter izpolnjujejo kvalifikacije za najvišje sodniške funkcije v svojih državah.⁵³ Pri sestavi senatov je bilo treba upoštevati izkušnje sodnikov na področju kazenskega in mednarodnega prava, vključno z mednarodnim humanitarnim pravom in pravom človekovih pravic.⁵⁴ Regionalna razporeditev mest za sodnike ni bila predvidena.

3.4. Mednarodno sodišče za pomorsko mednarodno pravo

Mednarodno sodišče za pomorsko mednarodno pravo s sedežem v Hamburgu je bilo ustanovljeno na podlagi Konvencije o pomorskem mednarodnem pravu (UNCLOS)⁵⁵ in je pristojno za vse spore in vse vloge, ki so mu predložene v skladu z UNCLOS, ter za vse posebej določene zahteve, predvidene v kateremkoli sporazumu, ki določa njegovo pristojnost.⁵⁶

⁵¹ Statut Mednarodnega kazenskega sodišča za nekdanjo Jugoslavijo, resolucije Varnostnega sveta Združenih narodov 827 (1993), 1166 (1998), 1329 (2000), 1411 (2002), 1431 (2002), 1481 (2003), 1597 (2005), 1660 (2006), 1837 (2008) in 1877 (2009). Prvi odstavek 12. člen dopoljnega Statuta.

⁵² Drugi odstavek 12. člena dopoljenega Statuta MKSJ.

⁵³ Statut MKSJ, 13. člen.

⁵⁴ Dopoljnjeni Statuta MKSJ, 13. člen.

⁵⁵ Slovenija je Konvencijo nasledila z Aktom o nasledstvu Konvencije Združenih narodov o pomorskem mednarodnem pravu (Uradni list RS, št. 22/94, št. 79 – MP), 21. december 1994. Slovenski prevod konvencije je objavljen tudi v Uradnem listu Evropske unije, št. L 179/3, z dne 23. junija 1998.

⁵⁶ Škrk, 2016, str. 97.

Statut Mednarodnega sodišča za pomorsko mednarodno pravo⁵⁷ določa, da sodišče sestavlja 21 neodvisnih sodnikov, ki so izvoljeni izmed oseb z visokim moralnim ugledom zaradi svoje poštenosti in integritete ter priznane strokovnosti na področju prava morja, pri čemer se na sodišču kot celoti zagotovita zastopanost glavnih pravnih sistemov sveta ter pravična regionalna razporeditev.

Kot pri preostalih sodiščih tudi na Mednarodnem sodišču za pomorsko mednarodno pravo ne moreta biti dva sodnika državljana iste države.⁵⁸ Statut določa, da morajo sodišče sestavljati najmanj trije sodniki iz vsake regionalne skupine, ki so določene v Generalni skupščini OZN. Leta 2009 je bil na zasedanju pogodbenic UNCLOS sprejet dogovor,⁵⁹ po katerem sodišče sestavlja pet sodnikov iz afriške regionalne skupine, pet sodnikov iz azijsko-pacifiške skupine, trije sodniki iz vzhodnoevropske skupine, štiri sodniki iz skupine držav iz Latinske Amerike in Karibov in trije sodniki iz skupine zahodnoevropskih in drugih držav. Sodnik za preostalo sodniško mesto je izvoljen, v praksi izmenično, izmed afriške skupine, azijske skupine ter skupine zahodnoevropskih in drugih držav.

4. Prednosti in slabosti ZPKSMS

Vsem zgoraj navedenim sodiščem je skupno, da sodnike izvolijo države na tajnih volitvah v pristojnem organu. Vsaka država ima pri tem en glas. Kot bomo videli v nadaljevanju, pa se države o tem, komu bodo namenile svoj glas, odločajo individualno in ne nujno izključno glede na predvidene kriterije.

Če primerjamo omenjena sodišča z ureditvijo v ZPKSMS, vidimo, da vsa sodišča dopuščajo možnost, da so izvoljeni strokovnjaki, ki pa ne izpolnjujejo nujno tudi vseh pogojev za izvolitev v najvišje sodne funkcije. Za izvolitev na listo B v MKS načeloma ni treba niti da ima kandidat pravno izobrazbo, pri čemer so nekateri avtorji navajali primer sodnice Saiga iz Japonske, ki po osnovni izobrazbi ni bila pravnica.⁶⁰

ZPKSMS pa dodatno k pogojem iz mednarodnih pogodb, ki obvezujejo Slovenijo, in dodatno k pravilom mednarodnih sodišč predpisuje, da mora kandidat za sodnika mednarodnega sodišča izpolnjevati pogoje za izvolitev na sodniško mesto vrhovnega sodnika ali pogoje za izvolitev za sodnika Ustavnega sodišča. S tem naj bi bilo omogočeno, da država predlaga kvalificirane in verodostojne kandidate, ki so strokovnjaki na svojem področju in bo njihovo delovanje v sporu kar najbolj produktivno. Vendar to po drugi strani pomeni dolgotrajen postopek izbire kandidata. Tako je denimo v primeru kandidature slovenskega kandidata za sodnika Mednarodnega sodišča za pomorsko med-

⁵⁷ Konvencija Združenih narodov o pomorskem mednarodnem pravu, Akt o nasledstvu, Uradni list RS št. 79 – MP, št. 22/94, 21. december 1994. Priloga VI – Statut ITLOS.

⁵⁸ Statut Mednarodnega sodišča za pomorsko mednarodno pravo, 3. člen.

⁵⁹ Dokument SPLOS/201, 26. junij 2009.

⁶⁰ Več o tem: Hirad idr., 2013, str. 379–398.

narodno pravo postopek izbire kandidata trajal štiri mesece⁶¹ od razpisa sodišča pa do nacionalne potrditve kandidature.

Če predpostavimo, da tak transparentni nacionalni postopek imenovanja kandidatov dejansko pripomore k temu, da so izbrani najboljši, neodvisni in nepristranski kandidati, se pojavi vprašanje, kako je z zagotavljanjem teh lastnosti pri tistih kandidatih, kadar mednarodna pogodba določa drugačen način izbire kandidatov za arbitre ali mednarodne sodnike. Kot primer je treba pogledati razpis za oddajo kandidatur za imenovanje na seznam arbitrov in na seznam posrednikov pri Mednarodnem centru za reševanje investicijskih sporov (ICSID).

Slednji zagotavlja enega od mehanizmov za reševanje investicijskih sporov, ki deluje pod okriljem Svetovne banke,⁶² njegov namen pa je, da se pospešuje investicije tudi z omogočanjem učinkovitega mehanizma za reševanje sporov med tujimi investitorji in državami gostiteljicami investicij.⁶³

Konvencija o reševanju investicijskih sporov med državami in državljani drugih držav iz leta 1965⁶⁴ določa, da morajo vsak panel sestavljati kvalificirane osebe z visokim moralnim značajem, ki morajo biti državljani različnih držav.⁶⁵ Imeti morajo priznane kompetence na področju prava, trgovine, industrije ali financ ter jim je mogoče zaupati, da bodo izrekale neodvisne sodbe.⁶⁶ Kompetence na področju prava so posebej pomembne v primerih oseb, ki so v panelu arbitrov.

Zanimivo je, da postopek za člane arbitrov ICSID iz Slovenije na svojih spletnih straneh objavi Ministrstvo za finance,⁶⁷ s čimer postopek ne sledi ZPKSMS, čeprav se ZPKSMS skladno s tretjim odstavkom 1. člena uporablja tudi za člane mednarodne arbitraže iz Republike Slovenije. Še več, razpis za arbitre ICSID predvideva, da mora imeti kandidat za seznam arbitrov »10 let izkušenj na pravniških delih, ki vključujejo tudi izkušnje z mednarodnimi investicijami po opravljenem pravniškem državnem izpitu, ali da ima pridobljen znanstveni naziv doktor pravnih znanosti«. Takih pogojev ne postavlja niti Konvencija ICSID niti ZPKSMS.

Ob tem je treba poudariti, da praksa imenovanja arbitrov v Sloveniji ni dosledna. Tako je bil denimo razpis za arbitra za slovenskega člana Arbitražnega sodišča med

⁶¹ Pavliha, 2002b, str. 4.

⁶² Konvencijo, ki je začela veljati 14. oktobra 1966, je doslej ratificiralo 157 pogodbenic, <<https://icsid.worldbank.org/resources/rules-and-regulations/convention/overview>> (dostop 26. 5. 2022).

⁶³ Türk, 2015, str. 291.

⁶⁴ Uradni list SFRJ, MB, št. 7/67.

⁶⁵ Konvencija ICSID, 13. in 14. člen.

⁶⁶ Konvencija ICSID, 14. člen.

⁶⁷ Javni poziv zainteresiranim kandidatom, <https://www.gov.si/assets/ministrstva/MF/Generalni-sekretariat/DOKUMENTI/Delovna-mesta/VLASTA/Javni_poziv_ICSID_2021_P.pdf> (dostop 8. 6. 2022).

Slovenijo in Hrvaško objavljen 15. julija 2011 v Uradnem listu RS, skladno s postopkom po ZMKSMS.

Če so torej kandidati za sodnike in arbitre izbrani po ZKSMS ali (kot v primeru ICSID) ne, je možno domnevati, da Slovenija za kandidate predlaga tiste, ki najbolj izpolnjujejo vse predpisane pogoje in so s tem torej oboji enako neodvisni in nepristranski. Posledično se postavi vprašanje, ali je zakonsko predpisan dolgotrajen postopek v posameznih primerih sploh smotrno in koliko vpliva na neodvisnost in nepristranskost.

To pa ni edini pomislek glede ZPKSMS. V pritrilnem ločenem mnenju sodnice dr. Škrk, ki se mu je pridružila sodnica dr. Wedam Lukić, k sklepu Ustavnega sodišča U-I-37/04 z dne 15. aprila 2004 je navedeno, da ZPKSMS odpira ustavnopravni problem v primeru, ko se merila za kandidate za mednarodne sodnike po slovenskem pravnem redu ne pokrivajo z merili oziroma pogoji, ki jih za mednarodna sodniška mesta določajo mednarodne pogodbe.⁶⁸

V praksi se je pokazalo, da je ZPKSMS preveč tog in ne upošteva vseh vidikov izbora mednarodnih sodnikov oziroma arbitrov. V ločenem mnenju ustavne sodnice dr. Škrk je zapisano, da je široko postavljen domet ZPKSMS preobširen in celo problematičen z vidika učinkovitega oziroma uspešnega kandidiranja strokovno priznanih in mednarodno uveljavljenih kandidatov iz Slovenije.⁶⁹

Prav zato lahko ocenimo, da v primerih, ko Slovenija nima že z ustanovnim aktom sodišča zagotovljenega mesta sodnika, zakon ne koristi kandidaturam iz Slovenije. Slovenija in slovenski kandidati v teh kandidaturah namreč praviloma niso uspešni,⁷⁰ saj »zrele« države lobiranje za svojega kandidata začnejo že približno dve leti pred volitvami,⁷¹ Slovenija pa postopek izbire šele začenja.

Ob dolžini postopka, ki ga predpisuje zakon, je problematičen tudi postopek izbire kandidata. ZPKSMS predpisuje, da se do kandidatur opredeli Predsednik RS po pridobitvi mnenja Vlade RS in Sodnega sveta RS, ter posreduje predloge potrebnega števila kandidatov za izvolitev Državnemu zboru RS.⁷² V izbiro kandidatov bi bilo smiselno vključiti tudi strokovno javnost, morda v obliki gremija uglednih slovenskih mednarodnih pravnikov. To bi bila precej boljša popotnica za zagotavljanje najboljših kadrov za mednarodna sodišča in arbitraže.

Problematična se zdi predvsem uporaba ZPKSMS glede imenovanja kandidatov za sodnike Meddržavnega sodišča, kjer ima glavno vlogo nacionalna skupina pri Stalnem arbitražnem sodišču. Skupina kandidate imenuje neodvisno in pri tem ni vezana na od-

⁶⁸ Odločba Ustavnega sodišča RS U-I-37/04 z dne 15. aprila 2004, točka 9.

⁶⁹ Ločeno mnenje ustavne sodnice Mirjam Škrk k odločbi Ustavnega sodišča RS U-I-120/04 z dne 1. junija 2004, točka 3.

⁷⁰ Drenik, 2015a, str. 10.

⁷¹ Zagorac, 2002, str. 25.

⁷² ZPKSMS, 6. člen.

ločitve Vlade ali Državnega zbora RS, saj jo vodita Ustanovna listina OZN in Statut Meddržavnega sodišča. Slednji sta kot ratificirani, objavljeni in veljavni mednarodni pogodbi v pravni hierarhiji nad ZPKSMS.

Nacionalna skupina lahko kot kandidate za sodnike nominira do štiri kandidate, od katerih sta lahko le dva iz njene države. To pomeni, da lahko skupina nominira tudi kandidate, ki so državljani tujih držav in za katere ni nujno, da izpolnjujejo pogoje po ZPKSMS. V tem primeru bi lahko šlo za diskriminacijo, saj bi kandidati teoretično lahko izpolnjevali različne pogoje.

Postavi se tudi vprašanje, kaj je v primeru, ko nacionalna skupina predlaga kandidata iz Slovenije, ki ni bil izbran po ZPKSMS. Država bi se seveda lahko distancirala od kandidata in o tem obvestila preostale države, toda politično in diplomatsko bi bilo tako ravnanje zelo nenavadno in nerodno.

Glede na to, da je skupina samostojna in neodvisna, bi lahko sprejela tudi odločitev, da ne nominira kandidata, izbranega skladno s ZPKSMS, saj bi presodili, da morebiti ni ustrezen.

Dileme se lahko pojavljajo tudi pri arbitražah. Če bi Slovenija za arbitra želela imenovati tujega strokovnjaka, bi se srečala z omejitvami zakona, ki strogo opredeljuje postopek in kriterije, ki jih mora arbiter izpolnjevati. Inovativna rešitev, ki je bila uporabljena v primeru arbitraže med Slovenijo in Hrvaško, ko je Odbor Državnega zbora za zunanjo politiko s sprejetjem posebnega sklepa Vladi RS omogočil, da je lahko imenovala arbitra sama v roku 15 dni, je bila zelo dobra, vendar je hkrati tudi enkratna in zelo nepraktična, da bi jo uporabili vedno, kadar bi presodili, da bi bilo imenovanje tujega arbitra za Slovenijo dobrodošlo.

Vsa omenjena vprašanja kažejo na to, da bi bilo treba ZPKSMS spremeniti, jasneje določiti obseg njegove uporabe in smiselno dopolniti postopek, s čimer bi zagotovili ustrezno jasnost in transparentnost, saj je tako izvoljenim kandidatom odmerjena visoka legitimnost.⁷³ To bi lahko pripomoglo tudi k temu, da bi bili za sodnike oziroma arbitre izvoljeni najboljši kandidati, ki bi pri svojem delu v mednarodnih forumih delovali kar najbolj neodvisno in nepristransko.

5. Možnosti za kandidate slovenskih kandidatov

Ker se v naslednjih letih izprazni nekaj mest na posameznih mednarodnih sodiščih, bi Slovenija kot država, ki vladavini prava, mednarodnemu pravu in mednarodnemu pravnemu redu pripisuje velik pomen, morala premisliti o možnostih za najavo svojega kandidata za katero od sodišč. Kljub ZPKSMS ali pa prav zaradi njega in ob zavedanju, da je za kampanje in nabiranje glasov potrebno dovolj časa, bi bilo treba postopek začeti čim prej.

⁷³ Skubic, 2014, str. 8.

Države svoje postopke in kampanje začnejo že veliko pred uradnim nominacijskim postopkom. Budno spremljajo, kdaj se kandidatom v posameznih telesih izteče mandat, in že zelo hitro, tudi nekaj let, preden se mesta dejansko sprostijo, napovedo, da nameravajo kandidirati. Organizacija Islamskega sodelovanja je na primer že oktobra 2016 podprla kandidato dr. Salaama iz Libanona za sodnika Meddržavnega sodišča na volitvah novembra 2017,⁷⁴ generalni sekretar OZN pa je nacionalne skupine pri Stalnem arbitražnem sodišču o prostih mestih in odprtem nominacijskem obdobju obvestil šele 1. februarja 2017.⁷⁵ Japonska je že 22. februarja 2019 objavila, da bo podprla kandidato sodnika Meddržavnega sodišča Iwasawe za vnovično izvolitev na volitvah, ki so potekale jeseni 2020.⁷⁶ Večje kandidature, kot je na primer kandidatura za nestalno članico Varnostnega sveta OZN, države napovedo tudi že deset ali petnajst let vnaprej.⁷⁷

Če bi Slovenija začela resno razmišljati o potencialni kandidaturi za sodnika, je treba najprej preveriti, kdaj se sprostijo prosta mesta, na katera bi lahko kandidirala.

Februarja 2024 poteče mandat petim sodnikom Meddržavnega sodišča. Med njimi sodniku Kirillu Gevorgianu iz Rusije, ki je član vzhodnoevropske skupine v OZN. Čeprav formalne geografske razdelitve mest sodnikov Meddržavnega sodišča ni, lahko pričakujemo, da bo to mesto zasedel predstavnik vzhodnoevropske skupine, saj se je v praksi iz Statuta Meddržavnega sodišča izkristalizirala predstava o regijah, iz katerih se volijo sodniki.⁷⁸ Pričakovati je tudi, da bo Rusija napovedala svojega kandidata za sodnika. Glede na to, da se je razvila praksa, da imajo stalne članice Varnostnega sveta ZN skoraj vedno tudi svojega sodnika,⁷⁹ bi bila taka kandidatura zelo težka.

Praksa, da so v Meddržavnem sodišču vedno prisotni sodniki iz stalnih članic Varnostnega sveta ZN je bila doslej prekinjena le dvakrat. Med leti 1967 in 1985 svojega sodnika zaradi posebne politične situacije ni imela Kitajska.⁸⁰ Na volitvah leta 2017 pa v Meddržavno sodišče prvič ni bil izvoljen kandidat Velike Britanije Sir Christopher Greenwood, ki je v Varnostnem svetu ZN sicer prejel večino glasov, vendar pa je v Generalni skupščini ZN vodil kandidat Indije Dalveer Bhandari. Po več neuspešnih krogih glasovanja se je kandidat Velike Britanije umaknil.⁸¹ S tem umikom se je prvič v 71

⁷⁴ Resolucija št. 7/43-ORG glede kandidatur držav članic OIC za mesta v mednarodnih organizacijah, 43. zasedanje Sveta zunanjih ministrov Organizacije za islamsko sodelovanje, Taškent, Uzbekistan, 18. in 19. oktober 2016, <https://www.oic-oci.org/page/?p_id=178&p_ref=59&clan=en> (dostop 7. 7. 2022).

⁷⁵ Dokument GS OZN A/72/182-S/2017/620, 20. julij 2017.

⁷⁶ <https://www.mofa.go.jp/press/release/press4e_002346.html> (dostop 7. 7. 2020).

⁷⁷ Fasulo, 2015, str. 105.

⁷⁸ Türk, 2015, str. 379.

⁷⁹ Fishler idr., 2001, str. 854.

⁸⁰ Akande, 2017.

⁸¹ Izjava za javnost GS OZN GA/11978 z dne 20. november 2017, <<https://www.un.org/press/en/2017/ga11978.doc.htm>> (dostop 7. 7. 2022).

letih zgodilo, da med sodniki Meddržavnega sodišča ni bilo sodnika iz Velike Britanije, njihova nacionalna skupina pri Stalnem arbitražnem sodišču na volitvah leta 2020 pa ni nominirala britanskega kandidata.

Po drugi strani je trenutna geopolitična situacija zaradi ruske agresije v Ukrajini zelo nepredvidljiva, kar bi ob nespremenjeni situaciji sicer morda lahko šlo v korist potencialnemu kandidatu iz katere druge države vzhodnoevropske skupine. Vendar bi bila taka odločitev za uspeh morebitne slovenske kandidature zelo tvegana. Kampanja proti tako veliki državi, eni od stalnih članic Varnostnega sveta ZN, ki ima predstavništva v več kot 140 državah po svetu in s tem izjemen potencial za neposredno lobiranje v prestolnicah, bi bila zelo težka. Hkrati je treba upoštevati, da je Slovenija že napovedala kandidaturo za nestalno članico Varnostnega sveta ZN na volitvah, ki bodo potekale v letu 2023, le nekaj mesecev pred volitvami sodnikov Meddržavnega sodišča.

Bolj smotrni bi bil premislek o napovedi kandidature za leto 2030, ko poteče že tretji zaporedni mandat sodniku Tomki iz Slovaške. Poudariti je treba, da je sodnik Tomka zelo močan kandidat, ki je bil tudi predsednik Meddržavnega sodišča, kar ga nedvomno postavlja v prednost pred drugimi. Vendar izkušnje kažejo, da države niso naklonjene nenehnemu podaljševanju mandatov, kar bi bila za morebitnega protikandidata prednost. Zato bi bilo treba nacionalno skupino pri Stalnem arbitražnem sodišču spodbuditi, da začne kandidata iskati dovolj zgodaj, da bi se lahko postopek po ZPKSMS končal najpozneje leto in pol pred volitvami. Pričakovati je, da bo prav zaradi zgoraj navedenih razlogov na volitvah leta 2030 več kandidatov iz vzhodnoevropske skupine.

Na Mednarodnem kazenskem sodišču leta 2024 mandat končata dva sodnika iz vzhodnoevropske skupine, iz Poljske in Madžarske. Volitve bodo dobra priložnost za kandidate iz te skupine, saj morata biti, glede na minimalne volilne zahteve, na sodišču vsaj dva sodnika iz držav, ki pripadajo vzhodnoevropski skupini. Na sodišču ostaja sodnik iz Gruzije, kar pomeni, da bodo države na volitvah morale enega od svojih glasov nujno nameniti kandidatu iz vzhodnoevropske skupine.

Vseh šest sodnikov, ki jim poteče mandat leta 2024, so moškega spola. Na sodišču bo ostalo devet žensk in trije moški. Ker na njem ne sme biti manj kot šest predstavnikov vsakega spola, je mogoče upravičeno pričakovati, da bo treba na volitvah glasovati za tri moške sodnike. Trije sodniki, ki jim poteče mandat, so bili izvoljeni na listi A, trije pa na listi B. Minimalna volilna zahteva je, da je na sodišču vsaj devet kandidatov iz liste A in vsaj pet iz liste B, kar pomeni, da bodo morale države glasovati za vsaj enega kandidata iz liste A in vsaj enega kandidata iz liste B.

Glede na to in ob upoštevanju minimalnih volilnih zahtev, da bo treba predvidoma nujno glasovati za tri moške kandidate ter izključno z vidika potencialno največjih možnosti za uspeh na volitvah, menim, da bi bilo tokrat bolj smiselno napovedati kandidaturo kandidata moškega spola. Pri tem na tokratnih volitvah ne bo bistvene razlike, ali bo šlo za kandidata iz liste A ali B. Kandidaturo bi bilo treba napovedati čim prej, zato

je nujno nemudoma izbrati kandidata med prijavljenimi na razpis za eno mesto kandidata za sodnika na Mednarodnem kazenskem sodišču, ki je bil objavljen 8. julija 2022 v Uradnem listu Republike Slovenije.

Na Mednarodnem sodišču za pomorsko mednarodno pravo ima vzhodnoevropska skupina tri mesta sodnikov, vsake tri leta poteče mandata enemu. To pomeni, da lahko države iz vzhodnoevropske skupine kandidaturu napovejo na vsakih volitvah. Leta 2023 poteče mandat sodniku iz Poljske, leta 2026 sodniku iz Rusije in leta 2029 sodniku iz Gruzije.

Morebitna kandidatura slovenskega kandidata za sodnika bi bila smiselna na volitvah v letu 2023, ko poteče mandat sodniku Pawlaku iz Poljske. Sodnik je na tem mestu že od leta 2005, v času volitev bo dopolnil 90 let, zato ni pričakovati, da bo vnovič napovedal kandidaturu. Za prosto mesto se bodo tako potegovali le kandidati, ki bi bili na funkcijo izvoljeni prvič. Glede na to, da je na Mednarodnem sodišču za pomorsko mednarodno pravo le pet žensk, bi bilo smotrno kandidirati kandidatko, vendar bi bilo treba kandidaturu napovedati čim prej, da se lahko začne ustrezna kampanja. S tem bi lahko od morebitne napovedi odvrnili druge kandidate vzhodnoevropske skupine za to mesto. Na preteklih štirih volitvah (2011, 2014, 2017 in 2020) je bil iz vzhodnoevropske skupine vedno nominiran le po en kandidat.

V letu 2026 poteče mandat sodniku iz Rusije. Zagotovo je, da bo Rusija vnovič napovedala kandidaturu. V tem primeru – podobno kot pri Meddržavnem sodišču – napoved kandidature ni najbolj smotrna. Gre za veliko državo in stalno članico Varnostnega sveta ZN (kar sicer neposredno ne vpliva) z zelo razvejano mrežo diplomatskih predstavništev ter zgodovinsko sodelovanje in podporo v številnih državah.

6. Vpliv zakona na uspešnost slovenskih kandidatov

Možnost izvoljivosti kandidata je pri državah visoko med razlogi za nominacijo posameznih kandidatov, zato pred odločitvijo o kandidaturi pretehtajo vse vidike nominacije in lobiranja.

Telega slovenska ureditev za volitve mednarodnih sodnikov načeloma ne omogoča. Gre za strogo birokratski postopek, po katerem mora razpis na poziv mednarodnega sodišča objaviti Ministrstvo za pravosodje z rokom za prijave, ki ne sme biti krajši kot 15 dni, nato pa s prijavi ravnati po Zakonu o splošnem upravnem postopku (ZUP).

Taka praksa je za zagotavljanje, da bo kandidat izbran v kar najbolj neodvisnem postopku, zelo dobra. Vendar je z vidika uspeha kandidata lahko učinkovita le takrat, kadar ima Slovenija zagotovljeno mesto na posameznem mednarodnem sodišču ali arbitraži.

Kadar gre za sodelovanje na volitvah na mednarodna sodišča, kjer Slovenija nima zagotovljenega mesta, pa menim, da ni smotrna. V postopku bi namreč šele izbrali kandidata, ki bi se moral na volitvah potegovati za eno od prostih mest, kar pa je, kot je opisano zgoraj, zelo zahtevna in dolgotrajna naloga.

Za primerjavo lahko pogledamo pretekle slovenske kandidature. Dne 3. novembra 1998 je bil na volitvah za sodnika Mednarodnega kazenskega sodišča za Ruando uspešen Pavle Dolenc. Njegova kandidatura je bila vložena pred začetkom veljavnosti ZPKSMS.

Slovenija je po začetku veljavnosti zakona leta 2002 nominirala kandidata za sodnika Mednarodnega kazenskega sodišča in kandidata za sodnika Mednarodnega kazenskega sodišča za Ruando.⁸² Razpis za prvega je bil objavljen 26. julija 2002, razpis za drugega pa 16. avgusta 2002. Državni zbor RS je oba kandidata izvolil 25. oktobra 2002. To pomeni, da je od objave razpisa do potrditve kandidatov trajalo skoraj tri mesece, ob čemer je bil za vsako od mest prijavljen le en kandidat. V tem času so kampanje že aktivno potekale, države so se s posameznimi kandidati že seznanile in sprejemale odločitve o podporah. Za Mednarodno kazensko sodišče za Ruando so volitve potekale februarja 2003, za Mednarodno kazensko sodišče pa marca 2003. Kandidata Republike Slovenije na volitvah nista bila uspešna.

Ob tem je treba poudariti tudi, da je bil rok za napoved kandidature za sodnika Mednarodnega kazenskega sodišča za Ruando prvotno določen do 14. oktobra, vendar je bil zaradi premajhnega števila kandidatov (statut je določal, da mora biti na seznamu najmanj 22 kandidatov) podaljšan do 15. novembra.⁸³ Tudi ta podatek potrjuje, da postopek že od vsega začetka ni bil postavljen najbolje za uporabo v praksi. Če bi namreč obveljala prvotna časovnica, bi bila kandidatura potrjena prepozno.

Neuspešen je bil tudi dr. Marko Pavliha, slovenski kandidat za sodnika Mednarodnega sodišča za pomorsko mednarodno pravo na volitvah, ki so potekale aprila 2002. Njegova kandidatura je bila v parlamentu potrjena 24. januarja 2002, vendar je bilo to prepozno za uspešno izvolitev, kar je kandidat, po izkušnji kako dejansko potekajo volitve na mednarodnem parketu, tudi priznal.⁸⁴ Začel je opozarjati na togost in pretirano zapletenost zakona, predolg nacionalni izbirni postopek, ki ne omogoča zadostnega časa za lobiranje, in dejstvo, da je bil na volitvah edini kandidat, katerega kandidaturo je potrdil parlament.⁸⁵

Glede na obstoj številnih sodišč in arbitraž, za katere se uporablja ZPKSMS, bi bilo smiselno postopek nekoliko poenostaviti. Menim, da bi bilo treba sprejeti določbo, s katero bi se omogočilo, da se odločitve o kandidaturi sprejme že vnaprej, še pred uradnim povabilom k nominacijam. Redna prosta mesta v posameznih telesih je namreč mogoče predvideti, saj si sledijo v točno določenih časovnih posledkih.

⁸² Statut Mednarodnega kazenskega sodišča za Ruando, resolucije Varnostnega sveta Združenih narodov 955 (1994), 1165 (1998), 1329 (2000), 1411 (2002), 1503 (2003), 1512 (2003), 1534 (2004), 1717 (2006), 1824 (2008), 1855 (2008), 1878 (2009) in 1901 (2009).

⁸³ Pismo predsedujočega Varnostnemu svetu Združenih narodov, S/2002/1131 z dne 11. oktobra 2002.

⁸⁴ Situacijo je kandidat podrobno opisal v: Pavliha, 2002a, str. 37; Pavliha, 2001, str. 53; in Pavliha, 2002b, str. 4–5.

⁸⁵ Pavliha, 2002b, str. 3.

Če bi postopek torej lahko začeli že dve do tri leta pred dejansko objavo, bi kandidatura lahko neformalno že vnaprej sporočili drugim državam in začeli lobirati ter pridobivati glasove, uradna nominacija pa bi se poslala ob odprtju nominacijskega obdobja.

Zakon bi moral obravnavati tudi vprašanje odnosa z nacionalno skupino pri Stalnem arbitražnem sodišču glede nominiranja potencialnih kandidatov na Meddržavno sodišče. Nacionalna skupina je pri nominiranju namreč popolnoma samostojna, vendar je jasno, da kandidat, ki ga skupina predlaga na volitvah, ne more biti uspešen, če nima za seboj podpore Vlade in s tem tudi diplomatske mreže.

7. Zaključek

Slovenski ZPKSMS je korak v pravo smer za ureditev postopkov izbire kandidatov za mednarodne sodnike in arbitre. Vendar je treba poudariti, da so bili vsi slovenski kandidati za sodnike mednarodnih sodišč, na katerih Slovenija nima zagotovljenega mesta, in so bili izbrani na podlagi ZPKSMS, neuspešni. Zakon, ki je zelo uporaben pri izbiri kandidatov za sodnike, kjer ima Slovenija zagotovljeno mesto, ter za arbitražna sodišča, namreč po drugi strani ne upošteva dinamike, potrebne za izvolitev sodnikov mednarodnih sodišč. Pri urejanju predlaganja slovenskih kandidatov za mednarodna sodišča, bi bilo treba ti dve različni vrsti sodišč upoštevati.

Na sodiščih, na katerih posamezna država nima zagotovljenega mesta sodnika, je namreč za izvolitev potreben »izvoljiv« kandidat, ki izpolnjuje vse pogoje, ter intenzivna kampanja, ki zajame vse države, ki glasujejo na volitvah. Predolg in prestrog nacionalni postopek izbire, ki vsega tega ne upošteva, je nesmiseln, če zaradi njega dober kandidat v praksi nima možnosti za izvolitev, ker so preostale države že unovčile svoj politični kapital za lobiranje in zbiranje podpor.

Hkrati je treba opozoriti tudi na velik razkorak: na eni strani so za sodnike izvoljeni kandidati, ki so šli skozi tog in dolgotrajen postopek izbire s potrditvijo v Državnem zboru. Na drugi strani pa so za sodnike izvoljeni tudi taki, ki so bili za kandidate imenovani zaradi svojih zaslug ali pa njihove kvalifikacije niso bile pregledane oziroma potrjene v nobenem nacionalnem postopku.

Vse to bo pri morebitni spremembi ZPKSMS treba upoštevati ter se zavedati, da je še tako dober namen zakonske ureditve nominiranja kandidatov brezpredmeten, če zaradi njega naši kandidati na volitvah niso uspešni.

Literatura

- Akande, D. (2017) *ICJ Elections 2017: UN General Assembly and Security Council Elect Four Judges to the ICJ. EjilTalk*, <<https://www.ejiltalk.org/icj-elections-2017-un-general-assembly-and-security-council-elect-four-judges-to-the-icj-but-fail-to-agree-on-a-fifth-yet-again-trivia-question>> (dostop 7. julij 2022).
- Brownlie, I. (2008) *Principles of Public International Law*. Seventh Edition. New York: Oxford University Press.
- Drenik, S. (2015a) 'Imenovanje sodnikov mednarodnih sodišč v državah v praksi – zakaj bi bila vendarle dobrodošla novela ZPKSMS', *Pravna praksa* 34(1), str. 10–12.
- Drenik, S. (2015b) 'Različni mednarodnopravni postopki imenovanja sodnikov mednarodnih sodišč', *Pravna praksa* 34(2), str. 17–19.
- Fasulo, L. (2015) *An Insider's Guide to the UN. Third Edition*. New Haven in London: Yale University Press.
- Fishler, D. L., in Henkin, L., Crawford Pugh, R., Schachter, O., in Smit, H. (2001) *International Law, Cases and Materials*. Fourth Edition. American Casebook Series, St. Paul, Minn.: West Group.
- Hirad A., Odo, O., in Young, R. (2013) 'The Composition of Judicial Benches, Disqualification and Excusal of Judges at the International Criminal Court: A Survey Cases before International Courts and Tribunals', *Journal of International Criminal Justice* 11(2), str. 379–398.
- Izjava za javnost Ministrstva za zunanje zadeve Japonske glede izbora dr. Yuji Iwasawe kot kandidata za sodnika ICJ, <https://www.mofa.go.jp/press/release/press4e_002346.html> (dostop: 7. 7. 2022).
- Izjava za javnosti GS OZN GA/11978 z dne 20. november 2017, <<https://www.un.org/press/en/2017/ga11978.doc.htm>> (dostop: 7. 7. 2022).
- Javni poziv zainteresiranim kandidatom za oddajo kandidatur za imenovanje na seznam arbitrov in na seznam posrednikov (konciliatorjev) pri Mednarodnem centru za reševanje investicijskih sporov (ang. International Centre of Settlement of Investment Disputes – ICSID), <https://www.gov.si/assets/ministrstva/MF/Generalni-sekretariat/DOKUMENTI/Delovna-mesta/VLASTA/Javni_poziv_ICSID_2021_P.pdf> (dostop: 8. 6. 2022).
- Jorritsma, R. (2017), *National Groups (Permanent Court of Arbitration)*, MPILux Working Paper 8, <<https://www.mpi.lu/research/working-paper-series/2017/wp-2017-8>> (dostop: 7. julij 2022).
- Kramberger Mendek, U. (2016) 'Volitve mednarodnih sodnikov in vloga Posvetovalnega odbora za nominacije sodnikov Mednarodnega kazenskega sodišča' v Zidar,

- A., in Štiglic, S. (ur.) (2016) *Slovenske misli o mednarodnih odnosih in pravu: prispevki ob 80-letnici dr. Ernesta Petriča*. Zbirka Mednarodno pravo. Ljubljana: Ministrstvo za zunanje zadeve RS in Založba Fakultete za družbene vede, str. 303–312.
- Mackenzie, R., idr. (2010) *Selecting International judges: Principles, Process, and Politics*. New York: Oxford University Press.
- Open Society Justice Initiative, International Commission of Jurists, Open Society Foundations (2017) 'Strengthening from within, Law and Practice in the Selection of Human Rights Judges and Commissioners', <https://www.justiceinitiative.org/uploads/aa5f4a53-85aa-4863-990c-1fc5609635ed/strengthening-from-within-20171102_0.pdf> (dostop 7. julij 2022).
- Pavliha, M. (2001) 'Iz torkle: Slovenski kandidati za sodnike mednarodnih sodišč', *Pravna praksa* 20 (22-23), str. 53.
- Pavliha, M. (2002a) 'Geneza neke kandidature ali „whom you know how well“ (1. del)', *Pravna praksa* 20 (13), str. 37.
- Pavliha, M. (2002b) 'Zdravljenje resnega glavobola z aspirinom', *Pravna praksa* 21(21), str. 4–5.
- Petrič, E. (2010) *Zunanja politika. Osnove teorije in praksa*. Mengeš: Studia diplomatica Slovenica, CEP.
- Pristavec-Tratar, E. (2002) 'Zdravljenje resnega glavobola z aspirinom – replika', *Pravna praksa* 21(23), str. 30–31.
- Skubic, Z. (2014) 'Blišč in beda razpisnih postopkov za imenovanje sodnic in sodnikov mednarodnih sodišč', *Pravna praksa* 33 (46), str. 8–10.
- Škrk, M. (2016) 'OZN in pravo morja', *Teorija in praksa* 53(1), str. 86–102.
- Türk, D. (2015) *Temelji mednarodnega prava*. Ljubljana: GV Založba.
- Weston, S. (2017) *Elections at the UN, Australia's approach, Australian Strategic policy Institute, Special report*, <<https://www.aspi.org.au/report/elections-un-australias-approach>> (dostop: 2. julij 2022).
- Zagorac, D. (2002) 'MKS: Tudi s slovenskim sodnikom?', *Pravna praksa* 21(17), str. 25.
- Zimmermann, A., idr. (ur.) (2006), *The Statute of International Court of Justice: A Commentary*, Oxford: Oxford University Press.

Razumeti nepravo opustitveno kaznivo dejanje

Stare kazenskopravne dileme ob novih problemih umetne inteligence

1. Uvod¹

Neprava opustitvena kazniva dejanja so temeljna izvršitvena oblika kaznivih dejanj, pri katerih je bistveni del neprava ravnanja neizpolnitev posebne dolžnosti ravnanja, ki ni neposredno določena v načeloma storitveno oblikovani določbi posebnega dela materialnega kazenskega prava.² Razkorak med dolžnostjo ravnanja, ki je rezultat samostojno oblikovane dogmatike garantnih dolžnosti, ter storitvenim opisom kaznivega dejanja je

* *Študent I. stopnje študija Pravne fakultete Univerze v Ljubljani, petersu.jr@gmail.com.*

** *Redni profesor na katedri za kazensko pravo, Pravna fakulteta Univerze v Ljubljani, damjan.korosec@pf.uni-lj.si.*

¹ Razprava temelji na raziskovalnem delu soavtorjev na Pravni fakulteti Univerze v Ljubljani v okviru manjšega temeljnega raziskovalnega projekta Razvoj in uporaba umetne inteligence v luči negativnih in pozitivnih obveznosti države zagotavljati pravico do življenja (J5-3107), ki ga sofinancira Javna agencija za raziskovalno dejavnost Republike Slovenije. Avtorja sta si delo na prispevku razdelila takole: prvonavedeni je samostojni avtor razdelkov 1, 2, 3.1, 4 in 5; drugonavedeni pa je samostojni avtor razdelka 3.2.

² S tem moramo kategorično šteti, da dolžnost ravnanja spada v element biti kaznivega dejanja, saj šele sporoča, katera »pasivna« ravnanja so sploh kazenskopravno relevantna in tvorijo nepravno kvaliteto dogajanja, kar je drugače kot stališča nekaterih avtorjev v nemški doktrini, zlasti Hansa Welzla ter Armina Kaufmanna. Glej natančneje Roxin, 1970, str. 31–33; in Freund, 1998, str. 179.

eno najmanj razjasnenih poglavij splošnega in posebnega dela sodobnega kazenskega prava,³ razglašeno celo za »temačno«.⁴

Odraž tega zahtevnega trka med načeli zakonitosti, kriminalitetne politike in gole pravičnosti⁵ je jezikovno-logično nezadovoljivo brušen⁶ tretji odstavek 17. člena Kazenskega zakonika (KZ-1).⁷ Ta najprej poudarja, da gre v urejanem primeru za opustitveno kazni-vo dejanje, ki kot tako v zakonu »ni določeno«, kar pomeni, da zapoved določenega ravnanja samo z jezikovno razlago iz dane določbe posebnega dela ne izhaja.⁸ Izpeljava zapovedne norme in širše lastnosti, ki jih mora opustitveno ravnanje izpolnjevati, da je lahko škodo kot vrednostno zajeto v načeloma storitveno oblikovani biti kaznivega dejanja, je jedro zahtevnega razlagalnega postopka, ki podaja te pogoje na splošni in abstraktni ravni. Teorija ga označuje kot »problem enakovrednosti« (nem. *die Gleichstellungsproblematik*).⁹

Ob spoznanju relativne nezadostnosti jezikovne kot temeljne metode razlage v pravu je za rešitev problema enakovrednosti kot glavni cilj pričujočega prispevka metodično ključna pojmovna izgradnja bistva opustitvenega ravnanja nasploh in ožje abstraktnega koncepta, ki enovito povezuje temeljne elemente dejanskega stanu nepravega opustitvenega kaznivega dejanja. Le s to pojmovno izgradnjo lahko ustrezno razložimo zahtevane pogoje »enakovrednosti« med storitvenim in opustitvenim ravnanjem znotraj opustitvene odprte norme.¹⁰

³ To velja tudi ali celo še zlasti za slovensko kazenskopravno teorijo. V predgovoru k monumentalnemu komentarju posebnega dela Kazenskega zakonika Korošec (v: Korošec, Filipčič in Zdolsek (ur.), 2018, str. 23) celo resignirano oceni: »Izostrena prepoznavna možnost neprave opustitvene izvršitvene oblike posameznih izvršitvenih ravnanj kot da se izmika slovenski (kazensko)pravni kulturi.« Zato razprava metodološko v temelju izhaja iz primerjalnopravne analize razlage obravnavanega instituta v nemški kazenskopravni teoriji, zlasti tamkajšnjih monografskih delih in doktorskih disertacijah. Prav iz nemške teorije in zakonodajne zgodovine namreč institut nepravega opustitvenega kaznivega dejanja sploh izvira in je tam naddrobno obravnavan. Kljub temu si prispevek prizadeva najprej razviti temeljne rešitve in zlasti splošni koncept razumevanja (nepravih) opustitvenih kaznivih dejanj, ki presega posebnosti različnih veljavnih pravnih sistemov, in ga v nadaljevanju ponazoriti na temelju slovenskega kazenskopravnega sistema.

⁴ Pomenljiv izraz po Roxin, 2003, str. 2003. Prim. Herzberg, 1972, str. 6; in Gimbernat Ordeig, 1999, str. 307.

⁵ Herzberg, 1972, str. 6.

⁶ Korošec, 2010, str. 165.

⁷ Uradni list RS, št. 55/08 do 186/21.

⁸ Stratenwerth in Kuhlen, 2011, str. 277–278; Jakobs, 1991, str. 780; Welzel, 1969, str. 202; in Stree, v: Schönke in Schröder (ur.), 2019, komentar § 13 StGB, robna št. 137.

⁹ Rudolphi, 1966, str. 51; prim. tudi Welp, 1968, str. 18.

¹⁰ Z opustitveno odprtostjo norme v nadaljevanju razumemo možnost kršitve norme najprej s storitvenim ravnanjem kot tudi z opustitvenim ravnanjem, iz česar izhaja bistvena razlika v primerjavi z nujnimi storitvenimi (kompulzivno komisivnimi) kaznivimi dejanji na eni in pravi opustitvami na drugi strani. Glej Herzberg, 1972, str. 22; in Roxin, 2003, str. 633.

Iskanje osrednje miselne predstave za institut nepravega opustitvenega kaznivega dejanja, ki podaja prehodni most ob napolnjevanju tretjega odstavka 17. člena KZ-1 v konkretnem primeru in opustitveno dvoumnimi opisi posebnega dela, torej načeloma staro problematiko splošnega dela materialnega kazenskega prava, bo v tej razpravi potekalo ob konkretizaciji z najsodobnejšimi najspornejšimi primeri razmejitve med storitvenimi in opustitvenimi ravnanji, zlasti na področju za človeka smrtonosnih aktivnih prekinitev reševalnih potekov ter povezanih kršitev dolžnosti pri upravljanju s tehnično zapletenimi napravami, podprtimi z umetno inteligenco.

2. Metodološka pot rešitve problema enakovrednosti

2.1. Razmerje med institutom nepravih opustitev ter jezikovno razlago kazenskopравnih določb

Pravno najpriljubljenejši pristop na stezi do prepričljivega sklepa je izhajanje iz trdnega besednega pomena izrazov,¹¹ ki so uporabljeni v pravnih določbah, kar je sploh na področju kazenskega prava ustavnopravno zapovedana dragotina.¹² Tako naj bi razlaga kazenskopравnega predpisa v posebnem delu izhajala iz predmetne urejenosti relevantnega instituta v splošnem delu, v našem primeru temeljnih predpostavk posebnega opustitvenega neprava v storitvenem opisu kaznivega dejanja iz tretjega odstavka 17. člena KZ-1, in konkretizacije teh pogojev na temelju jezikovne razlage določb posebnega dela. Vendar prav odnos med jezikovno razlago ter institutom nepravih opustitev prikaže slednjega v vsej njegovi, na prvi pogled protislovni naravi. Institut je namreč odraz zasledovanja smiselnih generalnoproventivnih učinkov s kazenskopравnim sankcioniranjem in odzivanjem na kršitve dolžnostnih ravnanj, kjer predpisane pravne posledice na »matičnih«, ožjih pravnih področjih (kriminalitetnopolitično) ne zadostujejo,¹³ ob zavedanju, da celovit prikaz takih dolžnosti presega zakonodajnotehnične možnosti določnega in jasnega zapisa v enem pravnem aktu.¹⁴ Hkrati natančna opredelitev tega razmerja ponuja uvid v dokončno opredelitev tega instituta.

Tako začetno izhajanje iz jedra izrazov, ki označujejo kaznivo izvršitveno ravnanje v določbah posebnega dela KZ-1, sporoča, da je na posameznih mestih vsebovan zelo jasno zamejen abstraktni koncept, ki se izrecno in izključno nanaša na opustitvena ravnanja. »Kdor pusti koga brez pomoči [...]«,¹⁵ zavoljo ponazoritve, nedvoumno sporoča sank-

¹¹ Larenz in Canaris, 1995, str. 141.

¹² Prvi odstavek 28. člena Ustave Republike Slovenije (URS), Uradni list RS, št. 33/91-I do 92/21.

¹³ Prim. Schünemann, 1971, str. 223, ki v tej zvezi širše govori o sekundarni naravi kazenskega prava; Pawlik, 2011, str. 931.

¹⁴ Nitze, 1989, str. 108; Rudolphi, 1966, str. 86; in Bärwinkel, 1968, str. 50.

¹⁵ Prvi odstavek 128. člena KZ-1.

cioniranje kršitve zapovedne norme, torej opustitvenega ravnanja na ravni sekundarne hipoteze kazenskopravne norme.¹⁶ Toda v tem in drugih abstrahiranih primerih gre za pravo opustitveno kaznivo dejanje,¹⁷ za kar gre (načeloma) tudi takrat, ko je alternativna oblika izvršitvenega ravnanja izključno opustitvena in je postavljena poleg storitvene oziroma opustitveno odprte dispozicije.¹⁸ Pravniški sklep, ki se z zaslombo na razlagalni argument *a contrario* zelo vabljivo ponuja, je, da vsa druga opustitvena ravnanja, naj njihova kršitev vzbuja še tako veliko socialno-etično grajo, ne morejo biti podvržena kazenskopравниh sankcijam.¹⁹ Vendar bi tak sklep bil v odkritem nasprotju z določbo tretjega odstavka 17. člena KZ-1, ki našemu podvzemu sploh daje zahtevano ustavno-pravno legitimnost. Ob upoštevanju, da se vsakršen koncept zapovedi reševalnega ravnanja zaradi svoje odvisnosti od konkretnih okoliščin in možnosti tehnično učinkovitega ravnanja²⁰ vsaj deloma izogiba celoviti abstraktni jezikovni zajetosti, pa je v skupnem stališče po metodi *a contrario* povsem nevzdržno.²¹ Po drugi strani pa razmerje podredljivosti med besednim pomenom izrazov za (načeloma storitvena) izvršitvena ravnanja in najbolj zavržnimi opustitvenimi ravnanji ni več povsem enoznačno.²² Kljub vsemu v teh primerih, v katerih jezikovna razlaga nudi možne nastavke, se ti ne izlijejo v dokončen razumen sklep, saj ni nikakršnih pravno utemeljenih meril za razmejitve med posameznimi dolžnostnimi ravnanji, temveč gre praviloma zgolj za odraz spreminjajočih se moralnih vrednotenj, zaradi česar so možni pojmovni odtenki splošnega jezika nasploh nezadosten

¹⁶ Korošec, v Korošec idr. (ur.), 2018, str. 493; natančneje Korošec, 2000, str. 5.

¹⁷ Bosch, v: Schönke in Schröder (ur.), 2019, komentar § 13 StGB, robna št. 1a.

¹⁸ Na primer »[A]li kdor se na zahtevo upravičenca od tam ne odstrani« iz prvega odstavka 141. člena KZ-1. Tako Weigend, v: Cirener idr. (ur.), 2020, komentar § 13 StGB, robna št. 12; Jakobs, 1991, str. 779; Nitze, 1989, str. 133; Welzel, 1969, str. 202; in Korošec, 2000, str. 5; drugače Roxin, 2003, str. 633 in v domači literaturi Novoselec in Karakaš, v: Šepc (ur.), 2021, str. 255. Zadnje navedena avtorja izhajata iz tega, da so nepravne opustitve kot institut navezane na kazniva dejanja, izvršljiva tako v storitvi kot tudi v opustitvi, kar pa po tu zastopanem stališču ne more držati za opustitveno oblikovan alternativen opis, ki je, če nanj gledamo kot na določeno ožjo celoto znotraj zakonskega opisa kaznivega dejanja, nujno izvršljiv samo v opustitvi, storitvene različice pa ne prenese. Poleg tega je vprašljivo, kakšen pomen naj ima uporaba 17. člena za razlago teh opustitvenih alternativ, če, kot priznava sama avtorja, ključen pogoj garantne dolžnosti, izpeljan iz garantne dogmatike, sploh »ni pomemben«. Zato štejemo koncept »zakonsko reguliranega nepravlega opustitvenega kaznivega dejanja« za neustreznega.

¹⁹ V francoskem pravnem redu se miselni tok na tej točki, primerjalnopravno razmeroma osamljeno, tudi ustavi in priznava kaznivost zgolj v zakonu celovito urejenih opustitvenih ravnanj. Glej Schrägle, 2016, str. 44; in Jescheck, 1965, str. 12.

²⁰ Phillips, 1974, str. 66.

²¹ Schünemann, 1971, str. 52.

²² Prav tam, str. 46; smiselno tudi Herzberg, 1972, str. 174. Obširneje o tem vprašanju glej Vogel, 1993, str. 98–99.

temelj za pravno razlago v teh primerih.²³ Zato je tudi razlaga s sklepanjem po analogiji, v tem primeru po analogiji *intra legem*, v smislu prenašanja skupnih vrednostnih meril storitvenega in opustitvenega ravnanja,²⁴ sama za sebe neprepričljiva, saj je prav obstoj tega nedvoumnega skupnega vrednostnega temelja (*tertium comparationis*), prek jezikovno posredovanih konceptov, vprašljiv.²⁵

Glede na povedano lahko vsaj dokončno zamejimo raziskovani pravni pojav z besedami, da so nepravna opustitvena kazniva dejanja izvršitvena oblika tistih kaznivih dejanj, pri katerih iz zakonskega opisa prepovedanega ravnanja izhajajo, da so primarno izvršljiva na storitven način in da izvršitev v opustitveni obliki ni niti neposredno (jezikovno) podredljiva opisu izvršitvenega ravnanja niti ni izključena.²⁶

2.2. Razmišljanje na podlagi »narave stvari«

Hkrati je posamična uporaba namenske in sistematične metode razlage na področju nepravih opustitev ob očitni odsotnosti želenega vodila s strani jezikovne razlage večinoma neprepričljiva, že v samem izhodišču v nekakšni slepi ulici brez prave ciljne točke, zaradi tega arbitrarna in na koncu izhajajoča predvsem iz vrednostnih prepričanj razlagalca.²⁷ Za prepričljivo rešitev problema enakovrednosti na zadosti abstraktni ravni določbe posebnega dela v povezavi s tretjim odstavkom 17. člena KZ-1 in posledično KZ-1 kot celovit normativni sistem zakonodajnega urejanja nepravih opustitev ne dajejo zadostne podlage za pravno rešitev z uporabo klasičnih metod razlage v pravu.²⁸

S tem je očitno, da smo v pravno nezavidljivem položaju, kjer se postavljajo upravičena vprašanja o možnosti razumnega pravnega spoznanja na področju nepravih opustitev

²³ Nickel, 1972, str. 29; in Schünemann, 1971, str. 47.

²⁴ Nasprotno Kaufmann, 1965, str. 42.

²⁵ Prim. Pavčnik, 2017, str. 399.

²⁶ Prim. Roxin, 2003, str. 633.

²⁷ Kot tipični primer širše zastavljene teleološke razlage obravnavanega instituta naj služi zlasti Bärwinklovo (1968, str. 91 in nasl.) izhajanje iz vrednote skupnega dobrega in kazenskopravno relevantnih družbenih vlog pri razlagi instituta nepravih opustitev.

²⁸ Pri tem je izrazito sporno, kakšne nastavke za teoretično razlago pogojev za kaznivost nepravih opustitev daje klavzula enakega pomena v tretjem odstavku 17. člena KZ-1 in ali že kar sama po sebi daje podlago za v nadaljevanju uporabljeno metodo razmišljanja na podlagi narave stvari. Kljub novjšim prizadevanjem Larsa Bersterja, da se klavzula enakega pomena postavi za središče razlagalnih prizadevanj za rešitev problema enakovrednosti, ki naj bi celo zahtevala neposredno primerjanje ontičnih struktur storitvenih in opustitvenih ravnanj, menimo, da bi taka razlaga povsem zgrešila hoteni namen in smisel klavzule enakega pomena, ki je v opozarjanju razlagalca na vpliv izrecno določenih znakov za izvršitveno ravnanje pri nepravih opustitvah. Glej Berster, 2014, str. 56 in nasl. Prim. tudi Schünemann, 1984, str. 304.

in skladnosti takega stanja z ustavnopravnim načelom zakonitosti v kazenskem pravu.²⁹ V nebo vpijoča problematika ni rešljiva samo s samostojnim izpeljevanjem posebnih dolžnostnih ravnanj glede na posebna kazenskopravna vrednotenja enovitosti pravnega sistema in vsebovanih dolžnostnih položajev. Ob dejstvu, da jezikovna razlaga ne posreduje sama po sebi pri tem institutu natančne zamejujoče vsebine, potrebujemo namreč še nujno predhodno ustrezen miselni koncept razumevanja nepravih opustitev na višji ravni abstraktnosti.³⁰ S takim miselnim konceptom lahko v nadaljevanju povežemo obstoječo pravno podlago in vrednotenja pravnega reda, izražena v dogmatiki garantnih dolžnosti, v prepričljivo in sklenjeno celoto. Hkrati se lahko opredelimo do drugih predpostavk za kaznivost nepravih opustitvenih izvršitvenih ravnanj na ravni biti kaznivega dejanja, tudi do pomena in načina prenašanja izrecnih znakov za izvršitveno ravnanje v posebnem delu na opustitveno izvršitveno različico. Ob skorajda nerešljivi zakonodajni uganki na tem področju potrebujemo za vir pravnega spoznanja širšo pravnoznanstveno metodo, ki zagotavlja dopolnjujoč razlagalni predmet za obstoječo normativno zgradbo. Slednjo lahko kot možen spoznavni predmet na višji ravni abstrakcije izpopolnimo ter dopolnimo z bistvom življenjskih razmerij, ki so s pravnimi predpisi nasploh povezana, v teh v določenem ožjem delu utelešena, od katerih predpisi v postopku uporabljanja sicer pridobijo relativno samostojnost, vendar na določeni meta ravni pravne razlage utegnejo zopet postati relevantni za podajanje uvida v smisel in bistvo pravnega instituta ter njegovo praznino obarvati z vsebino.³¹ S tem nikakor nimamo v mislih nekakšne sociološke obravnave empirično zaznavnih značilnosti obstoječih življenjskih razmerij, iz katerih izraste potreba po pravni urejenosti, ampak iskanje ter sprejemanje nevtralnega dostopnega bistva in biti življenjskih razmerij kot enakovrednega vira spoznanja za pravni pomen ter sklep. Opisano bi lahko najjasneje označili kot izhajanje iz v nemški pravni doktrini značnega koncepta narave stvari (nem. *Natur der Sache*), kot nenehno ustvarjanje in hkratno zajemanje pravega pomena, smisla danega pravnega instituta.³²

Brez ambicij po natančnejših opredeljevanjih pravno-filozofskih podrobnosti koncepta narave stvari lahko ugotovimo, da je rešilna bilka za rešitev problema enakovrednosti

²⁹ V nemški teoriji je sprejeto večinsko stališče, da primerljiva določba 13. člena, ki sicer ni brez resne kritike, daje ustavnopravno podlago za teoretično in sodno izgrajevanje primarnih dolžnosti ravnanja, ki jih razlagalec lahko poveže s prepovedano posledico v opisu posebnega dela kazenskega prava in je zato skladna za načelom zakonitosti v kazenskem pravu. Glej natančnejše Roxin, 2003, str. 637; Jakobs, 1991, str. 786–787, ki opozarja na splošnejšo naravo določb, ki se nanašajo na institute splošnega dela; kritično zlasti Schürmann, 1986, str. 187–188. Novejša dela si vsaj *de lege ferenda* prizadevajo za izrecno ureditev podskupin garantnih dolžnosti v splošnem delu kazenskega zakonika, glej von Coelln, 2008, str. 130–131.

³⁰ Prim. Schünemann, 1971, str. 229–231.

³¹ Prim. Kaufmann, 1965, str. 32.

³² Prim. Roxin, 2019, str. 22 in nasl; Schambeck, 1964, str. 64: »z naravo stvari razumemo naravne preddanosti pozitivnega prava na splošno, bistvo ali temelj danosti v posebnem« (prevedel P. Š.).

v mišljenjskem postopku, ki ga ta koncept posreduje. S tem razumemo v nadaljevanju za področje nepravih opustitev razlagalno opiranje in izhajanje iz ontoloških, predpravnih struktur, ki so podlaga za opojmitev, razumevanje ter subsumpcijo tipičnega dogodka v življenjski resničnosti kot opustitvenega ravnanja.³³ Če te predpravne strukture življenjskih razmerij s sistematično jezikovno označitvijo njihovih lastnosti ustrezno zajamemo, pridobimo ustrezen predmet, mišljenjski substrat, ki na področju nepravih opustitvenih kaznivih dejanj tako očitno manjka in na katerega v naslednji fazi raziskave pripnemo kazenskopravna vrednotenja in norme, ki zamejujejo, natančneje določajo zahtevano konkretizacijo ontoloških lastnosti opustitvenega ravnanja pri njihovem urejanju na ravni instituta splošnega dela v okviru nepravih opustitev.³⁴ Ključna metodološka razlika v primerjavi z obstoječimi obravnavami nepravih opustitev, ki izhajajo iz koncepta narave stvari, in pričujočo obravnavo je v tem, da si ne prizadevamo najti skupnega vrednostnega temelja med storitvijo in opustitvijo nasploh,³⁵ iz česar naj bi izpeljali pravila pripisljivosti prepovedane posledice pri nepravih opustitvah. Iščemo namreč tiste lastnosti opustitvenih ravnanj, po katerih so ta bistveno različna (in ne vrednostno primerljiva) storitvenim kot nujno predhoden pojmovni aparat za rešitev problema enakovrednosti.

V skladu z zapisanim iskanje navedenega substrata, ideje in pojmovnega bistva opustitvenega ravnanja v nadaljevanju temelji:

1. na nastavkih, ki jih posreduje kazenskopravna teorija v spoznanjih in raziskavah v zvezi z elementom ravnanja kot najsplošnejšo snovjo kazenskopravnih vrednotenj;
2. na povezanih logičnih značilnostih norm, ki na sekundarni ravni sankcionirajo opustitvena ravnanja; in
3. z opazovanjem ter natančnim primerjanjem meril in možnosti razmejitev med opustitvenim ter storitvenim ravnanjem v najspornejših mejnih primerih (na primer v tem prispevku posebej izpostavljenih zdravstvenih postopkov in prekinitev vzdrževanja življenja pacienta s tehničnimi pripravami).

³³ V slovenski teoriji nekoliko drugače Pavčnik, 2013, str. 236–240.

³⁴ Metodološko podobno na področju nepravih opustitev Schünemann, 1971, str. 231; smiselno tudi Rudolphi, 1966, str. 92. Kritično o uporabi metode narave stvari pri razlagi instituta nepravih opustitev zlasti Brammsen, 1986, str. 70 in nasl.

³⁵ Tako na primer Kaufmann, 1965, str. 42.

3. Kazenskopравни pojem opustitvenega izvršitvenega ravnanja in njegove temeljne značilnosti

3.1. Analiza normativnih značilnosti opustitve znotraj ravnanja kot elementa splošnega pojma kaznivega dejanja

Splošni pojem ravnanja lahko opredelimo v kazenskopravnem smislu kot tisti dogodek v človekovem življenju, ki je substrat za kazenskopravno vrednotenje v njegovih treh elementih, izraženih v splošnem pojmu kaznivega dejanja, in ki ravnanju kot snovi pripišejo različne lastnosti, ki morajo biti izpolnjene za utemeljen izrek kazenskopravne sankcije v konkretnem primeru.³⁶ Pojem ravnanja v svojih najsodobnejših osebnostnih in socialnih koncepcijah zajema tako storitvena kot tudi opustitvena ravnanja³⁷ ter opozarja na njune temeljne razlike, ki se zrcalijo v potrebi po drugačni uporabi institutov splošnega dela kazenskega prava pri vsakem od obeh tipov izvršitvenega ravnanja v konkretnem primeru.³⁸ Storitve in opustitve kot obliki izvršitvenega ravnanja se najprej kažeta v različni oblikovanosti deontičnega operatorja (»ne sme« pri storitvah oziroma »mora« pri opustitvah) v normativnem sklopu, s katerim je posredovana še vsebina določenega ravnanja.³⁹ To pomeni, da je na ravni primarne pravne norme pri opustitvenih bitih določena aktivnost zapovedana, praviloma abstraktno prek cilja, ki naj bo dosežen,⁴⁰ ki je izražen v preprečitvi nastanka neprava uspeha, in kršitev primarne norme predstavlja opustitveno ravnanje kot opustitev zapovedanega ravnanja.⁴¹ Za izpolnitev opustitvene biti ni relevantno, kaj je storilec počel v časovnem oknu, ko je bila možna preprečitev nastanka prepovedane posledice,⁴² ampak se analiza historičnega dogodka omeji na trditve, da nečesa ni bilo, kar bi moralo biti, kar že na tej ravni presoje izključuje pasivnost kot tako kot odločujoče merilo za označbo bistva opustitve na sebi, temveč gre vedno za

³⁶ Roxin in Greco, 2020, str. 337–338; ter Jescheck in Weigend, 1996, str. 218.

³⁷ Bavcon idr., 2013, str. 161.

³⁸ Kot primer poskusa izpeljave pravnih posledic v zvezi z instituti splošnega dela na podlagi razlik med storitvijo in opustitvijo v nemški literaturi zlasti »načelo obratnosti« (nem. *Umkehrprinzip*) Armina Kaufmanna, ki je sicer predmet zelo resnih in premišljenih kritik. Pregledno o teoriji glej Vogel, 1993, str. 105–106.

³⁹ Prav tam, str. 34. Na številnih mestih avtorji opozarjajo na medsebojno logično izmenljivost zapovedne in prepovedne norme, na primer zapoved storitve je hkrati prepoved opustitve, vendar tu zaradi potrebne poenostavitve zapovedno normo v kazenskem pravu večemo na opustitveno ravnanje, prepovedno normo pa na storitveno izvršitveno ravnanje. Glej natančneje Ast, 2010, str. 18; in Sánchez-Vera, 1999, str. 89 in nasl.

⁴⁰ Phillips, 1974, str. 21.

⁴¹ Weinberger, 1988, str. 89.

⁴² Engisch, 1973, str. 174.

vrednotenje pasivnosti, pasivnosti v odnosu do nečesa.⁴³ Opustitveno ravnanje je torej vedno vrednostno vneseno kot hipotetično v historični dogodek⁴⁴ glede na konkretne okoliščine, omejeno in konkretizirano s tehnično možnimi alternativami ravnanj in je za dokončno opredelitev vedno situacijsko vezano, za razliko od storitvenih norm,⁴⁵ ki so značilno ali v vsaj večjem obsegu »univerzalne«. ⁴⁶ Pri opustitvah se torej z danostmi historičnega dogodka poveže pravno pričakovano, zahtevano hipotetično ravnanje s predvidenim učinkom preprečitve prepovedane posledice, kar je tudi ključni temelj za pripisljivost prepovedane posledice in jasno kaže na to, da je za pojem opustitvenega ravnanja bistveno to, kar bi lahko bilo, ki je čisto hipotetično so-mišljeno storitveno ravnanje, ki z dejstvom, da v historičnem dogodku ni bilo podvzeto, skupno tvori širšo množico, ki je podsklop splošnega pojma ravnanja in vzporedna storitvenim ravnanjem.⁴⁷

Kljub temu bi analiza, usmerjena zgolj še na značilnosti in postopek izpeljave norm, ki tvorijo pravno relevantno pričakovanje posega v izrazu garantnih dolžnosti za njihove nosilce, bila bistveno prehitra, saj ne bi resno obravnavala stvarnega substrata opustitvenega ravnanja, ki si ga metodološko prizadevamo najti. Zato se mora iskanje ontičnih sestavin dogajanja, ki ga podredimo pod opustitveno ravnanje, vsaj začeti pri osredinjanju na to, kaj je storilec dejansko prispeval k prepovedani posledici v historičnem dogodku. Tako je nesporno, da je zveza med storilčevim kakršnimkoli že vložkom energije ali celo njegovo popolno odsotnostjo ter prepovedano posledico izrazito oddaljena in abstraktna. Drugače kot pri tej zvezi je storilčev poseg v okolje pri storitvenih ravnanjih kot tak temeljni pogoj za nastanek prepovedane posledice, posledično prvi in bistveni dejavnik v vzročni verigi. S tem želimo, brez želje po izčrpnih obravnavanjih teorij o vzročni zvezi in njeni naravi pri opustitvenih ravnanjih,⁴⁸ povedati, da so pravno ovrednotene

⁴³ Roxin, 2003, str. 629.

⁴⁴ Prim. z opredelitvijo pojma opustitve pri Kindhäuser, 1980, str. 178.

⁴⁵ Vogel, 1993, str. 104–105.

⁴⁶ Phillips, 1974, str. 27.

⁴⁷ S tem lahko tudi zanikamo tezo Gustava Radbrucha, da sta storitev ter opustitev v medsebojnem razmerju »a in ne-a«. Gre namreč za bistveno različno normativno vsebino, kjer sta si na višji ravni izvršitveni obliki ravnanja vzporedni šele kot »a in ne-b«. Glej natančneje Radbruch, 1903, str. 140; kritično Herzberg, 1972, str. 171; in Bärwinkel, 1968, str. 36.

⁴⁸ Jescheck in Weigend, 1996, str. 618 tako vehementno zanikata kavzalnost opustitvenega ravnanja v smislu realne povzročitve posledice. Tako tudi Welzel, 1969, str. 213; drugače zlasti Engisch, 2021, str. 30. Najnovejše raziskave poudarjajo relativnost pojma vzročne zveze pri storitvenih kaznivih dejanjih, ki je kot taka vedno del pravnega vrednotenja in ne more biti ustrezna podlaga za razmejitve med storitvenim in opustitvenim ravnanjem. Glej Haas, str. 170 in nasl. Po tukaj zastopanim stališču glavni razlikovalni element med nasprotujočimi si stališči pomeni izhodiščno vzeti preučevani predmet: če se osredinimo na to, kar je storilec dejansko počel ob ugotovitvi, da je s tem kršil zapovedno normo, je jasno, da njegov vložek ne more biti v vzročni zvezi s prepovedano posledico. Če pa se poudarjeno ozremo na zapovedno normo, ki doda v pravno vrednotenje historičnega dogodka hipotetično storitveno ravnanje, je storilčeva kršitev vsaj zakonski pogoj za nastanek prepovedane posledice.

vzročne zveze med ravnanjem ter prepovedano posledico pri storitvah ter opustitvah vsaj bistveno različne.⁴⁹ Iz tega izhaja, da primerljiv logični člen, ki je izvor ogrožitve oziroma poškodbe pravne dobrine pri storitvenih ravnanjih, širše opredeljen kot bistveni pogoj, ki do prepovedane posledice pripelje, pri opustitvenih ravnanjih ne more biti identičen v fizikalnem smislu s storilcem ali z njim v bistvenem povezan in podvržen njegovi volji (na primer kot njegov pripomoček ali orodje), kajti potem bi nesporno šlo za storitveno ravnanje.⁵⁰ Ta vzrok prepovedane posledice je pri opustitvenem ravnanju od storilca torej nujno telesno ločen⁵¹ in na načelni ravni ni podvržen storilčevi volji, in ga v nadaljevanju zaradi pomenske ter terminološke jasnosti označujemo kot »tveganje«.⁵² Narava razmerja med storilcem in tveganjem ter njegove bistvene lastnosti je iskani ključni ontološki temelj opustitvenega ravnanja, ki je lahko substrat za kazenskopravna vrednotenja, izražena in posredovana v okviru instituta nepravlega opustitvenega kaznivega dejanja.

3.2. Razmejitev med opustitvenim in storitvenim ravnanjem v mejnih primerih medicinskega prava

Prav medicinsko kazensko pravo je v zadnjih letih potisnilo kazenskopravni teoriji nekatere posebej trde orehe s področja razmejitve med storitvami in opustitvami, konkretno glede (ne)podaljševanja življenja pacienta v ugašanju, vključno z izrednimi javnozdravstvenimi družbenimi razmerami vrednostno skrajnostno zaostrene triaže (izbruhi bolezni covid-19), po možnosti še v povezavi z napravami in algoritmi, temelječimi na umetni inteligenci (angl. *artificial intelligence*). Med njimi ima prav posebno mesto generator etičnih in kazenskopravnih problemov, znan kot opustitev in odtegnitev nesmiselnega zdravljenja ob koncu življenja v pravi ali nepravi opustitveni (opustitev zdravljenja) izvršitveni obliki ali storitveni oziroma nepravi opustitveni (odtegnitev zdravljenja) izvršitveni obliki. Gre za naklepno neukrepanje (opustitev zdravljenja) ali prenehanje ukrepanja (odtegnitev zdravljenja) zdravnika s sklicevanjem na nesmiselnost podaljševanja človekovega življenja v ugašanju, problemsko izvorno zunaj etičnih pritiskov triaže, razvojno pa vse

⁴⁹ Roxin, 2003, str. 641.

⁵⁰ Prim. Roxin, 2019, str. 516.

⁵¹ Welp, 1968, str. 103 sicer priznava, da nepravo opustitveno kaznivo dejanje v običajnih primerih predpostavlja prepovedano posledico, povzročeno s storilcu tujo, od njega neodvisno silo, razen pri odgovornosti iz ingerence, tj. na temelju protipravnega predhodnega ravnanja, kjer naj bi učinek izhajal iz storilca samega. Po natančnejšem premisleku pa gre tudi pri predhodnem ravnanju za tveganje, ki ga predhodno vzpostavi storilec, toda v trenutku veljavnosti zapovedne norme je to tveganje od storilca »tuje«, tj. ločeno. Za preprečitev nastanka prepovedane posledice bi namreč drugače storilec lahko bil v nadaljevanju samo pasiven, tako pa mora aktivno zmanjšati tveganje.

⁵² Izraz po Güntherju Jakobsu, ki tveganje (nem. *das Risiko*) razume kot skupek pogojev, ki pojasnjujejo nastanek določene posledice. Glej Jakobs, 1991, str. 222; in Jakobs, 2017, str. 341 in nasl.

bolj tudi znotraj teh okvirov. Pri tem si je danes mogoče zamisliti celo potencialno kaznivo nezagotovitev naprav, ki s pomočjo umetne inteligence podpirajo odločanje.

Takoj tukaj je treba razkriti, da po sodobnem medicinskem kazenskem pravu tako imenovano nesmiselno zdravljenje ob koncu življenja ali konkretnije: opustitev takega zdravljenja ob koncu življenja tako zunaj kot tudi znotraj triazne problematike ne šteje za usmrtilitev pacienta, čeprav bi po znanih pravnih teorijah o kavzalnosti – vključno s teorijo o pripisljivosti potencialne prepovedane posledice opustitvenemu izvršitvenemu ravnanju – opuščeni zdravstveni ukrepi pacientu z verjetnostjo, ki meji na gotovost, vsaj nekoliko podaljšali življenje v umiranju. Kazenskopravno teoretično pa pri tem ostajajo verjetno globalno najvidnejši tako imenovani mejni primeri razmejitve med opustitvenim in storitvenim ravnanjem na ravni ravnanja (nem. *die Handlung*) kot podstati biti kaznivega dejanja (nem. *die Tatbestandsmäßigkeit*) kot elementa splošnega pojma kaznivega dejanja.

S ciljem primerno strukturiranega razumevanja problematike je treba ločeno obravnavati⁵³ nepomoč in prekinitev pomoči pacientu (A) v razmerah, v katerih ta aktualno še zmore dovolj telesne in duševne moči, da zavrta posamezne zdravstvene ukrepe, pa čeprav bi mu podaljšali življenje, in tudi v razmerah, v katerih je pacient z vnaprejšnjo opredelitvijo za primer določenega zdravstvenega stanja zapovedal opustitev ali prekinitev določenih zdravstvenih ukrepov. Tu gre pri nepomoči pacientu za problematiko izključevanja strokovne napake v medicini in s tem biti inkriminacije, usmerjene proti smrtnemu izidu njegove bolezni ali poškodbe (pasivnosti zdravnika) po merilih privolitve (konkretno: zavrnitve) oškodovanca in le dopolnilno za posebno problematiko opustitve in odtegnitve nesmiselnega zdravljenja ob koncu življenja kot problematike ravnanja. Sodobna tehnologija z umetno inteligenco tu očitno ne more imeti kakšne res posebne vloge pri odločanju zdravnika. Očitno drugačno pa je stanje v kategoriji, prikazani v nadaljevanju.

Neobstoj zdravstvene in s tem tudi zdravniške napake v pogojih tako imenovane nesmiselnosti podaljševanja človekovega življenja v ugašanju vsaj potencialno velja tudi v primerih (B), v katerih ugotovitve o nesmiselnosti ni mogoče opreti na voljo pacienta samega in celo ne izhaja niti iz stališč kakšnega njegovega zdravstvenega pooblaščenca oziroma svojcev, ki so po zdravstvenem pravu načeloma poklicani h konkretni skrbi za najboljšo korist pacienta, kamor že na prvi pogled šteje predvsem ohranjanje njegovega življenja. Te osebe bi se lahko pojavljale v vlogi zagovornikov podaljševanja življenja umirajočega pacienta za vsako ceno, kljub medicinskim ocenam o tako imenovani nesmiselnosti takega početja v konkretni zadevi. To je zlahka predstavljivo v primerih triaze v izrednih javnozdravstvenih razmerah. Tukaj medicinska etika sicer načeloma prepozna enaka objektivna merila za presojo nesmiselnosti zdravstvenih ukrepov v konkretnih zadevah tako v smeri nevedbe zdravljenja kot tudi prekinitve že uvedene zdravljenja,

⁵³ Povzeto po Korošec, v: Korošec, Filipčič in Zdolšek (ur.), 2018, str. 291–292. Primerjaj Korošec, 2016.

vendar je treba te vidike, zlasti triažnega odločanja, šteti za precej bolj pravno meglene kot pri osebnem aktualnem ali vnaprejšnjem zavračanju zdravljenja s strani pacienta. Prav tu si je zato najlaže predstavljati podporo odločanju zdravnikov z algoritmi umetne inteligence celo kot kazenskopravni standard tako imenovanega dolžnostnega ravnanja v medicinski stroki, z vsemi (kazensko) pravnimi posledicami vred. Ta bi lahko s svojo objektivizirano predvidljivostjo, utemeljeno na veliki množici podatkov, zajetih v odločanje, razbremenila zlasti krivdo zdravnika kot storilca (nem. *die Schuld*) v delu »bi moral storiti glede na svoje zmožnosti«. Toda vprašanj storitvenosti ali opustitvenosti ravnanja (včasih bolj ali manj žargonsko imenovanih tudi težišče očitka storilcu na storitvi ali opustitvi) samih po sebi seveda ne rešuje niti še tako moderna tehnologija.

Starejša teorija materialnega kazenskega prava je tradicionalno štela, da gre drugače kot pri neuedbi in neizvedbi ukrepov, ki odvrtačajo ogrožitev oziroma poškodbo kakšne kazenskopravne dobrine (torej tudi zdravstvenih ukrepov za podaljševanje življenja pacienta, podprtih ali nepodprtih z najsodobnejšimi algoritmi sodobne inteligence), pri čemer gre za očitno opustitveni tip izvršitvenega ravnanja v smislu prvega elementa večdelnega splošnega pojma kaznivega dejanja, pri prekinitvi – odtegnitvi takih že začelih ukrepov (zlasti na primer odklop naprav za vzdrževanje bitja srca, krvnega obtoka, predihavanje, infuzijskih črpalk ipd.) za storitev kot tip izvršitvenega ravnanja.⁵⁴ Neuedba zdravljenja je torej opustitev, prekinitvev oziroma odtegnitev zdravljenja pa je vselej storitev. V začetku enaindvajsetega stoletja pa v Nemčiji opazimo pomemben teoretski zasuk na tem področju. Kot beremo na primer v enem najbolj reprezentativnih del o prekinitvi reševalnih kavzalnih potekov,⁵⁵ gre pri vseh primerih, ko se smrt človeka uresniči kot nevarnost, ki je (akutno) obstajala pred odtegnitvijo pomoči, tudi pri odtegnitvi že predhodno uvedenga zdravljenja za opustitveno in ne storitveno problematiko. To čeprav je z vidika objektivne pripisljivosti in fenomenološke obravnave podana bistvena razlika med primeri, v katerih zdravnik sploh ne pomaga pacientu – takrat gre nesporno za opustitveno ravnanje – od primerov, kjer aktivno prepreči, prekine že vzpostavljen reševalni postopek. V slednjih primerih gre za aktivni vložek energije oziroma je storilec sam tveganje za dobroto življenja in s tem za storitveno ravnanje.⁵⁶ Teleološko gledano pa primera, ko zdravnik pacientu sploh ne pomaga oziroma ko mu pomaga, pa reševalne ukrepe prekine, ne smeta biti bistveno različno obravnavana, saj gre še vedno za temeljno kršitev zdravniških dolžnosti. Zato se prekinitvev takih predhodno vzpostavljenih zdravstvenih ukrepov obravnava po pravih opustitvenega ravnanja in gre s tem za opustitve-

⁵⁴ Samson, 1974, str. 601–602.

⁵⁵ Glej V. Haas, 2002, zlasti str. 129, pa tudi 131 in tam navajano literaturo. Glej tudi T. Kaschubs-Saeedi, 2002, str. 158–183. Primerjaj Korošec, v: Korošec, Filipič in Zdolšek (ur.), 2018, str. 292.

⁵⁶ Schneider, 1997, str. 175 in nasl.

no problematiko (podreditev pod zapovedno normo).⁵⁷ Očitno gre za odraz splošnejšega pojava, kjer dejstvo, ali gre naturalistično gledano za storitveno ali opustitveno ravnanje, ni posebej relevantno, temveč je ključna presoja, da gre za neizpolnitev (opustitev) posebne pravne dolžnosti. Povedano velja neodvisno od morebitne podpore s strani umetne inteligence pri odločanju storilca (v medicini). Tudi širše v vseh zadevah, v katerih storilec s svojim ravnanjem onemogoči, nevtralizira priložnost za reševanje kazenskopravno zavarovane dobrine, ko je to isto priložnost s svojim reševalnim prizadevanjem prej sam ustvaril⁵⁸ (značilno torej tudi, ko odklopi napravo, s katero je mogoče učinkovito podaljševati življenje pacienta in na katero je tega pacienta prej sam priklopil), naj bi tako prekinitev po novem normativno razlagali kot opustitveno ravnanje, tj. kršitev zapovedne norme. V tem smislu se v novejšem kazenskem pravu briše funkcionalna meja med opustitvijo in odtegnitvijo zdravljenja (ki podaljšuje življenje umirajočemu bolniku) oziroma je take primere treba po novem šteti za mejne, če že ne rešene v korist opustitev.

Ob tem naj ne bo odveč opozoriti, kako kazenskopravno usodne so te tipizacije. V primerih, ko nimamo na voljo aktualne ali vnaprejšnje volje pacienta, ampak le odločanja zdravstvenega pooblaščenca oziroma svojcev (v smeri podaljševanja pacientovega življenja z vsem arzenalom medicine za vsako ceno, tudi in še zlasti v triažnih pogojih ali pa izrecno v nasprotni smeri!), zaradi potencialnega ali aktualnega smrtnega izida opustitve zdravljenja pravila nadomestne privolitve načeloma zatajijo. Institut nadomestne privolitve oziroma zavrnitve, kot je že bolj ali manj splošno znano in je pravzaprav že vraščeno v temelje kulture, namreč po splošnih ustavnih načelih socialne države in številnih nedvoumnih ugotovitvah kazenskopravne teorije na področju privolitve kot razlogu upravičenosti (izključitvi protipravnosti) nima upravičilnega učinka, če vodi v smrt človeka.⁵⁹ Zato tukaj ni vseeno, ali vidimo nesmiselnost zdravljenja umirajočega človeka kot problem odsotnosti zdravstvene napake in prek tega odsotne storitve ali opustitve storilca kot izvršitvenih ravnanj ali kot problem privolitve (in prek nje odsotnosti zdravstvene napake) oziroma kot problem odsotnosti biti kaznivega dejanja ali protipravnosti. Ker s privolitvijo oziroma nadomestno privolitvijo aksiomatično ne pridemo naprej, izključevanje protipravnosti s temi instituti odpade. Zdi se, da ostaneta zgolj še instituta domnevane zavrnitve pacienta in neposredna raba zdravstvene strokovne napake bodisi kot blanketne izpolnitve znakov kazenskopravne norme in s tem biti kaznivega dejanja opustitve zdravstvene pomoči ter neprave opustitvene usmrtitve pacienta, bodisi prek zanikanja garantne dolžnosti po pravilih neprave opustitve v takih zadevah.

⁵⁷ Roxin, 2003, str. 665. Zato izraz »opustitev v storitvi« (nem. *Unterlassen durch Tun*). Glej tudi Haas, str. 231–232.

⁵⁸ Primerjaj razpravljanje o tveganju (nem. *das Risiko*) pri nepravih opustitvah v nadaljevanju.

⁵⁹ Temeljno o omejeni disponibilnosti človekovega življenja kot kazenskopravne dobrine v luči privolitvene dogmatike v slovenskem jeziku glej Bavcon idr., 2013, str. 248–254.

Kot mejni primer razmejevanja storitev in opustitev s področja medicinskega prava je mogoče videti tudi uničenje ali skritje zdravil drugemu, pomembnih za njegovo preživetje, pripomočkov za prvo pomoč (ki bi si jo lahko poškodovani nudit sam ali bi mu jo lahko z njimi in samo z njimi nudili drugi), kot so na primer preveze, material za šivanje ran in podobno, seveda pa ob tehnološkem razvoju v medicini vse bolj tudi različnih strojev in naprav, s katerimi je mogoče človeku podaljševati in reševati življenje. Storilec, pa če je zdravnik, zdravstveni delavec ali kdorkoli drug, navsezadnje lahko tudi pooblaščenec ali svojec pacienta v opisanih primerih kaj lahko s svojim ravnanjem onemogoči, nevtralizira ključno ali edino priložnost za reševanje kazensko pravno zavarovane dobrine (pacienta). Kazensko pravo se ne more izogniti analizi, ali je treba zadevo obravnavati kot storitev ali kot (nepravo) opustitev, z vsemi v tej razpravi obravnavanimi nelahkimi vprašanji meril vred. Tako je treba na splošno v postopku obravnave najprej presoditi, ali gre empirično, naturalistično gledano za tveganje, ki je od storilca ločeno, ali pa je storilec sam neposredni bistveni pogoj nastopa prepovedane posledice v kavzalni verigi. Šele potem lahko resno argumentiramo podreditev storilčevega ravnanja prepovedni ali zapovedni normi in s tem obravnavo po pravilih opustitvenega ali storitvenega ravnanja, tudi kot morebitno opustitev v storitvi.

4. Razmerje (šibke) oblasti subjekta nad tveganjem kot izhodišče razlage nepravlega opustitvenega kaznivega dejanja

4.1. Splošna opredelitev vsebine razmerja med storilcem in tveganjem pri nepravilih opustitvah

Po ugotovitvi v prejšnjem razdelku, da je ključni ontološki temelj za osmislitev instituta nepravilih opustitev v ločenosti med storilcem in tveganjem, lahko končno napravimo vsebinsko označitev in opredelitev temeljnega miselnega koncepta razumevanja nepravlega opustitvenega kaznivega dejanja z določitvijo posebnega odnosa med storilcem in tveganjem ter ga nadalje konkretiziramo s pravili objektivne pripisljivosti prepovedane posledice pri nepravem opustitvenem kaznivem dejanju.

V tveganje kot skupek pogojev za prepovedano posledico je storilec vključen prek hipotetičnega, »domišljenega« reševalnega ravnanja, ki bi preprečilo prepovedano posledico z določeno stopnjo verjetnosti. Pri tem je nesporna zahteva splošne svobode ravnanja in liberalne pravne države, da posameznik ni v vsaki časovni točki zadolžen skrbeti za varstvo pravnih dobrin drugih, temveč mora biti reševalno ravnanje od njega konkretno pričakovano in zapovedano,⁶⁰ pri nepravilih opustitvah na abstraktni ravni s posredova-

⁶⁰ Tukaj je nesporno razvidna izrazita relativnost ločnice med pravimi ter nepravimi opustitvami, saj gre v obeh primerih za pripisljivost prepovedane posledice. Glej Freund, 1998, str. 182. Temeljna razlika je po tu zastopnem stališču izrazito formalna in se kaže v načinu navedene normativne

njem garantnega načela.⁶¹ Hkrati mora biti reševalnega posega storilec na osnovni ravni zmožen.⁶² Ker je tveganje po definiciji ločeno od storilčeve obvladujoče volje, celotno deliktno dogajanje pri opustitvenih ravnanjih nikakor ni podvrženo storilčevi oblasti,⁶³ ki z veliko stopnjo neposrednosti privede do prepovedane posledice, ampak ima storilec poseben odnos prek medsebojno zelo razlikujočih premislekov normativne, dejanske in čisto hipotetične narave samo do manjšega odseka celotne situacije – tveganja, ki je vzročno povezano s prepovedano posledico.⁶⁴ Odvisnost nastanka prepovedane posledice od storilčeve volje pri opustitvenih ravnanjih lahko opazimo v možnosti in zapovedanosti vstopa v dogajanje, v smeri preprečitve in zmanjševanja intenzivnosti tveganja. V tem delu je poseg v pravno dobroto v zelo majhni, s posredovanjem številnih predpostavk zaznavni meri odvisen od storilčeve volje in nikakor zgolj po empiričnem, čistem objektiviziranem opazovanju historičnega dogodka.

Iskani abstraktni višji pojem kot izhodišče objektivnega neprava nepravega opustitvenega kaznivega dejanja mora v bistvenem zelo jasno in neposredno izražati to omejeno odvisnost nastopa prepovedane posledice od storilca, ki omogoča v skupnem in konkretnije utemeljiti pripisljivost prepovedane posledice ter hkrati ustrezati načelom pojmovne ekonomije.⁶⁵ Razmerje med storilcem in tveganjem je v skladu z zapisanim odnos šibke oblasti.⁶⁶ To pomeni omejeno odvisnost nastanka prepovedane posledice od storilčevega ravnanja, zlasti zaradi storilčeve normativne zavezanosti k njegovemu zmanjšanju, dejanske možnosti ter zmožnosti.⁶⁷ Uporaba tega pojma v dogmatiki nepravih opustitev ni

zapovedanosti, ki pri pravih opustitvah izhaja jezikovno iz določb zakona, pri nepravih opustitvah pa preko garantnega načela oziroma uporabe dogmatike garantnih dolžnosti.

⁶¹ Z garantnim načelom razumemo potrebo po uporabi dogmatike garantnih dolžnosti za razlago opustitvenega ravnanja. Glej natančneje Herzberg, 1972, str. 13 in nasl. Vprašanje utemeljitve zahteve po garantnem načelu kot predpostavke omenjene normativne vezi se večinoma utemeljuje s tem, da je sledenje zapovedni normi od storilca zahtevnejše, saj zahteva določen aktivni vložek energije (Engisch, 1973, str. 173); ter da so zapovedi nasploh bolj omejujoče za splošno svobodo ravnanja kot prepovedi (Bärwinkel, 1968, str. 17). Kritično zlasti Jakobs, 1991, str. 781.

⁶² To je posledica opredelitve opustitvenega ravnanja, kjer je lahko smiselno opuščeno samo ravnanje, ki ga je storilec glede na svoje dane sposobnosti zmožen. Glej Roxin, 2003, str. 630.

⁶³ Roxin, 2019, str. 516.

⁶⁴ Prim. Berster, 2014, str. 60; Schünemann, 1971, str. 241.

⁶⁵ Prim. Schünemann, 1971, str. 26.

⁶⁶ Prim. Berster, 2014, str. 59; in Schünemann, 1971, str. 240 in nasl.

⁶⁷ Napravljen koncept je zgolj na videz nezdržljiv z ravnanji v obeh oblikah malomarnosti ali celo v pravni zmoti. Odnos šibkega obvladovanja je namreč odraz objektivizirane presoje dejanskega stanu kot utemeljitev objektivnega neprava ravnanja na ravni biti kaznivega dejanja. Tudi pri ravnanju v malomarnosti, kjer bi storilec lahko spoznal ogroženost pravne dobrine, če bi sprejel dodatne poizvedovalne ukrepe, zaznamo močne elemente zapovedanosti in možnosti prekinitve ogrožajočega kavzalnega poteka in s tem šibkega obvladovanja tveganja v zgoraj opisanem pomenu.

povsem nesporna,⁶⁸ vendar je ključno, da je precej širši kot zgolj pogoj posebne dolžnosti ravnanja. Po tu napravljenih predpostavkah namreč zajema celovitost pogojev objektivnega neprava nepravlega opustitvenega kaznivega dejanja, ki šele omogočajo dokončno konkretizirati in opredeliti kršeno zapovedno normo. Prav tako s pojmom oblasti ne razumemo čiste možne oblasti, ki jo storilec lahko vzpostavi,⁶⁹ ampak že v okoliščinah med vzpostavitvijo tveganja in nastankom prepovedane posledice, zaradi opisane omejene odvisnosti utemeljujemo določeno šibko oblastno razmerje.

Koncept šibke oblasti nad tveganjem kot izhodišče presoje objektivnih pogojev neprava nepravlega opustitvenega kaznivega elementa je v nadaljevanju konkretiziran in uporabljen za splošno opredelitev lastnosti, ki jih mora katerokoli storitveno oblikovano kaznivo dejanje izpolnjevati, da je izvršljivo v nepravi opustitvi. Nato so kot odgovor na izhodiščno vprašanje prispevka podani elementi splošne biti nepravlega opustitvenega kaznivega dejanja kot razrešitev problema enakovrednosti in na koncu še podani nastavki za razlago izrecno določenih znakov za izvršitveno ravnanje v opustitveni izvršitveni obliki, kar tvori jedro (primerne) razlage klavzule enakega pomena iz tretjega odstavka 17. člena KZ-1.

4.2. Kazniva dejanja, izvršljiva v nepravi opustitvi

S pomočjo napravljenega koncepta šibke oblasti storilca nad od njega (telesno) ločenim tveganjem lahko najprej bistveno dopolnimo zgornjo opredelitev nepravlega opustitvenega kaznivega dejanja v njenem zadnjem elementu, da namreč izvršitev v opustitveni obliki oziroma njena podreditev pod storitveno oblikovan opis ni izključena, in hkrati posredujemo lastnosti tako imenovanega nujnega storitvenega (kompulzivno komisivnega) kaznivega dejanja.⁷⁰

Glede na prepovedano posledico danega kaznivega dejanja je v središču presoje vprašanje, ali si je možno predstavljati tveganje, ki je prepovedani posledici predhodno in z njo v vzročni zvezi, ter je hkrati od potencialnega storilca v opustitvi ločeno oziroma s storilcem vsaj ni bistveno povezano. Od teleološke in zgodovinske razlage kaznivega dejanja v povezavi z varovano dobrino je v nadaljevanju odvisno to, ali dejstvo, da je storilec s tako ločenim tveganjem v odnosu šibkejšega obvladovanja, omogoča sklep, da gre za enako stopnjo neprava kot pri storitveni izvršitvi kaznivega dejanja.⁷¹ Tako je nesporno, da kazniva dejanja, ki za izvršitev zahtevajo pravnoposlovno ali drugačno izjavo volje

⁶⁸ Brammsen, 1986, str. 76.

⁶⁹ Tako na primer Welzel, 1969, str. 201.

⁷⁰ Izraz po Korošec, v: Korošec, Filipčič in Zdolšek (ur.), 2019, str. 283. Enak izraz je uporabljen še v številnih komentarjih v navedenem delu. Prim. tudi Herzberg, 1972, str. 12.

⁷¹ Odgovor na vprašanje, ali je neprava opustitvena oblika kaznivega dejanja izključena kot zadnji element opredelitve naslovnega pojava, nikakor ni predmet jezikovne razlage (že glede na predpostavke neprave opustitve) ali nekakšne »pojmovne predstave«, na kar sicer nakazuje Bavcon idr., 2013,

(najširše kot dejanje verbalne komunikacije) in na tako izjavo volje vezani zakonski znaki⁷² praviloma ne prenesejo neprave opustitvene izvršitvene oblike, vsaj ne v storilstvu. Teleološko je namreč nepravo izvršitvenega ravnanja vezano in usmerjeno na lastno izjavo volje kot odtis osebnosti v zunanjem svetu, ki vodi do ogrožitve varovane pravne dobrine, zaradi česar zgolj pasivna nepreprečitev tujih izjav volje (s strani tretjih) tega nepravda ne more doseči. V drugih primerih pa narava dobrine danega kaznivega dejanja⁷³ ali pa zakonski znaki z izrazito moralnimi primesmi (na primer »zlorabiti«)⁷⁴ zahtevajo osebno izvršitev, nepreprečitev tujih ravnanj pa ne izpolnijo stopnje storitvenega nepravda.

4.3. Elementi splošne biti nepravdega opustitvenega kaznivega dejanja

Določitev elementov splošne biti nepravdega opustitvenega kaznivega dejanja kot tistih sestavin nepravda dogajanja,⁷⁵ ki morajo nastopiti za podreditev opustitvenega ravnanja pod storitven opis kaznivega dejanja, pomeni vsebinsko konkretizacijo temeljnega koncepta šibkega oblastnega razmerja med storilcem in tveganjem ter hkrati pomeni rešitev problema enakovrednosti.⁷⁶ Abstraktna določitev elementov (objektivnega) nepravda ravnanja izhaja iz smiselne obravnave poteka dogajanja,⁷⁷ v temeljnih naveznih okoliščinah nedovoljenega tveganja za pravno dobrino, iz tveganja nastale prepovedane posledice ter načina, kako je storilčevo opustitveno ravnanje med slednji vključeno. Storilec je med navedeni zunanji okoliščini povezan prav s šibkejšim oblastnim razmerjem do tveganja, ki vključuje in konkretizira abstraktno (garantno) zapovedno normo prek objektivne možnosti ter storilčeve zmožnosti zniževanja tveganja kot temeljnih sestavnih elementov opisanega oblastnega razmerja.

str. 169; ampak prefinjene utemeljitve narave dobrine in nepravda izvršitvenega ravnanja danega kaznivega dejanja.

⁷² Sem lahko umestimo na primer prilastitveni namen pri tatvini iz prvega odstavka 204. člena KZ-1. Drugače Maurach, Schroeder in Maiwald, 2003, str. 401.

⁷³ To velja zlasti pri kaznivem dejanju krvoskrustva po prvem odstavku 195. člena KZ-1, ki varuje skoraj izključno moralne vrednote urejenega reda v družini, kjer te posebne nemoralnosti, »nenravnosti« ne izpolni opustitveno ravnanje nepreprečitev spolnih ravnanj med sorodnikoma kot tveganja (ki za to okoliščino morda sploh ne vesta). Glej natančneje Roxin, 2019, str. 460 in nasl.

⁷⁴ Bavcon idr., 2013, str. 170.

⁷⁵ Prav tam, 2013, str. 189.

⁷⁶ Drugače kot prevladujoči pogled v nemški doktrini v tem prispevku rešitve problema enakovrednosti torej ne ločujemo strogo od splošnih pogojev (objektivnega) nepravda, izražnega v biti kaznivega dejanja, saj menimo, da osredinjanje zgolj na zakonske pogoje za nepravo opustitev zaradi ne-sporne vsebinske izpraznjenosti teh določb ne nudi zadostne podlage za celovito teoretično rešitev.

⁷⁷ Rudolphi, 1966, str. 58.

4.3.1. Obstoj (nedovoljenega) tveganja

Prvi pogoj je obstoj (nedovoljenega)⁷⁸ tveganja za pravno dobrino, ki pomeni neposredno nevarnost za določeno prepovedano posledico v biti posebnega dela,⁷⁹ je ločeno od nosilca oblasti nad tveganjem in njegovemu morebitnemu reševalnemu posegu nujno predhodno.⁸⁰ Tveganje je lahko izraženo v prepletu delovanja naravnih sil, fizičnih objektov v storilčevi organizacijski sferi ali pa v delovanju človeka. Nedovoljeno tveganje je temeljni pogoj primarne hipoteze kazenskopravne norme nepravega opustitvenega kaznivega dejanja⁸¹ kot čisti stvarni element dogajanja, zaradi česar ni nujno zamenljiv s pojmom tveganja v okviru pravil o objektivni pripisljivosti.⁸²

4.3.2. Garantna dolžnost – normativna vez med storilcem in tveganjem

Storilec je s tveganjem povezan najprej prek abstraktnega pravnega pričakovanja vsebinsko reševalnega oziroma zavarovalnega ravnanja objekta pravne dobrine, kar tvori jedro prvega, normativno naravnanelega elementa šibke oblasti nad tveganjem. To pravno pričakovanje, pri katerem pravni red smiselno prepusti naslovníku varstvo in nadzor nad posameznimi tveganji, tudi v korist manjše intenzivnosti javnopravnih posegov v njegovo svobodno sfero,⁸³ izhaja iz samostojne kazenskopravne presoje, ki posameznemu pravnemu položaju pripiše lastnost garantne dolžnosti.⁸⁴ Navedena kazenskopravna presoja se na izrecno formalno urejenost v drugih pravnih področjih opira praviloma zgolj v smis-

⁷⁸ S tem želimo s pridržkom poudariti, da nevarnost za pravno dobrino, ki izhaja iz močnejšega pravno zaščitenega interesa, ne vodi nujno v obstoj kazenskopravno relevantne dolžnosti ravnanja in že na ravni biti kaznivega dejanja onemogoča pripisljivost prepovedane posledice. Kljub temu je z vidika sistematike kaznivega dejanja, kjer imajo taki načelni premisleki, izhajajoči onkraj zakonskih znakov kaznivega dejanja iz pravnega reda kot celote, mesto v elementu protipravnosti, lahko vsaj vprašljivo. Glej Jescheck in Weigend, 1996, str. 323; temeljno o pogoju nedovoljenosti pri garantnih dolžnostih Vogel, 1993, str. 189 in nasl.

⁷⁹ Roxin, 2003, str. 683.

⁸⁰ Prav tam, str. 684.

⁸¹ Prim. Jescheck in Weigend, 1996, str. 615.

⁸² Natančneje o pravilih o objektivni pripisljivosti pri tipičnem storitvenem izvršitvenem ravnanju Roxin in Greco, 2020, str. 476 in nasl.

⁸³ Prim. Jakobs, 2017, str. 467. Navedeno je odraz splošne svobode ravnanja in posameznikove avtonomije – ta lahko svobodno ureja svojo »organizacijsko sfero«, vendar mora »v zameno« tako vzpostavljena tveganja za tuje pravne dobrine obvladovati in je s temi tveganji v posebnem odnosu.

⁸⁴ Pojem garantne dolžnosti (nem. die *Garantenpflicht*) se terminološko od garantnega položaja (nem. die *Garantenstellung*) razlikuje v tem, da se garantni položaj nanaša na skupek dejanskih okoliščin v okviru biti kot elementa kaznivega dejanja, ki kot celota utemeljujejo in so predpostavka posebne pravne dolžnosti, usmerjene v preprečitev ogrožitve ali poškodbe pravnih dobrin – garantne dolžnosti. Glej Bosch, v: Schönke in Schröder (ur.), 2019, komentar § 13 StGB, robna št. 2; Nickel, 1972, str. 52; Freund, 1998, str. 179; Jescheck in Weigend, 1996, str. 636–637; in von Coelln, 2008, str. 85.

lu, da ravnanja, ki so v matičnem pravnem področju določenega dolžnostnega položaja dovoljena, ne morejo biti kazniva v okviru nepravil opustitev,⁸⁵ v drugem pa gre zaradi usmerjenosti k celovitemu varstvu pravnih dobrin za razmerje relativne neodvisnosti.⁸⁶

Garantne dolžnosti lahko razdelimo glede na pretežno vsebinsko merilo, ki hkrati konkretizira iskano dolžnostno ravnanje glede na to, ali ima naslovnik norme posebno mesto z izvorom nevarnosti (nadzorstvena garantna dolžnost) ali pa s končnim mestom, ciljem nevarnosti (varovalna garantna dolžnost).⁸⁷ Tak funkcionalistični pristop⁸⁸ k izgradnji sistema garantnih dolžnosti izhaja najprej iz pravnih dobrin posebnega dela in prek teh na pravne položaje, ki so s temi dobrinami povezani, kar metodološko utemelji s pravnimi načeli pravnemu položaju matičnega pravnega področja⁸⁹ ter glede na strukturne značilnosti odnosa med nosilcem dolžnostnega položaja in pravno dobrino izpelje abstraktno zapovedno normo.

Poudariti je treba, da pri varovalnih garantnih dolžnostih tveganje ne pomeni nezmožnosti objekta pravne dobrine, da samostojno obvladuje sebi neposredno grozeče nevarnosti, temveč je tveganje v teh primerih identično s samo nevarnostjo, zaradi česar ne moremo govoriti o obvladovanju »nebogljenosti« objekta pravne dobrine, temveč o šibkem oblastnem razmerju do grozečega tveganja.⁹⁰

4.3.3. Možnost preprečitve prepovedane posledice – objektivna vez med storilcem in tveganjem

Šibko oblastveno razmerje kot tako ne more obstajati, če storilec nima konkretne možnosti zmanjšati tveganja in s tem preprečiti nastanka prepovedane posledice. Možnosti ravnanja v historičnem dogodku so določene s pomočjo tehničnih pravil učinkovitega ravnanja,⁹¹ s čimer se polje abstraktne zapovedne norme omeji na bistveno zožen sklop alternativnih reševalnih ukrepov z določeno stopnjo učinkovitosti v odnosu do nastajajoče prepovedane posledice.⁹² Tu bomo šteli, da je zahtevana učinkovitost opisana

⁸⁵ Schünemann, 1971, str. 226.

⁸⁶ Jakobs, 1991, str. 801; in Roxin, 2003, str. 715.

⁸⁷ Freund, 1998, str. 184–185. To pomeni, da je storilec zavezan k nadzorovanju tistih tveganj, ki so predhodno sestavni deli delovanja njegovega življenjskega kroga. Na drugi strani pa nekatera tveganja izhajajo iz tujih organizacijskih sfer ali so celo posledica neodvisnega delovanja naravnih procesov (tudi v samem objektu pravne dobrine), vendar je storilec zaradi določenega institucionalnega razmerja z objektom pravne dobrine s tveganjem povezan v ožji časovni točki. Glej Jakobs, 2017, str. 457 in nasl.

⁸⁸ Bavcon idr., 2013, str. 167.

⁸⁹ Vogel, 1993, str. 126; in Bosch, v: Schönke in Schröder (ur.), 2019, komentar § 13 StGB, robna št. 7.

⁹⁰ Berster, 2014, str. 48; Brammsen, 1986, str. 76. Pojem nebogljenosti žrtve izvira zlasti iz Schünemann, 1971, str. 241; tako tudi Bavcon idr., 2013, str. 167.

⁹¹ Phillips, 1974, str. 59.

⁹² Roxin, 2003, str. 630–631; in Vogel, 1993, str. 182.

s standardom tako visoke verjetnosti, ki meji na gotovost, da bi ravnanje preprečilo nastanek prepovedane posledice.⁹³

4.3.4. Storilčeva zmožnost preprečitve prepovedane posledice – subjektivna vez med storilcem in tveganjem

Koncept oblasti nad tveganjem je dokončno konkretiziran in potrjen v okoliščinah primera glede na storilčeve sposobnosti izvesti zapovedano ravnanje, kar je povezano s samim pojmom opustitvenega ravnanja nasploh.⁹⁴ V tem delu gre za zahtevno kazenskopravno vprašanje dopustnosti in meja stapljanja vprašanj, ki sicer spadajo v element subjektivnega dela biti kaznivega dejanja ali celo krivde kot bistvenega sestavnega dela objektivnega neprava ravnanja.⁹⁵ Tako se večinski del teorije izogiba zgolj abstraktnim standardom pri ocenjevanju sposobnosti izvesti reševalni ukrep,⁹⁶ čeprav naj storilčevo dejansko vedenje o okoliščinah ogroženosti dobrine vsaj v tej fazi presoje ne bi bilo relevantno.⁹⁷ Zmožnost ustreznega ravnanja se nanaša tudi na razpoložljivost poklicati na pomoč za to javnopravno zadolžene reševalne sile ali tretjega, ki ima posebna znanja, potrebna za konkretno preprečitev prepovedane posledice.⁹⁸ Hkrati že prostorska oddaljenost lahko deluje kot izključitveni razlog pri presoji zmožnosti ravnanja.⁹⁹ S tem je jasno, da se pri standardu sposobnosti oziramo na splošna in pridobljena znanja ter večine konkretnega storilca, ki omejujejo zapovedano alternativno izvršitveno ravnanje in s tem polje šibke oblasti nad tveganjem, vendar ga hkrati skušamo vrednotiti izrazito

⁹³ Razlogi za tako zahtevo so v teoriji razčlenjeni in kritizirani s pristopom, ki si pripisljivost posledice prizadeva vezati že na možnost njene odvrnitve; glej Roxin, 2003, str. 642. Po tu zastopanem stališču se vrednotenje dejanskega stanu, ki naj bo v spornih primerih v korist obdolžencu, že iz ustavnopravno zagotovljenih izhodišč kazenskega postopka ne more zadovoljiti zgolj z »možnostjo«. Poleg tega ne gre za kategorično zanikanje obstoja dolžnostnega ravnanja, kjer niso njegovi učinki v smeri preprečitve prepovedane posledice gotovi. Takrat namreč še vedno ostaja odprta kaznivost za poskus, kjer je v tem primeru prav zaradi neizpolnitve dokaznega standarda za pripisljivost posledice omogočeno milejše kaznovanje. Jescheck in Weigend, 1996, str. 619; ter Wessels in Beulke, 2011, str. 284. V slovenski literaturi tako Bavcon idr., 2013, str. 186. Kritično v novejši literaturi Greco, 2011. Kljub nesporno drugačni naravi vzročne zveze med storitvenim ravnanjem ter prepovedano posledico ter na drugi strani opustitvenim ravnanjem, kjer naj zaradi pravila, da iz ničesar ne more nič nastati, o gotovosti pravzaprav naj ne bi bilo smiselno govoriti – glej Gimbernat Ordeig, 1999, str. 321 in nasl. Gotovost tukaj razumemo zgolj kot poudarjanje najvišje možne, dosegljive stopnje verjetnosti, ki naj se jo obdolženemu za polno pripisljivost prepovedane posledice dokaže.

⁹⁴ Herzberg, 1972, str. 199–201.

⁹⁵ Prim. Vogel, 1993, str. 121.

⁹⁶ Jescheck in Weigend, 1996, str. 616; in Stree, v: Schönke in Schröder (ur.), 2019, komentar § 13 StGB, robna št. 142. Drugače zlasti Jakobs, 1991, str. 788.

⁹⁷ Herzberg, 1972, str. 202.

⁹⁸ Jescheck in Weigend, str. 616.

⁹⁹ Roxin, 2003, str. 630.

objektivizirano. Seveda je mogoče v tem smislu razumeti tudi razpoložljivost najodobnejših naprav, podprtih z umetno inteligenco (za oceno nevarnosti in kot pomagalo za izbor ustreznih ukrepov za njihovo odvrnitev ali zmanjšanje), in usposobljenost storilca za njihovo obvladovanje.

4.3.5. Nastanek prepovedane posledice

Nastanek prepovedane posledice je zadnji pogoj za izpolnitev biti nepravlega opustitvenega kaznivega dejanja, ki smiselno izhaja že iz tretjega odstavka 17. člena KZ-1 in pomeni nastop neprava uspeha, opredeljenega v storitveno oblikovanem opisu kaznivega dejanja. Tako nastale prepovedane posledice kot tipičnega neprava uspeha nepravlega opustitvenega kaznivega dejanja ne smemo razumeti nujno ozko kot od ravnanja časovno-prostorsko ločeno poškodbo ali ogrožitev pravne dobrine, temveč je pojem prepovedane posledice tukaj nekoliko širši, saj nikakor ne more biti razumljen zgolj v smislu posledičnega kaznivega dejanja¹⁰⁰ in potencialno lahko pomeni »vse, kar se da preprečiti«.¹⁰¹

4.4. Razlaga izrecno določenih znakov za izvršitveno ravnanje v nepravi opustitvi

Eno najzahtevnejših vprašanj nepravilnih opustitvenih kaznivih dejanj je neposredno povezanih s primerno razlago klavzule enakega pomena iz tretjega odstavka 17. člena KZ-1, ki se nanaša na izrecno določene znake za izvršitveno ravnanje v storitveno oblikovanem opisu,¹⁰² saj ostaja zatrt v sencah nejasnosti, kako navedene znake vsebinsko prenašati na opustitveno izvršitveno različico.¹⁰³ Zgolj obstoj garantne dolžnosti v takih primerih ne zadostuje,¹⁰⁴ temveč lahko prek formalno-materialnega merila šibkejše oblasti nad tveganjem ponudimo ustrezen strukturni temelj za prenos navedenih vsebinskih meril ob upoštevanju kazenskopravne narave teh meril, tj. ali gre za objektivne, subjektivne ali normativne zakonske znake.¹⁰⁵

¹⁰⁰ Schürmann, 1986, str. 32 in nasl., ki podaja dogmatični pregled različnih pojmovanj prepovedane posledice v smislu 13. člena nemškega kazenskega zakonika.

¹⁰¹ Jakobs, 1991, str. 785.

¹⁰² Bosch, v: Schönke in Schröder (ur.), 2019, komentar § 13 StGB, robna št. 137.

¹⁰³ Güntge, 1995, str. 61.

¹⁰⁴ S pridržkom Weigend, v: Cirener idr. (ur.), 2020, komentar § 13 StGB, robna št. 77; in Roxin, 2003, str. 793. Drugače zlasti Stratenwerth in Kuhlen, 2011, str. 291. Prim. tudi Nitze, 1989, str. 89.

¹⁰⁵ Temeljno o razdelitvi navedenih zakonskih znakov v slovenski teoriji Ambrož, 2007, str. 41 in nasl. Poudariti je treba, da je razdelitev na navedene zakonske znake uporabljena kot smiselna zaradi merila razdelitve, glede na katerega se pretežno razlikuje tudi vodilo njihove razlage v opustitveni izvršitveni različici. Kljub temu bodo možni pristopi k razlagi med temi kategorijami zakonskih znakov v opustitvi medsebojno prehodni in v bistvenem vezani na posebne značilnosti posameznega zakonskega znaka. Celovit prikaz slednjega pa ni cilj pričujočega prispevka.

4.4.1. Objektivni zakonski znaki

Če se opis za izvršitveno ravnanje nanaša na empirično spoznaven objekt v prostoru brez večje potrebe po uporabi posamezne norme,¹⁰⁶ potem to na področju nepravih opustitev pomeni na določen način oblikovano, izraženo tveganje v okviru razmerja med storilcem in tveganjem; tveganjem s tistimi posebnimi lastnostmi in značilnostmi, ki jih sicer zahteva objektivni zakonski znak za storitveno izvršitveno ravnanje. Ker storilec pri nepravih opustitvah ni neposredni vzrok posledice, se zahteve objektivnih zakonskih znakov osredinijo na od njega ločeno sfero dogajanja, ki je lahko ravnanje drugega ali delovanje naravnih sil,¹⁰⁷ in na ravni objektivnega neprava kot ključni aktivni pogoji deliktnega poteka dajejo stvarni substrat za podredljivost njihovih ožjih lastnosti tovrstnemu zakonskemu znaku. S tako orisano razlago objektivnih zakonskih znakov imamo praviloma v mislih znake, ki se nanašajo na predmete, sredstva in pripomočke,¹⁰⁸ s katerimi je opisano izvršitveno ravnanje oziroma je njegovo nepravo kvalificirano ter na drugem mestu okoliščine dejanskega stanu ali posebne načine izvršitve. Tako pridobljen rezultat razlage je včasih zaradi upoštevanja narave dobrine in striktno razlage posameznih nepravih opustitvenih izvršitvenih oblik¹⁰⁹ treba omejiti še tako, da se za enako stopnjo neprava kot pri storitvenem kaznivem dejanju zahteva, da storilec do tveganja z lastnostmi iz objektivnega znaka za izvršitveno ravnanje predhodno na določen način ravna, zlasti da ga poveča,¹¹⁰ kar se kot celota šteje kot kvalificirana kršitev neke zapovedne norme za posledično kaznivost v okviru neprave opustitve.

4.4.2. Normativni zakonski znaki

Prenos normativnih znakov¹¹¹ na opustitveno izvršitveno različico pomeni vnos pre-soje šibkejšega oblastnega razmerja z vidika prek takih zakonskih znakov posredovanih vrednostnih meril. Zahtevana povečana stopnja neprava mora biti izražena prav v razmerju med storilcem oziroma njegovo pasivnostjo in tveganjem in ne zadostuje zgolj to, da tveganje samo po sebi vzbuja socialno-etično grajo. Tudi pri zakonskih znakih, ki so

¹⁰⁶ Roxin in Greco, 2020, str. 405–406.

¹⁰⁷ Prim. Gimbernat Ordeig, 1999, str. 325.

¹⁰⁸ Tipičen primer je uporaba nevarnega orožja (kljub njegovi izraziti normativni naravi) kot sredstva izvršitve velike tatvine po prvem odstavku 205. člena KZ-1, kjer garant v udeležbeni obliki pomoči tako izraženega tveganja izvedbe tatvine z nevarnim orožjem ne prepreči.

¹⁰⁹ Korošec, 2000, str. 4.

¹¹⁰ Prim. Jescheck in Weigend, 1996, str. 629. Opozoriti je treba, da je to praviloma, ne pa nujno identično z garantnim položajem na podlagi storilcu pripisljivega protipravnega predhodnega ravnanja (ingerenčna odgovornost).

¹¹¹ Na primer »na grozovit ali zahrbtnen način« kot alternativni izvršitveni obliki umora po 1. točki prvega odstavka 116. člena KZ-1. Glej Korošec in Zobec, v: Korošec, Filipčič in Zdolšek (ur.), 2018, str. 299.

normativno-objektivni, tj. mešani¹¹² in opisujejo izvršitveno ravnanje, zlasti njegov potek ter učinke, je v večini primerov merodajna vsebinska presoja razmerja med storilcem, tveganjem in nastalo prepovedano posledico.¹¹³

4.4.3. Subjektivni zakonski znaki

Subjektivni zakonski znaki kot odraz storilčeve subjektivne sfere, ki je zahtevana kot pogoj kaznivosti že na ravni biti kot elementa splošnega pojma kaznivega dejanja,¹¹⁴ pomeni, da se za izpolnitev danega opisa predpostavlja tako izkazan storilčev subjektivni odnos do tveganja in nastale prepovedane posledice v povezavi z možnostmi, ki jih za preprečitev prepovedane posledice storilec ima.¹¹⁵

5. Sklep

Na podlagi strukturiranega opazovanja ontoloških značilnosti opustitvenega ravnanja na sebi, metodično utemeljenega prek koncepta narave stvari, smo pridobili nujno potreben pojmovni aparat za razumevanje nepravega opustitvenega kaznivega dejanja. Za rešitev zahtevnega problema enakovrednosti, torej opredelitve splošnih pogojev podreditve opustitvenega ravnanja storitveno oblikovanemu opisu kaznivega dejanja, smo ključni ontološki element našli v od storilca telesno ločenem tveganju, ki je neposredni vzrok prepovedane posledice pri opustitvenih ravnanjih. Obstoj tveganja utemeljuje na primarni ravni pravne presoje tudi sklep, da gre prav za opustitveno ravnanje in s tem za podreditev pod zapovedno kazenskopravno normo, bodisi prek pravih bodisi nepravih opustitvenih kaznivih dejanj. Tako smo jezikovno določno zamejili potrebe argumentacijskega postopka, ki je pri prevladujoči formuli težišča očitka kot načina razmejitve med opustitvenim in storitvenim ravnanjem ostal zabrisan ter zakrit, na koncu izpraznjen

¹¹² Glej Roxin in Greco, 2020, str. 406.

¹¹³ Tako bo izvršitev doseganja spolnega ravnanja iz prvega odstavka 170. člena KZ-1 v nepravni opustitvi zaradi ciljnostne naravnosti glagola »doseči« podana šele ob usmerjenosti pasivnosti v spolno ravnanje in povečanju tveganja nesoglasnega spolnega ravnanja žrtve s tretjo osebo oziroma žrtve na sami sebi prav zaradi pasivnosti nosilca garantnega položaja. Prim. Renzikowski, v: Erb in Schäfer (ur.), 2021, komentar § 177 StGB, robna št. 52–61; Eisele, v: Schönke in Schröder (ur.), 2019, komentar § 177 StGB, robna št. 13–18.

¹¹⁴ Bavcon idr., 2013, str. 190.

¹¹⁵ Razlaga goljufige namena kot tipičnega primera subjektivnega zakonskega znaka po prvem odstavku 211. člena KZ-1 v opustitvi se tako naveže na razmerje med tveganjem ravnanja žrtve v svojo ali tujo škodo zaradi napačne informiranosti, za varovanje premoženjskih dobrin katere ima storilec garantno dolžnost (v teh primerih praviloma na temelju pogodbenega razmerja oziroma prevzemne garantne dolžnosti) in storilec z goljufigim namenom v to tveganje ne poseže z ustreznim informiranjem žrtve.

večinoma prepuščen vrednostnim izhodiščem razlagalca.¹¹⁶ Če je tveganje od storilca pri opustitvenem ravnanju ločeno, tj. ni identično z njim v fizikalnem smislu ali pa zvezano, da ga storilec izrabi kot enega izmed pogojev za nastop prepovedane posledice, mora biti za pripisljivost posledice in enakovrednost storitvenemu ravnanju podano posebno razmerje med storilcem in tveganjem. To abstraktno razmerje smo opisali s pojmom šibkega obvladovanja, kar je tudi podlaga za opredelitev posameznih sestavin objektivnega neprava nepravlega opustitvenega kaznivega dejanja. Od storilca je stopnja izražanja tveganja v nepravo uspeha odvisna v omejeni meri, kolikor mu pravni red vrednostno nalaga dolžnost ravnati v tej smeri in kolikor je to storilcu možno, odvisno od podanih alternativ ravnanja in njihove stopnje učinkovitosti (verjetnosti, ki meji na gotovost) zmanjšanja tveganja. To brez posebnih prilagoditev velja tudi za znotraj in zunajtriazne reševalne ukrepe, podprte z najsodobnejšimi ukrepi presojanj tveganj s tehnologijo umezne inteligence. Tudi tu mora storilčeva (strokovnjakova) sposobnost končno reševalnega ukrepa na ravni biti kaznivega dejanja temeljiti na pretežno objektivizirani(!) presoji, neodvisni od storilčevega vedenja o okoliščinah ogroženosti dobrine, kot zadnji element koncepta šibke oblasti nad tveganjem.

Literatura

- Ambrož, M. (2007) *Kaznivo dejanje in njegove vrednostne prvine*. Ljubljana: Inštitut za kriminologijo pri Pravni fakulteti v Ljubljani.
- Ast., S. (2010) *Normentheorie und Strafrechtsdogmatik. Eine Systematisierung von Normarten und deren Nutzen für Fragen der Erfolgszurechnung, insbesondere die Abgrenzung des Begehungs- vom Unterlassungsdelikt*. Berlin: Duncker & Humblot.
- Bärwinkel, R. (1968) *Zur Struktur der Garantieverhältnisse bei den unechten Unterlassungsdelikten*. Berlin: Duncker & Humblot.
- Bavcon, L., Šelih, A., Korošec, D., Ambrož, M., Filipčič, K. (2013) *Kazensko pravo. Splošni del*. 6. izdaja. Ljubljana: Uradni list Republike Slovenije.
- Berster, L. (2014) *Das unechte Unterlassungsdelikt. Der gordische Knoten des Allgemeinen Teils*. Berlin: Duncker & Humblot.
- Brammsen, J. (1986) *Die Entstehungsvoraussetzungen der Garantienpflichten*. Berlin: Duncker & Humblot.
- Cirener, G., Radtke, H., Rissing-van Saan, R., Rönna, T., Schluckebier, W. (ur.) (2020) *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar. Großkommentar. Erster Band*. 13. izdaja. Berlin: De Gruyter.

¹¹⁶ Haas, 2002, str. 114.

- Erb, V., Schäfer, J. (ur.) (2021) *Münchener Kommentar zum StGB. Dritter Band.* 4. izdaja. München: Verlag C. H. Beck.
- Engisch, K. (1973) 'Tun und Unterlassen' v Lackner, K., Leferenz, H., Schmidt, E., Welp, J., Wolff, E. A. (ur.) (1973) *Festschrift für Wilhelm Gallas zum 70. Geburtstag am 22. Juli 1973.* Berlin: De Gruyter, str. 163–196.
- Engisch, K. (2021) *Die Kausalität als Merkmal der strafrechtlichen Tatbestände.* Ponatis 1. izdaje iz leta 1931. Tübingen: Mohr Siebeck.
- Freund, G. (1998) *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Personale Straftatlehre.* Berlin: Springer.
- Gimbernat Ordeig, E. (1999) 'Das unechte Unterlassungsdelikt', *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 111(2), str. 307–334.
- Greco, L. (2011) 'Kausalitäts- und Zurechnungsfragen bei unechten Unterlassungsdelikten', *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik* 6(8-9), str. 674–691.
- Güntge, G., F. (1995) *Begehen durch Unterlassen: Der Gesetzliche Anwendungsbereich des § 13 StGB.* Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft.
- Haas, V. (2002) *Kausalität und Rechtsverletzung. Ein Beitrag zu den Grundlagen strafrechtlicher Erfolgshaftung am Beispiel des Abbruchs rettender Kausalverläufe.* Berlin: Duncker & Humblot.
- Herzberg, R. D. (1972) *Die Unterlassung im Strafrecht und das Garantenprinzip.* Berlin: Walter de Gruyter & Co.
- Jakobs, G. (1991) *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre. Lehrbuch.* 2., predelana in razširjena izdaja. Berlin: Walter de Gruyter.
- Jakobs, G. (2017) 'Die strafrechtliche Zurechnung von Tun und Unterlassen' v Pawlik, M. (ur.) (2017) *Strafrechtswissenschaftliche Beiträge.* Tübingen: Mohr Siebeck, str. 445–479.
- Jakobs, G. (2017) 'Risikokonkurrenz – Schadensverlauf und Verlaufshypothese im Strafrecht' v Pawlik, M. (ur.) (2017) *Strafrechtswissenschaftliche Beiträge.* Tübingen: Mohr Siebeck, str. 341–362.
- Jescheck, H. H. (1965) 'Die Behandlung der unechten Unterlassungsdelikte im deutschen und ausländischen Strafrecht', *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 77, str. 109–148.
- Jescheck, H. H., Weigend, T. (1996) *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil.* Berlin: Duncker & Humblot.
- Kaschubs-Saeedi, T. (2002) *Menschliches Leben als Schutzgut des Strafrechts – Studien zu den Grenzen des Strafrechts im Zeitalter von Reanimations-, Transplantationsmedizin und Humanexperiment.* Frankfurt na Majni: Peter Lang Verlag.

- Kaufmann, A. (1965) *Analogie und „Natur der Sache“*. *Zugleich ein Beitrag zur Lehre vom Typus*. Karlsruhe: Verlag C. F. Müller Karlsruhe.
- Kindhäuser, U. K. (1980) *Intentionale Handlung. Sprachphilosophische Untersuchungen zum Verständnis von Handlung im Strafrecht*. Berlin: Duncker & Humblot.
- Korošec, D. (2000) 'Vidnejše posebnosti opustitvenih kaznivih dejanj', *Zbornik znanstvenih razprav Pravne fakultete Univerze v Ljubljani* 60 (1), str. 179–198.
- Korošec, D. (2010) 'Nadzorstvena in varstvena kazenska odgovornost v šoli. Učiteljeva odgovornost za nasilna ravnanja drugih', *Zbornik znanstvenih razprav Pravne fakultete Univerze v Ljubljani* 70 (1), str. 159–184.
- Korošec, D. (2016) *Medicinsko kazensko pravo*. 2., spremenjena in dopolnjena izdaja. Ljubljana: GV Založba.
- Korošec, D., Filipčič, K., Zdolšek, S. (ur.) (2018) *Veliki znanstveni komentar posebnega dela Kazenskega zakonika (KZ-1)*. 1. knjiga. Ljubljana: Uradni list Republike Slovenije.
- Korošec, D., Filipčič, K., Zdolšek, S. (ur.) (2019) *Veliki znanstveni komentar posebnega dela Kazenskega zakonika (KZ-1)*. 2. knjiga. Ljubljana: Uradni list Republike Slovenije.
- Larenz, K., Canaris, C. W. (1995) *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*. 3., spremenjena izdaja. Berlin: Springer.
- Maurach, R., Schroeder, F. C., Maiwald, M. (2003) *Strafrecht. Besonderer Teil. Teilband 1. Straftaten gegen Persönlichkeits- und Vermögenswerte. Lehrbuch*. 9. izdaja. Heidelberg: C. F. Müller Verlag.
- Nickel, E. (1972) *Die Problematik der unechten Unterlassungsdelikte im Hinblick auf den Grundsatz „nullum crimen sine lege“ (Art. 103 Abs 2. GG)*. Berlin: J. Schweitzer Verlag.
- Nitze, P. (1989) *Die Bedeutung der Entsprechensklausel beim Begehen durch Unterlassen (§ 13 StGB)*. Berlin: Duncker & Humblot.
- Pavčnik, M. (2013) *Argumentacija v pravu*. 3., spremenjena in dopolnjena izdaja. Ljubljana: GV Založba.
- Pavčnik, M. (2017) *Teorija prava. Prispevek k razumevanju prava*. 5., pregledana in dopolnjena izdaja. Ljubljana: Lexpera (GV Založba).
- Pawlik, M. (2011) 'Das dunkelste Kapitel in der Dogmatik des Allgemeinen Teils. Bemerkungen zur Lehre von den Garantienpflichten' v Heinrich, M., Jäger, C., Schünemann, B., idr., (ur.) (2011) *Festschrift für Claus Roxin zum 80. Geburtstag am 15. Mai 2011. Strafrecht als Scientia Universalis*. Berlin: De Gruyter, str. 931–945.

- Phillips, L. (1974) *Der Handlungsspielraum. Untersuchungen über das Verhältnis von Norm und Handlung im Strafrecht*. Frankfurt na Majni: Vittorio Klostermann.
- Radbruch, G. (1903) *Der Handlungsbegriff in seiner Bedeutung für das Strafrechtssystem. Zugleich ein Beitrag zur Lehre von der rechtswissenschaftlichen Systematik*. Berlin: J. Guttentag.
- Roxin, C. (1970) *Offene Tatbestände und Rechtspflichtmerkmale*. 2., nespremenjena izdaja. Berlin: Walter de Gruyter & Co.
- Roxin, C. (2003) *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Band II. Besondere Erscheinungsformen der Straftat*. München: C. H. Beck.
- Roxin, C. (2019) *Täterschaft und Tatherrschaft*. 10. izdaja. Berlin: De Gruyter.
- Roxin, C., Greco, L. (2020) *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Band I. Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre*. 5. izdaja. München: C. H. Beck.
- Rudolph, H. J. (1966) *Die Gleichstellungsproblematik der unechten Unterlassungsdelikte und der Gedanke der Ingerenz*. Göttingen: Verlag Otto Schwartz & Co.
- Samson, E. (1974) 'Begehung und Unterlassung' v Stratenwerth, G., Kaufmann, A., Geilen, G., Hirsch J. H., Schreiber, H. L., Jakobs, G., Loos, F. (ur.) (1974) *Festschrift für Hans Welzel zum 70. Geburtstag am 25. März 1974*. Berlin: De Gruyter, str. 579–603.
- Sánchez-Vera, J. (1999) *Pflichtdelikt und Beteiligung. Zugleich ein Beitrag zur Einheitlichkeit der Zurechnung bei Tun und Unterlassen*. Berlin: Duncker & Humblot.
- Schambeck, H. (1964) *Der Begriff der „Natur der Sache“. Ein Beitrag zur rechtsphilosophischen Grundlagenforschung*. Dunaj: Springer-Verlag.
- Schneider, C. (1997) *Tun und Unterlassen beim Abbruch lebenserhaltender medizinischer Behandlung*. Berlin: Duncker & Humblot.
- Schönke, A., Schröder, H., idr. (ur.). (2019). *Strafgesetzbuch. Kommentar*. 28. izdaja. München: C. H. Beck.
- Schrägle, H. (2016) *Das begehungsgleiche Unterlassungsdelikt. Eine rechtsgeschichtliche, rechtsdogmatische und rechtsvergleichende Untersuchung und die Entwicklung eines Systems der Garantentypen*. Berlin: Duncker & Humblot.
- Schünemann, B. (1971) *Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikte*. Göttingen: Verlag Otto Schwartz & Co.
- Schünemann, B. (1984) 'Die Unterlassungsdelikte und die strafrechtliche Verantwortlichkeit für Unterlassungen', *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 96(2), str. 287–320.
- Schürmann, H. (1986) *Unterlassungsstrafbarkeit und Gesetzlichkeitsgrundsatz*. Berlin: Duncker & Humblot.

- Stratenwerth, G., Kuhlen, K. (2011) *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Straftat.* 6., predelana izdaja. München: Verlag Franz Vahlen.
- Šepec, M. (ur.) (2021) *Kazenski zakonik s komentarjem. Splošni del.* Ljubljana: Lexpera (GV Založba).
- Vogel, J. (1993) *Norm und Pflicht bei den unechten Unterlassungsdelikten.* Berlin: Duncker & Humblot.
- Von Coelln, S. (2008) *Das „rechtliche Einstehe müssen“ beim unechten Unterlassungsdelikt. Die Emanzipation der Garantenstellung von einzelnen Fallgruppen.* Berlin: Duncker & Humblot.
- Weinberger, O. (1988) *Norm und Institution. Eine Einführung in die Theorie des Rechts.* Dunaj: Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung.
- Welp, J. (1968) *Vorangegangenes Tun als Grundlage einer Handlungsäquivalenz der Unterlassung.* Berlin: Duncker & Humblot.
- Welzel, H. (1969) *Das Deutsche Strafrecht. Eine systematische Darstellung.* 11. predelana in razširjena izdaja. Berlin: Walter de Gruyter & Co.
- Wessels, J., Beulke, W. (2011) *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Straftat und ihr Aufbau. Mit höchstrichterlichen Entscheidungen auf CD-ROM.* 41. izdaja. Heidelberg: C. F. Müller Verlag.

9

Izvirni znanstveni članek / *Scientific article*

UDK / UDC: 347.78:791.636:78

DOI: 10.51940/2022.1.235-255

*Matija Damjan**

Upravljanje avtorskih pravic na filmski glasbi

1. Uvod

Glasba je pomemben izrazni element v filmski umetnosti. Glasbeno ozadje učinkovito poudari razpoloženje v posameznem prizoru, značilen glasbeni motiv se lahko povezuje s posameznim likom ali podzgodbo v filmu, znane uvodne skladbe pa so prepoznavni znak filmskih franšiz.¹ Skladatelja, ki glasbo ustvari posebej za uporabo v filmu, zato slovenska zakonodaja priznava za soavtorja avdiovizualnega dela. Vendar se ustvarjalno delo skladatelja filmske glasbe razlikuje od prispevkov drugih filmskih umetnikov, kot so scenaristi, režiserji, kostumografi in montažerji, po tem, da je filmska glasba ustvarjena ločeno od preostalih prispevkov in jo je zlahka mogoče izkoristiti tudi samostojno, zunaj okvira avdiovizualnega dela. Pri filmskih uspešnicah je celo običajno, da se filmska glasba izda še v obliki glasbenega albuma in je dostopna v pretočnih glasbenih storitvah.

Da so skladatelji filmske glasbe hkrati glasbeni in filmski ustvarjalci, se v slovenski pravni ureditvi kaže tudi pri kolektivnem upravljanju avtorskih pravic, ki poteka drugače, če se filmska glasba izkorišča v okviru avdiovizualnega dela ali pa kot samostojno glasbeno delo. To razlikovanje delno odstopa od prevladujoče prakse v drugih primerljivih pravnih redih.

V prispevku bo analiziran pojem avtorstva avdiovizualnega dela in prispevkov k njemu. Predstavljeno bo, kako se je slovenski sistem kolektivnega upravljanja avtorskih pravic na filmski glasbi izoblikoval z odločitvami Urada RS za intelektualno lastnino, Sveta

* *Doktor pravnih znanosti, docent na Pravni fakulteti Univerze v Ljubljani in raziskovalec na Inštitutu za primerjalno pravo pri Pravni fakulteti v Ljubljani, matija.damjan@pf.uni-lj.si. Prispevek je nastal v okviru raziskovalnega programa P5-0337 Pravni izzivi informacijske družbe, ki ga financira Javna agencija za raziskovalno dejavnost RS.*

¹ Manegold in Czernik v Wandtke in Bullinger, 2019, § 88, r. št. 45.

za avtorsko pravo in v sodni praksi. Opredeljena bodo sporna vprašanja pravne ureditve in predstavljene različne interpretacije, ki so jih zastopali različni deležniki. Na sprejeto rešitev se bomo kritično ozrli tudi z vidika primerjalne prakse.

2. Pojem in sestavine avdiovizualnega dela

Filmi so izrazito kompleksna avtorska dela, pri nastanku katerih navadno sodeluje veliko sodelavcev z različnimi prispevki, kar je lepo razvidno iz dolgih odjavnih špic celovečernih filmov.² Zakon o avtorski in sorodnih pravicah (ZASP)³ filme vključuje v nekoliko širšo kategorijo avdiovizualnih del, ki obsegajo kinematografske, televizijske in risane filme, kratke glasbene videofilme, reklamne in dokumentarne filme ter druga avdiovizualna dela, izražena v obliki zaporedja povezanih gibljivih slik, z zvokom ali brez, ne glede na vrsto nosilca, na katerem so vsebovana (103. člen). Čeprav je »avdio« v izrazu avdiovizualno delo na prvem mestu, je nujni element takega avtorskega dela le gibljiva slika, zvok (govor, zvočni učinki ali glasba) pa je po zakonski definiciji le njegova izbirna sestavina. Oboje sta izrazni sredstvi, s katerimi je izražena individualna intelektualna stvaritev avdiovizualnih ustvarjalcev. Če video posnetek ne dosega standarda individualne intelektualne stvaritve iz prvega odstavka 5. člena ZASP, potem to ni avdiovizualno avtorsko delo, ampak le nevarovano zaporedje gibljivih slik (nem. *Laufbild*).⁴

Avdiovizualno delo nastane s spojitvijo različnih ustvarjalnih prispevkov. Scenarij, dialogi, kostumografija, maska, scenografija, koreografija, grafični elementi in animacija ter montaža se izrazijo v posneti gibljivi sliki, govor, zvočni učinki in glasba pa tvorijo zvočni zapis avdiovizualnega dela. O načinu spojitve vseh sestavnih delov v končno različico avdiovizualnega dela skupaj odločata glavni režiser in filmski producent (109. člen ZASP).⁵

Filmska glasba je element avdiovizualnega dela, ki je ustvarjen ločeno od preostanka avdiovizualnega dela, vendar še pred njegovim dokončanjem, ki se navadno izvrši z montažo zvočne slike filma. Tudi če glasba ni bila ustvarjena z namenom samostojnega izkoriščanja, je glasbeno delo vedno mogoče izkoriščati in tudi ločeno od avdiovizualnega dela. Avtorska pravica na glasbenem delu nastane, ko je to prvič kakorkoli izraženo, na primer v obliki notnega zapisa ali z igranjem tonov, ne glede na vrsto vira zvoka.⁶ Z

² Po številu (so)avtorjev filme prekašajo le zahtevni računalniški programi, ki se dograjujejo skozi desetletja in tako med avtorje njihove izvirne kode spadajo cele skupine razvijalcev.

³ Uradni list RS, št. 21/95 do 59/19.

⁴ Trampuž, Oman in Zupančič, 1997, str. 320–321. Bullinger v Wandtke in Bullinger, 2019, § 2, r. št. 120.

⁵ Trampuž, Oman in Zupančič, 1997, str. 257.

⁶ Človek zvok zazna prek sluha, ki je človeški čut za zaznavanje zvočnih dražljajev. To pomeni, da glasbeno delo (z besedilom ali brez) zazna, (za)čuti, torej sliši le prek sluha. Zvoki, ki tvorijo glasbeno delo, so lahko ustvarjeni na primer s človeškimi glasovi, glasbenimi instrumenti, elektronskimi

vključitvijo glasbenega dela v avdiovizualno delo avtorska pravica na glasbenem delu ne preneha. ZASP namreč ne ureja prenehanja avtorske pravice s spojitvijo ali pomešanjem, kot to velja v stvarnem pravu,⁷ ampak s predelavo ali avdiovizualno priredbo avtorskega dela avtor prvotnega dela ohrani vse svoje pravice na prvotnem delu, poleg tega pa pridobi pravice na njegovi predelavi kot spremenjeni obliki prvotnega dela. Glasbeno delo se lahko predela tudi z vključitvijo v avdiovizualno delo. V takem primeru je obseg pravic, ki ji skladatelj s tem pridobi na avdiovizualnem delu, odvisen od namena, za katerega je bila filmska glasba ustvarjena.

3. Avtorstvo avdiovizualnega dela in prispevkov k njemu

Vprašanje, kdo vse od številnih sodelujočih pri nastanku avdiovizualnega dela ima status soavtorja, na mednarodni ravni ni poenoteno.⁸ Bernska konvencija za varstvo književnih in umetniških del⁹ v 14.bis členu državam prepušča, da v svoji zakonodaji določijo imetnike avtorske pravice na kinematografskem (tj. avdiovizualnem) delu. Če država določi, da so to avtorji, ki so kaj prispevali k nastanku kinematografskega dela in so se k temu zavezali, se domneva, da so s tem tudi dovolili nekatere načine izkoriščanja tega dela (torej prenesli ustrezne pravice na producenta).¹⁰ To določbo so države v svojih pravnih redih uveljavile na različne načine. V ameriškem sistemu avtorskega prava velja za izvirnega imetnika avtorske pravice na filmu kar filmski producent, evropski kontinentalni pravni redi pa priznavajo avtorstvo samo fizičnim osebam, ki so neposredno ustvarjalno prispevale k nastanku filma.¹¹ Delno poenotenje pravil o avtorstvu avdiovizualnih del je znotraj Evropske unije (EU) prinesla Direktiva 2006/115/ES o pravici dajanja v najem in pravici posojanja,¹² ki v 2. členu določa, da glavni režiser kinematografskega ali avdiovizualnega dela velja za njegovega avtorja ali enega od avtorjev, države članice pa lahko predvidijo, da za soavtorje veljajo tudi druge osebe. Francoski, belgijski in estonski zakon na primer posebej naštevajo vrste ustvarjalcev, ki se štejejo za soavtorje

ali mehanskimi napravami, živalskim oglašanjem, glasovi iz narave ali drugimi viri zvoka. Bullinger v Wandtke in Bullinger, 2019, § 2, r. št. 68.

⁷ Glej 55. in 56. člen Stvarnopravnega zakonika (SPZ, Uradni list RS, št. 87/02 do 23/20).

⁸ Despringre, Taylor in Amilhat, 2015, str. 11.

⁹ Uradni list SFRJ-MP, št. 14/75 in 4/86, Uradni list RS št. 24/92, Uradni list RS-MP, št. 9/92 in 3/07.

¹⁰ Lewinski, 2008, str. 131.

¹¹ Prav tam, str. 130.

¹² Direktiva 2006/115/ES Evropskega parlamenta in Sveta z dne 12. decembra 2006 o pravici dajanja v najem in pravici posojanja ter o določenih pravicah, sorodnih avtorski pravici, na področju intelektualne lastnine, Uradni list EU L 376, 27. december 2006, str. 28–35.

avdiovizualnega dela, po nemškem¹³ in avstrijskem¹⁴ zakonu se to presoja za vsak primer posebej po splošnih pravilih avtorskega prava, irska in (še vedno) britanska zakonodaja za soavtorja priznavata samo producenta (gospodarsko družbo, in ne fizično osebo) in glavnega režiserja, po češkem pravu pa je avtorstvo avdiovizualnega dela priznано le režiserju, ne da bi se s tem poseglo v pravice drugih ustvarjalcev, katerih dela so bila uporabljena v avdiovizualnem delu.¹⁵

Če bi soavtorstvo avdiovizualnih del v slovenskem pravu presojali po splošnih pravilih iz 12. člena ZASP, ne bi prišli do enotnega odgovora o kategorijah avdiovizualnih soavtorjev, ampak bi bilo treba za vsak film posebej presojati pomen avtorskega prispevka vsakega od ustvarjalcev k stvaritvi avdiovizualnega dela. Do statusa soavtorja bi bili upravičeni tisti sodelujoči, katerih prispevek h konkretnemu filmu sam po sebi dosega standard individualne intelektualne stvaritve s področja književnosti, znanosti ali umetnosti in je izražen v avdiovizualnem delu kot nedeljivi celoti. Krog možnih soavtorjev avdiovizualnega dela bi bil torej odprt, njegova določitev pa bi bila v praksi prepuščena pogodbeni ureditvi.

Avtorji filmske glasbe se po tej rešitvi ne bi uvrstili med soavtorje filma. Stvaritve soavtorja so po splošnih pravilih lahko le nesamostojni deli celotnega avtorskega dela, ki je bilo ustvarjeno v sodelovanju dveh ali več oseb.¹⁶ Filmska glasba se navadno ustvari ločeno od dela preostalih filmskih ustvarjalcev, vedno pa jo je mogoče izkoristiti tudi kot samostojno avtorsko delo. Avtorje filmske glasbe bi bilo tako treba po splošnih pravilih kvalificirati kot avtorje združenih del v smislu 13. člena ZASP.¹⁷

Vendar je slovenski zakonodajalec glede soavtorstva avdiovizualnih del določil posebno rešitev, po kateri so kategorije možnih soavtorjev avdiovizualnega dela v zakonu izrecno našteje. V 105. členu ZASP je tako določeno, da za soavtorje avdiovizualnega dela veljajo avtor priredbe, pisec scenarija, avtor dialogov, direktor fotografije, glavni režiser, skladatelj filmske glasbe, ki je posebej ustvarjena za uporabo v tem delu, in glavni animator pri avdiovizualnem delu, pri katerem je animacija bistven element. Zakon torej določa zaprt krog soavtorjev avdiovizualnega dela, tako da soustvarjalec zunaj tega kroga ne more veljati za soavtorja filma, ne glede na pomen njegovega ustvarjalnega prispevka. Ni pa nujno, da so pri vsakem avdiovizualnem delu prisotni avtorji iz vseh naštetih kate-

¹³ Manegold in Czernik v Wandtke in Bullinger, 2019, § 88, r. št. 45 in 70.

¹⁴ Ertl, 2010, str. 17–18.

¹⁵ Despringre, Taylor in Amilhat, 2015, str. 12–13.

¹⁶ Trampuž, Oman in Zupančič, 1997, str. 61–62; Homann, 2007, str. 15; in Thum v Wandtke in Bullinger, 2019, § 8, r. št. 25–35a.

¹⁷ To na upravljanje s pravicami sicer nima večjega vpliva, saj tudi za združena dela smiselno uporabljajo pravila o soavtorstvu. Pač pa za soavtorstvo ne velja prvi odstavek 60. člena ZASP, po katerem se trajanje pravic soavtorjev računa od smrti soavtorja, ki je umrl zadnji. Trampuž, Oman in Zupančič, 1997, str. 64.

gorij. Če na primer za film ni bila posebej ustvarjena filmska glasba, potem skladateljja ni med soavtorji avdiovizualnega dela.

Seznam ustvarjalcev je delno povzet iz tretjega odstavka 14.bis člena Bernske konvencije, ki pa ne ureja soavtorstva avdiovizualnih del, ampak določa le, za katere od možnih soavtorjev po nacionalni zakonodaji ne velja pravilo, da se ne morejo upreti uporabi avdiovizualnega dela. Omenjeni so avtorji scenarijev, dialogov in glasbenih del, ustvarjenih za realizacijo kinematografskega dela, ter glavni režiser. ZASP je te osebe uvrstil tudi med soavtorje avdiovizualnega dela in jim s tem dal pravico soodločanja o uporabi tega dela. Od avtorjev glasbe je sicer upošteval le skladatelje filmske glasbe, ne pa tudi avtorjev njenih besedil, kadar so ta prisotna. Vse osebe, ki jih zakon določa za soavtorje, so izvorni imetniki enotne nedeljive avtorske pravice na avdiovizualnem delu kot celoti.

Specialna ureditev soavtorstva avdiovizualnih del ima za ustvarjalce filmske glasbe dve pomembni posledici. Skladatelj filmske glasbe, ki je bila ustvarjena posebej za uporabo v avdiovizualnem delu (v nadaljevanju: filmska glasba), vedno velja za soavtorja avdiovizualnega dela (in ne le avtorja združenega dela, kot bi veljalo po 13. členu ZASP). Ker iz istega ustvarjalnega dejanja lahko nastane le ena avtorska pravica, se skladateljeva avtorska pravica na filmski glasbi zlije z avtorsko pravico na avdiovizualnem delu. Skladatelj zato ne more zahtevati od uporabnika dvojnega plačila za isto priobčitev filmske glasbe.¹⁸ Avtor besedila k filmski glasbi in skladatelj druge v film vključene glasbe, ki ni bila ustvarjena posebej za ta namen, pa nikoli nista soavtorja avdiovizualnega dela, ne glede na pomen njunega ustvarjalnega prispevka. Vendar to še ne pomeni, da ta glasbena avtorja ostaneta brez pravic.

Skladatelj glasbe, ki je bila uporabljena v avdiovizualnem delu, vendar ni bila ustvarjena posebej za ta namen (v nadaljevanju: predobstoječa glasba), v skladu s 106. členom ZASP uživa status avtorja prispevka k avdiovizualnemu delu. V to kategorijo soustvarjalcev spadajo osebe, katerih ustvarjalni prispevek zakon kvalificira kot manj pomembnega, zato jih ne prišteva med soavtorje celotnega avdiovizualnega dela, ampak jim priznava pravice samo na njihovih prispevkih k temu delu.¹⁹ Tudi možni avtorji prispevkov so določeni po metodi taksativnega naštevanja, in sicer so to po 106. členu ZASP animator, kadar animacija ni bistven element avdiovizualnega dela, skladatelj glasbe, ki ni bila ustvarjena posebej za avdiovizualno delo, scenograf, kostumograf, slikar mask in montažer. Zanimivo je, da razen avtorjev glasbenih prispevkov vsi preostali avtorji prispevkov k avdiovizualnemu delu svoje prispevke ustvarijo prav z namenom vključitve v konkretno avdiovizualno delo. To je razvidno iz narave teh prispevkov, pa tudi iz določbe, da se avtor nedokončanega prispevka ne more upreti, da že dani prispevek ne bi bil uporabljen za

¹⁸ Trampuž, 2020, str. IV. Sodba Vrhovnega sodišča RS II Ips 219/2017 z dne 18. aprila 2018, točka 19.

¹⁹ Trampuž, Oman in Zupančič, 1997, str. 246. Pravice na svojih prispevkih bi ti avtorji uživali tudi brez posebne določbe, saj mora prispevek dosegati standard individualne intelektualne stvaritve iz 5. člena ZASP, zato je že sam po sebi varovan z avtorsko pravico.

njegovo dokončanje (četrti odstavek 109. člena ZASP). Pri že prej ustvarjenih glasbenih delih je taka določba očitno brez pomena.

Skladatelji glasbe, ki je uporabljena v avdiovizualnem delu, torej nastopajo bodisi v vlogi soavtorjev avdiovizualnega dela bodisi v vlogi avtorjev prispevkov k avdiovizualnemu delu, pri čemer je kvalifikacija odvisna izključno od namena stvaritve glasbenega dela.²⁰ Ista ugotovitev pa ne velja za druge glasbene avtorje, ki so sodelovali pri ustvarjanju glasbe, vključene v avdiovizualno delo, na primer za avtorje besedil glasbenih del, glasbene aranžerje, prevajalce in avtorje priredbe besedila.²¹ Ti niso zajeti s taksativnim seznamom iz 105. ali 106. člena ZASP, zato ne spadajo niti med soavtorje avdiovizualnega dela niti med avtorje prispevkov k avdiovizualnemu delu, in to ne glede na to, ali so ustvarjali posebej z namenom vključitve glasbe v avdiovizualno delo ali brez takega namena. Zato se ti avtorji uvrščajo v kategorijo drugih avtorjev, katerih dela so bila vključena v avdiovizualno delo in se izkoriščajo skupaj z njim. Ob vsaki javni priobčitvi avdiovizualnega dela se namreč javno priobči tudi vsa vanj vključena glasba. Enako kot avtorji prispevkov drugi glasbeni avtorji ohranijo pravice na svojih glasbenih delih, ne pridobijo pa pravic na avdiovizualnem delu.

4. Pravice na avdiovizualnem delu in v njem uporabljeni glasbi

Vsa glasba, ki je uporabljena v avdiovizualnem delu, je varovana (tudi) kot samostojno glasbeno avtorsko delo, ki je navadno ustvarjeno še pred dokončanjem avdiovizualnega dela. Avtorske pravice na njej si po splošnih pravilih o soavtorstvu oziroma avtorstvu združenih del delijo skladatelj, aranžer in avtor besedila (pri čemer seveda niso pri vsakem glasbenem delu prisotni vsi trije). To velja ne glede na to, ali je glasba ustvarjena posebej za uporabo v avdiovizualnem delu ali ne, in ne glede na to, ali njeni ustvarjalci spadajo v kategorijo soavtorjev avdiovizualnega dela, avtorjev prispevkov ali avtorjev drugih vključenih del. Vsi, ki so nekaj ustvarili samostojno, na svojem avtorskem delu izvorno pridobijo avtorsko pravico in jo ohranijo tudi, če se to delo izkorišča v okviru avdiovizualnega dela. To je izrecno določeno v prvem odstavku 14.bis člena Bernske konvencije, po katerem je varstvo kinematografskega dela brez škode za pravice avtorja kateregakoli dela, ki bi bilo lahko prirejeno ali reproducirano.

²⁰ Zupančič meni, da za soavtorstvo ni treba, da je glasba prvič izvorno komponirana za avdiovizualno delo, ampak zadošča že glasbena priredba obstoječega dela, če je narejena posebej za to avdiovizualno delo. Trampuž, Oman in Zupančič, 1997, str. 245. V ZDA je status skladatelja originalnega *soundtracka* odvisen od pogodbe s producentom. Če ima status *employee-for-hire*, ne bo veljal za avtorja filma, če pa je zaposlen kot *independent contractor*, bo tak status imel. Blázquez, 2009, str. 6. Glej tudi Hyzig, 2000, str. 56–57.

²¹ Prispevek aranžerja ima sicer lahko glede na svojo ustvarjalno raven naravo predelave ali soavtorstva. Prim. Damjan, 2015, str. 14–16 in 20–21.

Skladatelj filmske glasbe pridobi še soavtorsko pravico na avdiovizualnem delu kot celoti, ko je to ustvarjeno. Zupančič meni, da za soavtorstvo avdiovizualnega dela zadošča že, da je glasba prirejena posebej za posamezno avdiovizualno delo.²² V takem primeru bi soavtor avdiovizualnega dela postal skladatelj, ki je prej ustvarjeno glasbo predelal v filmsko glasbo. Deleži posameznih soavtorjev avdiovizualnega dela se določijo v sorazmerju z dejanskim (kakovostnim in količinskim) doprinosom vsakega od njih k ustvaritvi dela ali po drugih merilih, ki jih določi pogodba o filmski produkciji.²³ Dovoljenje vsakega od soavtorjev je potrebno za vsakršno uporabo avdiovizualnega dela, tudi če ta neposredno ne zadeva njegovega avtorskega doprinosa. Skladatelj filmske glasbe je upravičen biti naveden kot soavtor filma, tudi če se javno priobči samo odlomek filma, v katerem ni glasbe. Prav tako je potrebno skladateljevo soglasje, da se njegova filmska glasba po dokončanju avdiovizualnega dela naknadno nadomesti z drugo glasbo, saj gre pri tem za predelavo avtorskega dela, katerega soavtor je. Pravilo o soavtorstvu iz 105. člena ZASP tako avtorsko pravico skladatelja glasbe, ki je bila ustvarjena posebej za uporabo v avdiovizualnem delu, preoblikuje v pravico na avdiovizualnem delu. Ko se film javno prikazuje, se izkorišča skladateljeva soavtorska pravica na avdiovizualnem delu in ne avtorska pravica na njegovi glasbi. Skladatelj filmske glasbe pa obdrži vse pravice glasbenega avtorja, kadar se njegova glasba uporablja zunaj okvira avdiovizualnega dela. Pri samostojni uporabi glasbe skladatelj nastopa le kot glasbeni avtor in ne potrebuje soglasja soavtorjev avdiovizualnega dela.

Preostali (so)avtorji glasbe, ki je uporabljena v avdiovizualnem delu – ne glede na to, ali spadajo med avtorje prispevkov ali ne – ne pridobijo pravic na avdiovizualnem delu, ampak vedno nastopajo le kot glasbeni avtorji. Ob javni priobčitvi filma se hkrati izkorišča tudi glasba kot samostojno avtorsko delo, ki je vključeno v avdiovizualno delo, zato morajo biti pridobljene pravice za tako uporabo glasbe. Dovoljenje glasbenega avtorja, ki ni hkrati soavtor avdiovizualnega dela, pa ni potrebno za javno priobčitev odlomka filma, v katerem ni njegove glasbe. Prav tako tak glasbeni avtor ne more prepovedati javnega prikazovanja filma brez glasbe ali zamenjave svoje glasbe v filmu z drugo glasbo.

Položaj glasbenih izvajalcev in proizvajalcev fonogramov kot imetnikov sorodnih pravic na posnetkih glasbenih izvedb tukaj ne bo podrobneje obravnavan, ker ti v nobenem primeru ne pridobijo pravic na avdiovizualnem delu. Za izvajalce in proizvajalce fonogramov pa je pomembno v sodni praksi potrjeno stališče, da je fonogram z vključitvijo v avdiovizualno delo izničen, zato proizvajalec fonograma in posredno izvajalci niso več upravičeni do nadomestila za njegovo javno priobčitev v okviru avdiovizualnega dela.

²² Trampuž, Oman in Zupančič, 1997, str. 245.

²³ Homann, 2007, str. 15–16.

Tonski posnetki se zlijejo v videogram, ki uživa specialnejše in močnejše pravno varstvo kot fonogram (glej drugi odstavek 128. člena ZASP).²⁴

5. Prenos pravic na filmskega producenta

5.1. Splošno

Filmski producent se lahko urejanju razmerij z glasbenimi avtorji izogne tako, da v filmu uporabi glasbo, na kateri so avtorske pravice že potekle, in s tem zniža stroške produkcije.²⁵ Sicer mora od vseh avtorjev v filmu uporabljene glasbe pridobiti pravice za vključitev glasbenega dela v avdiovizualno delo in za njegovo nadaljnjo uporabo med izkoriščanjem avdiovizualnega dela. Poimenovanje in vsebina pravnega posla, s katerim se uredi tak prenos pravic, se razlikujeta glede na to, ali ima posamezni glasbeni avtor status soavtorja avdiovizualnega dela, avtorja prispevka ali avtorja drugega v avdiovizualno delo vključenega glasbenega dela. Z vsemi pravnimi posli pa se zasleduje cilj, da se čim več avtorskih pravic, potrebnih za izkoriščanje avdiovizualnega dela in v njem uporabljenih del, zbere pri filmskem producentu ter s tem olajša komercialno izkoriščanje filma.

5.2. Prenos pravic soavtorjev avdiovizualnega dela

Skladatelji filmske glasbe svoje razmerje s filmskim producentom vnaprej uredijo s pogodbo o filmski produkciji.²⁶ Drugi odstavek 107. člena ZASP določa domnevo, da so s sklenitvijo take pogodbe vsi soavtorji avdiovizualnega dela na filmskega producenta izključno in neomejeno prenesli vse svoje materialne avtorske pravice in druge pravice avtorja na avdiovizualnem delu, njegovem prevodu, njegovih avdiovizualnih predelavah ali pri tem delu nastalih fotografijah, če ni s pogodbo drugače določeno. Pravice na filmu

²⁴ Sodba Sodišča EU v zadevi C-147/19 *Atresmedia* z dne 18. novembra 2020. Glej Trampuž, 2020, str. II–IV.

²⁵ V otroštvu sem veliko klasične glasbe spoznal prek animirane serije *Smrkci* (*The Smurfs*, 1981–1989), ki je bila znana po pogosti uporabi takega glasbenega ozadja. Da gre za klasična dela, sem seveda spoznal šele leta pozneje. Glej seznam uporabljene glasbe na [https://smurfs.fandom.com/wiki/Smurfs_\(1981_TV_series\)/Classical_music_compositions](https://smurfs.fandom.com/wiki/Smurfs_(1981_TV_series)/Classical_music_compositions) (dostop: 9. 2. 2022).

²⁶ Iz zakonske formulacije bi bilo mogoče sklepati, da gre pri tem za enotno pogodbo med filmskim producentom in vsemi soavtorji avdiovizualnega dela ter avtorji prispevkov k njemu. Vendar se v praksi sklepa več ločenih pogodb, ki jih je kljub temu treba presojati po določilih 107. člena ZASP. Trampuž, Oman in Zupančič, 1997, str. 251. V nemškem pravu se pogodba med skladateljem filmske glasbe in filmskim producentom obravnava kot posebna pogodba o naročilu skladbe, ki je po svoji naravi mešanica podjemne in licenčne pogodbe. Manegold in Czernik v Wandtke in Bullinger, 2019, § 88, r. št. 43.

kot celoti torej navadno upravlja samo filmski producent, individualno ali prek kolektivne organizacije v primeru obveznega kolektivnega upravljanja.

Domneva o obsegu prenos pravic soavtorjev avdiovizualnega dela na filmskega producenta sicer ni zavezujoča in velja samo, če v pogodbi o filmski produkciji ni določeno drugače. Posamezni soavtorji lahko po dogovoru obdržijo nekatere ali vse svoje pravice na avdiovizualnem delu. Skladatelji filmske glasbe poleg tega, če ni dogovorjeno drugače, obdržijo pravico do samostojnega izkoriščanja svoje glasbe zunaj filma.²⁷ V državah z razvito filmsko produkcijo je v praksi značilno, da glasbeni avtorji, katerih avtorsko ustvarjanje ni omejeno na filmsko dejavnost, ampak so že člani kolektivnih organizacij na svojem matičnem ustvarjalnem področju, prek njih uveljavljajo pravice, povezane z javno priobčitvijo in reprodukcijo svojih del v vseh oblikah, tudi v okviru avdiovizualnih del. Tudi glede tega sicer ureditev ni enotna.²⁸

Soavtorji po ZASP v vsakem primeru obdržijo izključno pravico do nadaljnje predelave avdiovizualnega dela v kakšno drugo umetniško obliko, na primer odrsko predstavo. Prav tako se s pogodbo ne morejo odpovedati pravici do primernega nadomestila od filmskega producenta za vsakokratno dajanje v najem videogramov avdiovizualnega dela.

5.3. Prenos pravic na glasbenih prispevkih k avdiovizualnemu delu

Skladatelji predobstoječe glasbe imajo status avtorjev prispevkov k avdiovizualnemu delu. Tudi zanje zakon predvideva izključni prenos pravic na filmskega producenta na podlagi pogodbe o filmski produkciji, pri čemer pa se prenašajo samo pravice na filmski glasbi kot prispevku k avdiovizualnemu delu, in to le v obsegu, ki je potreben za dokončanje avdiovizualnega dela, ne pa tudi za njegovo nadaljnje izkoriščanje (tretji odstavek 107. člena ZASP).²⁹ Ob vsakokratni javni priobčitvi avdiovizualnega dela je treba torej posebej pridobiti dovoljenje za uporabo v to delo vključenih glasbenih prispevkov. Za javno priobčitev neodrskih glasbenih del je sicer predpisano obvezno kolektivno upravljanje, tako da skladatelj dobi nadomestilo za javno priobčitev svoje glasbe v okviru filma prek kolektivne organizacije.

Avtorji prispevkov v vsakem primeru obdržijo pravico, da svoje prispevke k avdiovizualnemu delu uporabljajo posebej (torej zunaj avdiovizualnega dela), če niso s tem prizadete pravice filmskega producenta.³⁰ Če glasba ni bila ustvarjena posebej za avdiovizualno delo, verjetno lahko o nedopustnem posegu v producentove pravice govorimo le,

²⁷ Prim. Ertl, 2010, str. 43.

²⁸ Prim. Despringre, Taylor in Amilhat, 2015, str. 14–15.

²⁹ Trampuž, Oman in Zupančič, 1997, str. 252.

³⁰ Tudi v Avstriji in Franciji podobno kot v Sloveniji velja samodejna zakonska cesija prenosa pravic avtorjev filma na filmskega producenta. To pa ne velja za avtorje prispevkov. Na prej obstoječih delih je treba urediti pravice s posebno pogodbo. Ertl, 2010, str. 17–19 in 37.

če je skladatelj s pogodbo naknadno prenesel na producenta tudi pravico samostojnega izkoriščanja svoje glasbe zunaj avdiovizualnega dela.

5.4. Prenos pravic drugih avtorjev glasbe v avdiovizualnih delih

Drugi avtorji v avdiovizualnem delu uporabljene glasbe, ki jim zakon ne priznava statusa avtorjev prispevkov (to sta zlasti avtor besedila glasbe in glasbeni aranžer), razmerje s producentom uredijo s sklenitvijo pogodbe o avdiovizualni priredbi. Avdiovizualna priredba je posebna vrsta predelave avtorskega dela, pri kateri se prvotno delo v predelani ali nespremenjeni obliki vključi v avdiovizualno delo.³¹

Po 104. členu ZASP se šteje, da je s pogodbo o avdiovizualni priredbi avtor prvotnega dela izključno in neomejeno prenesel na filmskega producenta pravico predelave in vključitve prvotnega dela v avdiovizualno delo, svoje materialne avtorske pravice in druge pravice avtorja na tem avdiovizualnem delu, njegovem prevodu, njegovih avdiovizualnih predelavah ali na fotografijah, nastalih v zvezi s produkcijo avdiovizualnega dela, če ni s pogodbo drugače določeno. Zakonska določba v delu, v katerem govori o pravicah avtorja prvotnega dela na avdiovizualnem delu ni točna, saj avtor avdiovizualno prirejenega prvotnega dela po 105. členu ZASP nima statusa soavtorja avdiovizualnega dela, kar pomeni, da tudi ne more razpolagati s pravicami na tem delu. Glede na to je treba zakonsko besedilo razumeti v smislu, da se na filmskega producenta izključno prenesejo pravice do uporabe prvotnega dela v avdiovizualno prirejeni obliki, tj. v okviru avdiovizualnega dela. Možen pa je seveda drugačen dogovor, če ima avtor interes, da ohrani tudi nadzor nad izkoriščanjem svojega dela v okviru avdiovizualnega dela.

Avtor prvotnega dela v vsakem primeru obdrži izključno pravico do nadaljnje predelave avdiovizualnega dela v kakšno drugo umetniško obliko, izključno pravico do nove avdiovizualne priredbe prvotnega dela po preteku desetih let od sklenitve pogodbe o avdiovizualni priredbi in pravico do primernega nadomestila od filmskega producenta za vsakokratno dajanje v najem videogramov avdiovizualnega dela. Te pravicam s pogodbo ne more odpovedati. Avtor besedila in glasbeni aranžer filmske glasbe sicer pravico do nadaljnje predelave avdiovizualnega dela uživata samo, dokler je njuna filmska glasba vključena tudi v predelano obliko avdiovizualnega dela in gre torej za delni derivat njunega dela.³² Ker sama nista soavtorja avdiovizualnega dela, pa ne moreta preprečiti zamenjave glasbene podlage ob predelavi avdiovizualnega dela.

³¹ Trampuž, Oman in Zupančič, 1997, str. 238.

³² Prim. prav tam, str. 241. Drugačna razlaga bi pripeljala do nenavadnega rezultata, po katerem bi avtor besedila in glasbeni aranžer v filmu uporabljene glasbe uživala večje pravice na avdiovizualnem delu, kot jih ima skladatelj iste glasbe, če je ni ustvaril posebej za ta namen.

6. Kolektivno upravljanje pravic na filmski glasbi

6.1. Konflikt glede dvojnega članstva skladateljev filmske glasbe

Skladatelji filmske glasbe zaradi narave svojega ustvarjanja nastopajo tako v kategoriji glasbenih avtorjev kot tudi soavtorjev avdiovizualnih del. Čeprav iz skladateljevega avtorjevega ustvarjanja nastane samo ena avtorska pravica, se ta lahko izkorišča bodisi samostojno kot pravica na glasbi bodisi v okviru soavtorske pravice skladatelja na avdiovizualnem delu. V primerih, ko se ta enotna pravica uveljavlja kolektivno, pa se postavlja vprašanje, katera kolektivna organizacija bo zanjo pristojna – kolektivna organizacija glasbenih avtorjev ali kolektivna organizacija avtorjev avdiovizualnih del. Glede na tretji odstavek 14. člena Zakona o kolektivnem upravljanju avtorske in sorodnih pravic (ZKUASP)³³ ima lahko namreč za isto vrsto avtorskih del in za iste pravice dovoljenje za kolektivno upravljanje samo ena kolektivna organizacija.

Obseg kolektivnega upravljanja pravic na glasbenih delih je sicer precej širši od tistega na avdiovizualnih delih, saj 9. člen ZKUASP predpisuje obvezno kolektivno upravljanje za vsako obliko priobčitve javnosti neodrskih glasbenih del, razen v obliki dajanja na voljo javnosti. Do prekrivanja med pristojnostmi obeh organizacij pa lahko pride pri upravljanju pravice do nadomestila za reproduciranje avtorskih del za privatno in drugo lastno uporabo ter pravice kableske retransmisije avtorskih del, kjer je kolektivno upravljanje obvezno za obe kategoriji del.

Kolektivni organizaciji slovenskih glasbenih avtorjev, Združenju SAZAS, je Urad RS za intelektualno lastnino leta 2001 z začasnim dovoljenjem³⁴ dovolil kolektivno uveljavljanje avtorskih pravic v primeru kableske retransmisije avdiovizualnih del. To dovoljenje se je nanašalo na upravljanje pravic vseh kategorij imetnikov pravic, ki se izkoriščajo pri kableski transmisiji avdiovizualnih del, ne le soavtorjev teh del. Ker je bil SAZAS na podlagi stalnega dovoljenja že pooblaščen za kolektivno upravljanje avtorskih pravic na glasbenih delih, na podlagi drugega začasnega dovoljenja pa tudi za pobiranje nadomestila za privatno in drugo lastno reproduciranje,³⁵ je bilo na enem mestu združeno kolektivno upravljanje pravic vseh avtorjev v filmih uporabljene glasbe, in to ne glede na to, ali se glasba priobčuje javnosti samostojno ali v okviru avdiovizualnega dela. Plačevanje pravic kableske retransmisije je bilo v praksi urejeno z leta 1999 sklenjenim Memorandumom o ureditvi avtorskih in sorodnih pravic za televizijske in radijske programe, retransmitirane v kableskih sistemih v Sloveniji, sklenjen med domačimi in tuji zastopniki imetnikov pravic ter slovenskimi kableskimi operaterji. Predmet licenciranja so bile avtorske pravice

³³ Uradni list RS, št. 63/16.

³⁴ Začasno dovoljenje št. 800-3/00-3 z dne 24. januarja 2001.

³⁵ Začasno dovoljenje št. 800-3/96 z dne 3. oktobra 1997.

za glasbena in avdiovizualna dela, imetniki pravic pa so se zavezali, da jamčijo tudi za vse druge avtorske in sorodne pravice v skladu s slovensko zakonodajo.³⁶

Začasno dovoljenje Združenju SAZAS je prenehalo leta 2010 z ustanovitvijo Zavoda AIPA, tj. kolektivne organizacije avtorjev avdiovizualnih del, ki jo je Urad med drugim pooblastil za kolektivno upravljanje pravic za soavtorje avdiovizualnih del, in sicer pravice do pravičnega nadomestila za tonsko ali vizualno snemanje avdiovizualnih del, ki se izvrši pod pogoji privatne ali druge lastne uporabe, in pravice radiodifuzne retransmisije v primeru kableske retransmisije avdiovizualnih del.³⁷ Dovoljenje je izrecno omejeno samo na osebe s statusom soavtorjev avdiovizualnih del, kategorije soavtorjev pa so v dovoljenju našteje z uporabo definicije iz 105. člena ZASP, tako da je med njimi posebej naveden tudi skladatelj filmske glasbe, ki je posebej ustvarjena za uporabo v avdiovizualnem delu.³⁸

Posledično je razpadel sistem podeljevanja licenc za kablesko retransmisijo po načelu vse na enem mestu, ki je temeljil na memorandumu iz leta 1999. Nova ureditev kolektivnega upravljanja pravic soavtorjev avdiovizualnih del je v začetnem obdobju povzročila precej nejasnosti in sporov glede upravljanja pravic glasbenih avtorjev, kadar se glasba izkorišča v okviru avdiovizualnega dela. Kolektivna organizacija glasbenih avtorjev je zagovarjala stališče, da zakonska definicija soavtorstva avdiovizualnih del sama po sebi še ne zahteva tudi enotnega kolektivnega upravljanja avtorskih pravic za vse soavtorje avdiovizualnih del prek iste kolektivne organizacije. Ker so glasbeni avtorji že člani glasbene kolektivne organizacije, ne bi bilo smiselno, da se včlanjujejo v še eno. Ločeno upravljanje pravic na glasbenih delih, kadar se ta izkoriščajo v okviru avdiovizualnih del, pa naj tudi ne bi bila v skladu s pravilom iz tretjega odstavka 14. člena ZKUASP (prej 3. točka prvega odstavka 149. člena ZASP), da se za isto vrsto avtorskih del in za iste pravice izda dovoljenje za kolektivno upravljanje le eni organizaciji. Cepitev upravljanja pravic iz istega glasbenega dela med dve kolektivni organizaciji naj tudi ne bi bila običajna v drugih evropskih pravnih redih.

6.2. Praksa glede upravljanja pravic na filmski glasbi v nekaterih evropskih državah

Ne glede na specifične nacionalne zakonske ureditve soavtorstva avdiovizualnih del v večini evropskih držav prevladuje praksa, da avtorji filmske glasbe ne prenesejo vseh svojih pravic na filmskega producenta, ampak sami ohranijo tiste pravice na glasbenih

³⁶ Sodba Vrhovnega sodišča RS II Ips 43/2018 z dne 9. aprila 2018, točka 5 obrazložitve.

³⁷ Dovoljenje št. 31227-1/2008-231/105 z dne 6. februarja 2012.

³⁸ Zavod AIPA je poleg tega pooblaščen za upravljanje pravice do pravičnega nadomestila za tonsko ali vizualno snemanje pod pogoji privatne ali druge lastne uporabe, in sicer za izvajalce, katerih izvedbe so uporabljene v avdiovizualnih delih, in za filmske producente. Nima pa dovoljenja za kolektivno upravljanje pravic avtorjev prispevkov k avdiovizualnem delu in drugih avtorjev, katerih dela so bila vključena v avdiovizualno delo.

delih, za upravljanje katerih so že pooblastili svojo kolektivno organizacijo oziroma so jih že predhodno prenesli na svojega založnika (zlasti male in mehanske pravice).³⁹ Ne glede na namen, za katerega je bila ustvarjena glasba, urejanje pravic za uporabo glasbe v avdiovizualnih delih poteka v dveh fazah:

1. pridobivanje pravic za vključitev določene glasbe v novo avdiovizualno delo (tako imenovano sinhronizacijo) in
2. pridobivanje pravic za izkoriščanje glasbe v okviru dokončanega avdiovizualnega dela (na primer z javno priobčitvijo avdiovizualnega dela ali z razmnoževanjem in distribucijo videogramov).⁴⁰

Za uporabo glasbe pri izdelavi filma (sinhronizacijo) se največkrat dogovori enkratno plačilo, s katerim producent pridobi od avtorjev glasbe dovoljenje, da vključi določeno glasbeno delo (skladbo in besedilo) v zvočni zapis (angl. *soundtrack*) filma. Pri tem gre za vrsto predelave glasbe. To dovoljenje lahko vključuje tudi pravico do reproduciranja glasbe kot dela filma (mehanske pravice). Pravice za sinhronizacijo namenske filmske glasbe producent pridobi neposredno od avtorjev (skladateljev in avtorjev besedil).⁴¹ Če gre za že prej ustvarjeno komercialno glasbo, pa so avtorji potrebne pravice lahko že prenesli na glasbeno založbo, zato mora producent ustrezno dovoljenje pridobiti od te založbe.⁴² V Nemčiji avtorji oziroma založniki standardno pooblastijo kolektivno organizacijo GEMA tudi za upravljanje pravice do sinhronizacije, tako da kolektivna organizacija podeljuje tudi dovoljenja za vključitev glasbe v avdiovizualna dela. Vendar lahko imetniki pravic to pravico na *ad hoc* osnovi prevzamejo v individualno upravljanje in se o sinhronizacijski licenci neposredno dogovarjajo s filmskimi producenti.⁴³ GEMA po pooblastilu zastopa tudi pravico do uporabe glasbe v lastnih oddajah RTV organizacij.⁴⁴ Pravice do javne priobčitve glasbenega dela in mehanske pravice pa niso del sinhronizacijske licence in jih zato v vsakem primeru ureja GEMA, tudi ko je delo vključeno v film.⁴⁵ Enaka ureditev velja v Švici, kjer pravice avtorjev filmske glasbe zastopa kolektivna organizacija SUIISA.⁴⁶

³⁹ Prim. Trampuž, 2007, str. 59–60. V Franciji se skladatelj filmske glasbe šteje za soavtorja avdiovizualnega dela, vendar pri njem, drugače kot pri drugih soavtorjih, ne velja domneva prenosa pravic izkoriščanja dela. Te pravice navadno upravlja kolektivna organizacija glasbenih avtorjev SACEM. Blázquez, 2009, str. 7.

⁴⁰ EBU, 2021, str. 17–18.

⁴¹ Prav tam, str. 21.

⁴² Blázquez, 2009, str. 5; in Ertl, 2010, str. 38.

⁴³ Staudt v: Kreile, Becker in Riesenhuber, 2008, str. 355–357. Manegold in Czernik v Wandtke in Bullinger, 2019, § 88, r. št. 47.

⁴⁴ Staudt v: Kreile, Becker in Riesenhuber, 2008, str. 360.

⁴⁵ Blázquez, 2009, str. 7; Klages, 2004, str. 65; in Staudt v: Kreile, Becker, Riesenhuber, 2008, str. 306–307.

⁴⁶ Hyzig, 2000, str. 30.

Pravic za nadaljnje izkoriščanje avdiovizualnega dela, v katerem je vključena glasba, zlasti za njegovo javno priobčitev in mehansko reprodukcijo, avtorji glasbe običajno ne prenesejo na filmskega producenta, ampak se v pogodbi o filmski produkciji uporabi standardizirana klavzula o rezervaciji pravic, ki jih upravlja kolektivna organizacija. Uporabniki avdiovizualnega dela (kinooperaterji, RTV organizacije, distributerji DVD-jev, kabelski operaterji, IP-TV operaterji) morajo torej pravice za izkoriščanje v filmu uporabljene glasbe pridobiti pri relevantni kolektivni organizaciji, ki zastopa avtorje glasbe.⁴⁷ Pogodba med skladateljem in producentom zato vsebuje tudi določbo, da mora filmski producent skladateljevi kolektivni organizaciji posredovati seznam s podatki o vsej glasbi, uporabljeni v filmu (angl. *cue sheet*).⁴⁸ Kolektivne organizacije za uporabo te glasbe pobirajo nadomestila in jih razdelijo imetnikom pravic (bodisi prvotnim avtorjem bodisi glasbenim založbam).⁴⁹ Razmerja z RTV organizacijami se pogosto uredijo z blanketno licenco, ki dopušča uporabo celotnega repertoarja kolektivne organizacije za radiodifuzno oddajanje.⁵⁰ V Avstriji imajo tudi vsi kinooperaterji sklenjeno splošno pogodbo s kolektivno organizacijo, s katero je urejeno plačevanje nadomestila avtorjem glasbe za javno prikazovanje filmov v kinematografih. Kjer takih pogodb ni, morajo kinooperaterji plačilo nadomestila urediti individualno pri relevantni kolektivni organizaciji.⁵¹

Če se v avdiovizualno delo vključi prej ustvarjen posnetek izvedbe glasbenega dela (na primer glasba, izdana na CD plošči), potem mora filmski producent pogodbeno urediti tudi razmerje do izvajalca in proizvajalca fonogramov.⁵² Producent od imetnikov pravic običajno pridobi samo omejeno licenco za vključitev glasbenega dela oziroma posnetka njegove izvedbe v avdiovizualno delo (angl. *master use license*) kar običajno obsega vsaj pravici reproduciranja in predelave fonograma. V dovoljenju so opredeljeni tudi načini dovoljenega izkoriščanja dela ter geografski obseg in trajanje licence. Z *master use* pravicami navadno razpolaga proizvajalec fonograma, ki je vse pravice na posnetku izvedbe pridobil od izvajalcev na podlagi pogodbe o snemanju.⁵³

⁴⁷ Kamina, 2002, str. 184; Ertl, 2010, str. 40–41; Blázquez, 2009, str. 5–7; Hyzig, str. 31, 99; Trampuž, 2007, str. 59–60; Staudt v: Kreile, Becker in Riesenhuber, 2008, str. 307–308; ter Manegold in Czernik v Wandtke in Bullinger, 2019, § 88, r. št. 59.

⁴⁸ LeMone in Todd, 2005.

⁴⁹ V ZDA je v pogodbah med producenti in skladatelji zato standardna tudi določba, da mora biti skladatelj član ustrezne kolektivne organizacije (ASCAP, BMI ali SESAC), prek katere bo dobival nadomestilo za javno priobčitev in mehansko reprodukcijo svojega dela. Blázquez, 2009, str. 6.

⁵⁰ Prav tam, str. 5–6.

⁵¹ Ertl, 2010, str. 41.

⁵² V našem pravu je izvorni imetnik pravic vedno izvajalec, ki pa svoje pravice lahko s pogodbo takoj prenese naprej. V ZDA se komercialni fonogrami običajno delajo kot *work made for hire*. Izvajalci so najeti za konkretno snemanje in proizvajalec fonograma tako postane originalni imetnik vseh pravic na posnetku, če ni dogovorjeno drugače. Blázquez, 2009, str. 6.

⁵³ Prav tam, str. 5.

6.3. Razlaga Sveta za avtorsko pravo

Svet za avtorsko pravo je neodvisni strokovni organ pri Uradu RS za intelektualno lastnino, ki ima po 49. členu ZKUASP več strokovnih nalog na področju kolektivnega upravljanja. Svet je leta 2017 v odločbi, s katero je sicer odločal o določitvi primerne tarife za radiodifuzno (kabelsko) retransmisijo glasbenih del, podal svoje stališče glede pravilne razlage zakonskih določb o avtorstvu avdiovizualnih del v povezavi z upravljanjem pravic na teh delih.⁵⁴

Predlagatelj postopka, Združenje kabelskih operaterjev Slovenije, GIZ, je zastopal stališče, da naj bi se dovoljenje za kolektivno upravljanje Združenja SAZAS nanašalo le na glasbo, ki se predvaja v radijskih in televizijskih programih zunaj avdiovizualnih del. Za kolektivno upravljanje pravic avtorjev namensko ustvarjene filmske glasbe naj bi bil pooblaščen Zavod AIPA, avtorjem glasbenih avtorskih del z naravo prispevkov k avdiovizualnemu delu pa naj ne bi pripadale nobene pravice, niti pravica do nadomestila. Zaradi nedeljivosti, samostojnosti in izvirnosti avdiovizualnih del kot takih naj bi se pravice avtorjev glasbenih prispevkov »utopile« v teh delih in s tem v celoti izginile.⁵⁵ Združenje SAZAS je nasprotno menilo, da glasbena avtorska dela ohranijo svojo samostojnost in samobitnost tudi, ko se uporabijo v avdiovizualnem delu bodisi kot njegov prispevek bodisi kot njegov integralni sestavni del (soavtorstvo avdiovizualnega dela). Na tej podlagi je zavržalo pooblastilo Zavoda AIPA za kolektivno upravljanje pravic avtorjev filmske glasbe.⁵⁶

Svet za avtorsko pravo v odločbi ugotavlja, da dovoljenje Združenju SAZAS nedvomno obsega kolektivno upravljanje pravic avtorjev čiste glasbe, tj. (neodrske) glasbe, ki se predvaja v radijskih programih oziroma po televiziji zunaj programskih vsebin z naravo avdiovizualnih del. Glasba, ki se v televizijskih programih predvaja v okviru avdiovizualnih del, pa ima po mnenju Sveta dve pojavnosti obliki. Prvo zavzema filmska glasba, tj. glasbena avtorska dela, ki so ustvarjena posebej za uporabo v avdiovizualnem delu. Druga pojavnost oblika pa so glasbena avtorska dela, ki se v avdiovizualnem delu zgolj uporabijo, in to v nespremenjeni oziroma neprirejani obliki.

Za pobiranje nadomestil za kabelsko retransmisijo za račun avtorjev filmske glasbe je po mnenju Sveta pooblaščen Zavod AIPA in ne Združenje SAZAS, saj gre pri tem za pravice skladateljev kot soavtorjev avdiovizualnega dela. Pravica do nadomestila za kabelsko retransmisijo pa poleg soavtorjem avdiovizualnega dela pripada tudi avtorjem glasbenih prispevkov iz naslova uporabe slednjih v okviru avdiovizualnega dela. Svet poudarja, da ni razumnega razloga, da pravic avtorjev glasbenih del, ki jim zakon z uvrstitvijo v kategorijo prispevkov k avdiovizualnemu delu priznava posebno varstvo, ne bi upravljal kolektivna organizacija, ki ima dovoljenje pristojnega organa za primer kabelske retransmisije glasbe-

⁵⁴ Odločba opr. št. 31229-2/2012-101 z dne 22. marca 2017.

⁵⁵ Prav tam, točka 6 obrazložitve.

⁵⁶ Prav tam, točka 7 obrazložitve.

nih del. Po presoji Sveta se torej dovoljenje Združenja SAZAS nanaša tudi na kolektivno upravljanje pravic avtorjev glasbenih del z naravo avtorskih prispevkov k avdiovizualnemu delu, kadar se ta kabelsko retransmitirajo v okviru avdiovizualnega dela.

Svet poudarja, da po taki razlagi izreka omenjenih dovoljenj dopolnjujeta drug drugega, tako da iz kolektivnega upravljanja pravic ni izključen noben avtor glasbenih avtorskih del, ki se kabelsko retransmitirajo v katerikoli od zgoraj obravnavanih oblik. S tem naj bi bila raven pravnega varstva avtorjev glasbe v okviru slovenskega sistema kolektivnega upravljanja pravic iz naslova kabelske retransmisije glasbe dejansko in formalno pravno izenačena s sistemi drugih držav članic EU. Tudi Svet namreč ugotavlja, da je delitev skladateljev glasbe na soavtorje avdiovizualnega dela na eni strani in avtorje prispevkov na drugi unikum, ki je značilen bolj ali manj le za slovensko (in hrvaško) avtorskopravno ureditev, druge primerljive države evropskega prostora pa take členitve ne poznajo, ampak pravico do nadomestila zagotavljajo vsem avtorjem, katerih glasba se predvaja v okviru avdiovizualnih del, in sicer ne glede na način ter namen njenega nastanka.⁵⁷

V obrazložitvi odločbe Sveta je sicer nekaj netočnosti. V 12. točki obrazložitve je navedeno, da med avtorje prispevkov k avdiovizualnemu delu zakon prišteva vse avtorje predobstoječe glasbe. To ne drži, saj ZASP v 106. členu med avtorje prispevkov izrecno prišteva le skladatelje, ne pa tudi drugih avtorjev glasbe, na primer avtorjev besedila.⁵⁸ V 17. točki obrazložitve Svet pojasnjuje, da bi bili prispevki k avdiovizualnemu delu v odsotnosti drugačne ureditve v 106. členu ZASP obravnavani kot nebitvena pritiklina k avdiovizualnemu delu in zato pravno nevarovani. Iz te razprave bi lahko sklepali, da so tisti avtorski elementi v avdiovizualnem delu, ki jih zakon ne uvršča niti med soavtorstvo niti med prispevke, samo nebitvene pritikline avdiovizualnega dela, ki so v skladu z 52. členom ZASP v prosti uporabi. Vendar so v skladu s splošno teorijo avtorskega prava pritikline lahko samo tista avtorska dela, ki se v avdiovizualnem delu pojavijo tako rekoč naključno in bi jih bilo brez vpliva na delo mogoče izločiti ali nadomestiti.⁵⁹ To pa ne more veljati za besedilo glasbe, ki je lahko pri avdiovizualnih delih bistvenega pomena (na primer značilna vsakokratna naslovna pesem v uvodni špici filmov o Jamesu Bondu). Glede na to tudi ne drži ugotovitev Sveta, da ima glasba, ki se predvaja v okviru avdiovizualnih del, le dve pojavniki obliki, ampak so te pojavne oblike ob upoštevanju 105. in 106. člena ZASP tri:

1. filmska glasba soavtorjev avdiovizualnega dela;
2. glasbeni prispevki k avdiovizualnemu delu s strani skladateljev, ki glasbe niso ustvarili posebej za uporabo v avdiovizualnem delu;

⁵⁷ Prav tam, točka 19 obrazložitve.

⁵⁸ Tretji odstavek 14.bis člena Bernske konvencije v tretjem odstavku govori o avtorjih glasbenih del, ustvarjenih za realizacijo kinematografskega dela, in ne le o skladateljih.

⁵⁹ Prim. Trampuž, Oman in Zupančič, 1997, str. 161–162.

3. v avdiovizualno delo vključena ali predelana avtorska dela drugih glasbenih avtorjev (avtorjev besedil in aranžerjev).

Upravno sodišče RS je navedeno odločbo Sveta za avtorsko pravo iz procesnih razlogov odpravilo in zadevo vrnilo organu v ponovno odločanje.⁶⁰ Ker se je ponovno odločanje Sveta zavleklo,⁶¹ je medtem o vprašanju kolektivnega upravljanja avtorskih pravic na glasbi v avdiovizualnih delih vsebinsko že odločilo Vrhovno sodišče RS v civilnih sporih med kolektivnimi organizacijami in uporabniki avdiovizualnih del.

6.4. Odločitev Vrhovnega sodišča

Združenje SAZAS je s tožbami od kabelskih operaterjev zahtevalo plačilo za kabelsko retransmisijo glasbenih del v okviru avdiovizualnih del, češ da ta spada med male glasbene pravice,⁶² ki jih upravlja ta kolektivna organizacija, toženci pa so se branili, da so vse pravice v zvezi s kabelsko retransmisijo avdiovizualnih del že uredili s skupnim sporazumom z Zavodom AIPA. Vrhovno sodišče je o vprašanju prvič odločalo aprila 2018.⁶³ Zavrnilo je stališče tožnika, da avtorji filmske glasbe ohranijo vse pravice, ki jih že imajo na svojem glasbenem delu, in poleg njih pridobijo še dodatne pravice na avdiovizualnem delu. To bi namreč pomenilo, da lahko skladatelj filmske glasbe zahteva od uporabnika dvojno plačilo za isto priobčitev filmske glasbe, in sicer najprej kot avtor glasbenega dela, nato pa še kot soavtor avdiovizualnega dela. Po mnenju Vrhovnega sodišča RS je uporabnik z licenčno pogodbo z Zavodom AIPA uredil razmerja do vseh soavtorjev avdiovizualnih del, tudi do skladatelja filmske glasbe, zato za kabelsko retransmisijo filmske glasbe ni dolžan plačati nadomestila še organizaciji, ki kolektivno upravlja male glasbene pravice.

Vrhovno sodišče pa je zavrnilo tudi stališče tožene stranke, da je predobstoječa glasba z vključitvijo v avdiovizualno delo postala njegov nedeljivi sestavni del in se zato ne more upravljati ločeno od avdiovizualnega dela, pri čemer naj bi avtorjem prispevkov ostala le pravica, da svoje prispevke k avdiovizualnemu delu posebej uporabljajo, ne pa tudi pravica uporabe prispevkov, ki se priobčijo kot sestavni del avdiovizualnega dela. Sodišče je opozorilo, da prvi odstavek 14.bis člena Bernske konvencije izrecno določa, da uživa kinematografsko delo varstvo kot izvirno delo brez škode za pravice avtorja kateregakoli dela, ki bi bilo lahko prirejeno ali reproducirano. Čeprav se glasba predvaja v avdiovizualnem delu, gre še vedno za priobčitev glasbe v smislu njene slišne zaznave, ki se od siceršnjega predvajanja glasbe ne razlikuje toliko, da bi bilo zato treba zmanjšati pravice njenih avtorjev. Dovoljenje Združenja SAZAS zato obsega tudi upravljanje pravic na predobstoječi glasbi v avdiovizualnih delih, pa tudi s pravicami na filmski glasbi, kadar

⁶⁰ Sodba Upravnega sodišča RS I U 944/2017-36 z dne 13. novembra 2018.

⁶¹ Glej obrazložitev sodbe Upravnega sodišča RS I U 1258/2020-9 z dne 24. novembra 2020.

⁶² O pojmu malih glasbenih pravic glej Drobež, 2017, str. 145; in Damjan, 2017, str. 145–146.

⁶³ Sodba Vrhovnega sodišča RS II Ips 43/2018 z dne 9. aprila 2018.

se ta retransmitira samostojno. Izključni prenos pravic avtorjev prispevkov na filmskega producenta s sklenitvijo pogodbe o filmski produkciji vpliva le na vprašanje, kdo je končni upravičenec do nadomestila, ne pa na razmerje med kolektivno organizacijo in uporabnikom.

Vrhovno sodišče je še pojasnilo, da sta avdiovizualno delo in glasbeno delo v njem samostojni avtorski deli, ki sta sicer povezani, vendar ne tako, da bi glasbeno delo v avdiovizualnem delu spremenilo svojo naravo. Stvar zakonodajalca je, ali bo skladatelju podelil soavtorstvo na avdiovizualnem delu, oziroma bo ta tudi v primeru predvajanja glasbe skupaj z avdiovizualnim delom ohranil izključne pravice kot avtor glasbenega dela. Še ločeno od tega pa je vprašanje, katera kolektivna organizacija bo uveljavljala njegove pravice.⁶⁴ V primerjalnem pravu se je večinoma uveljavilo stališče, da se pravice na glasbi uveljavljajo ločeno od pravic na avdiovizualnem delu. Delitev upravljanja pravic skladateljev glasbe med dve kolektivni organizaciji je posebnost našega sistema avtorskega prava. Po mnenju Vrhovnega sodišča je iz predmetnega spora razvidno, da taka rešitev v praksi ni najboljša, saj razmejitev med obsegom pravic, ki jih upravljata Združenje SAZAS in Zavod AIPA, iz samega zakona ni jasno in nedvoumno razvidna. Tako stanje pa lahko vpliva na pripravljenost uporabnikov, da kolektivni organizaciji plačujejo nadomestila za licence, saj ni že samo po sebi očitno, kaj je sploh predmet licence.⁶⁵

6.5. Slabosti sprejete rešitve

Kot je kritično opozorilo že Vrhovno sodišče, z izdanimi dovoljenji za kolektivno upravljanje ni vzpostavljena jasna ločitev pristojnosti med kolektivnimi organizacijami niti po merilu vrste avtorskega dela (za glasbo v avdiovizualnih delih je pristojen Zavod AIPA za soavtorje,⁶⁶ Združenje SAZAS pa za avtorje prispevkov in druge glasbene ustvarjalce) niti po merilu avtorja (skladatelj filmske glasbe mora biti član Zavoda AIPA za uporabo glasbe znotraj avdiovizualnega dela in član Združenja SAZAS za samostojno uporabo iste glasbe) niti po merilu pravice, ki se upravlja (kabelsko retransmisijo glasbenih del v okviru avdiovizualnih del upravlja SAZAS za avtorje prispevkov in AIPA

⁶⁴ Upravni oddelek Vrhovnega sodišča je sicer leta 2012 zavzel obratno stališče, in sicer da iz avdiovizualnega dela izvira ena pravica do radiodifuzne retransmisije, s katero lahko upravlja le ena kolektivna organizacija, ki združuje vse soavtorje avdiovizualnih del. Sodba X Ips 97/2012 z dne 19. septembra 2012, točka 19 obrazložitve.

⁶⁵ Sodba Vrhovnega sodišča RS II Ips 43/2018 z dne 9. aprila 2018, točke 20–33 obrazložitve. Enako razlago materialnega prava je Vrhovno sodišče ponovilo v sodbi II Ips 219/2017 z dne 18. aprila 2018, nanjo pa se je sklicevalo še v sodbah II Ips 52/2018 z dne 7. junija 2018, II Ips 100/2018 z dne 7. junija 2018, II Ips 41/2018 z dne 14. junija 2018, II Ips 107/2018 z dne 19. julija 2018 in II Ips 185/2017 z dne 19. julija 2018.

⁶⁶ Treba je opozoriti, da je tudi v zvezi z avtorji filmske glasbe Zavod AIPA pristojen za upravljanje pravice kabelske retransmisije, ne pa na primer tudi (v tehničnem smislu predhodne) pravice radiodifuznega oddajanja, ki jo na glasbenih delih upravlja Združenje SAZAS.

za soavtorje avdiovizualnih del), ampak je treba kombinirati vsa tri merila. Pravice do kableske retransmisije iste filmske glasbe upravlja Zavod AIPA za skladatelja, Združenje SAZAS pa za (morebitna) avtorja besedila in aranžerja. Dvomljivo je, koliko je taka rešitev še skladna z zakonskim izhodiščem, da je ena kolektivna organizacija pooblaščenca za upravljanje istih pravic na isti vrsti avtorskih del (tretji odstavek 14. člena ZKUASP in prej 3. točka prvega odstavka 149. člena ZASP).

Nejasno je tudi merilo namena, za katerega je bilo glasbeno delo ustvarjeno. »Filmske glasbe, ki je posebej ustvarjena za avdiovizualno delo,« ne moremo opredeliti kot samostojne vrste avtorskih del, saj se taka glasba navzven v ničemer ne razlikuje od predobstoječe glasbe. Vsako glasbo je mogoče inkorporirati v avdiovizualno delo ali pa izkoriščati ločeno od njega, podatek o namenu, za katerega je bila glasba ustvarjena, pa ni razviden. Je skladatelja glasbe, ki je sicer namenjena samostojnemu predvajanju, treba šteti primarno kot soavtorja avdiovizualnega dela, če je že ob ustvarjanju glasbe imel v mislih, da bo zanjo posnet tudi videospot, ki se bo predvajal na televiziji in bo dostopen na spletnih video portalih?⁶⁷ Jasno razlikovanje vrst avtorskih del je pomembno zaradi pravne varnosti uporabnikov, ki morajo preprosto ugotoviti, na katero kolektivno organizacijo naj se obrnejo zaradi ureditve pravic za uporabo dela. V seznamih uporabljene glasbe (angl. *cue sheets*) za avdiovizualna dela pa so navadno navedeni le podatki o avtorjih oziroma imetnikih pravic, ne pa tudi o namenu, za katerega je bila glasba ustvarjena.⁶⁸ Ta podatek prav tako ni razviden v mednarodni bazi IPI (*Interested party information*),⁶⁹ ki jo vodi mednarodna zveza kolektivnih organizacij CISAC in ki kot centraliziran sistem vodenja podatkov o zaščiti avtorjev omogoča vnos posameznih vrst avtorjev glede na tip avtorskega ustvarjanja, vlogo in pravico.

7. Zaključek

Slovensko pravo skladateljem filmske glasbe priznava pomembno vlogo pri stvaritvi avdiovizualnega dela, zato jih izrecno določa za soavtorje takega dela. Sodna praksa je potrdila, da to pomeni, da se njihove pravice na filmski glasbi spojijo s pravicami preostalih soavtorjev v enotno avtorsko pravico na avdiovizualnem delu. Ob javni priobčitvi

⁶⁷ Trampuž glede razmerja med fonogrami in avdiovizualnimi deli prepričljivo zagovarja stališče, da je glasba glavni element videospota, ki so mu nato dodani vizualni elementi, zato ne moremo govoriti o »utopitvi« glasbe v avdiovizualnem delu. Trampuž, 2020, str. II–VI. Višje sodišče v Ljubljani je zavzelo drugačno stališče v sodbi V Cpg 490/2020 z dne 22. oktobra 2020.

⁶⁸ O standardni vsebini takega seznama glej: <https://www.bmi.com/creators/detail/what_is_a_cue_sheet> (dostop: 29. 6. 2022). Na težavno ugotavljanje zakonske kategorije, ki naj bi ji pripadal nek predvajani glasbeni segment v avdiovizualnem delu, opozarja tudi Svet za avtorsko pravo v 34. točki obrazložitve prej omenjene odločbe.

⁶⁹ <<https://www.cisac.org/services/information-services/ipi>>.

avdiovizualnega dela se izkorišča samo pravica na tem delu, skladatelji filmske glasbe pa obdržijo avtorsko pravico na svoji glasbi, kadar se ta izkorišča samostojno. Avtorji predobstoječe glasbe, ki je uporabljena v avdiovizualnih delih, nimajo pravic na avdiovizualnem delu, ampak ohranijo avtorske pravice samo na svoji glasbi. Sodna praksa je potrdila, da te pravice ostanejo nedotaknjene tudi, kadar se glasba izkorišča v okviru avdiovizualnega dela.

Sistem kolektivnega upravljanja pravic, vzpostavljen z odločbami Urada RS za intelektualno lastnino, sledi zakonski definiciji soavtorstva avdiovizualnih del, tako da eno kolektivno organizacijo pooblašča za upravljanje pravic vseh soavtorjev avdiovizualnih del. Ta rešitev vzpostavlja v primerjalnem pravu neobičajno delitev upravljanja pravic glasbenih avtorjev med dve kolektivni organizaciji. Pravice skladateljev filmske glasbe upravlja Zavod AIPA, kadar se glasba priobčuje v okviru avdiovizualnega dela, in Združenje SAZAS, kadar se ista glasba izkorišča samostojno. Združenje SAZAS pa v vsakem primeru upravlja pravice skladateljev in drugih glasbenih avtorjev predobstoječe glasbe, ne glede na to, ali imajo status avtorjev prispevkov ali ne. Taka rešitev je skladna z zakonom in izvedljiva, vendar bo vezanost sistema na namen, za katerega je bila glasba ustvarjena, najbrž po nepotrebnem ustvarjala nejasnosti, če podatek o namenu stvaritve glasbe ne bo postal lažje dostopen. Pri ustvarjanju avdiovizualnih del je ustvarjalnost nujna in dobrodošla, pri zasnovi sistema upravljanja pravic pa je navadno smotrnejše posnemati preverjene tuje rešitve in se tako izogniti dodatnim zapletom.

Literatura

- Blázquez, F. J. C. (2009) 'An Introduction to Music Rights for Film and Television Production', *Iris Plus, Legal Observations of the European Audiovisual Observatory* 15(5), str. 2–12.
- Damjan, M. (2015) 'Avtorstvo glasbenega dela in položaj glasbenega aranžerja', *Zbornik znanstvenih razprav* 75, str. 7–30.
- Damjan, M. (2017) 'Razlikovanje med odrskimi in neodrskimi glasbenimi deli', *Pravni letopis* 2017, str. 145–154.
- Despringre C., Taylor, J., in Amilhat, M. (2015) *Audiovisual Authors' Rights and Remuneration in Europe: SAA White Paper*. 2nd Edition. Bruselj: Society of Audiovisual Authors.
- Drobež, E. (2017) *Kolektivno varstvo avtorske in sorodnih pravic*. Ljubljana: IUS Software, GV Založba.
- EBU (2021) *Copyright Guide: Practical Information for Broadcasters*. Le Grand-Saconnex: European Broadcasting Union.

- Ertl O. (2010) 'Urheberrecht für die Musik- und Filmwirtschaft: Schwerpunkt Musikrechte', *Wirtschaftskammer Österreich – Film- und Musikwirtschaft*, <https://www.wko.at/branchen/w/gewerbe-handwerk/film-musikwirtschaft/Vortragsunterlagen_Urheberrecht.pdf> (dostop: 9. februar 2022).
- Homann H. J. (2007) *Praxis-Handbuch Musikrecht*. Berlin, Heidelberg: Springer.
- Hyzig, M. (2000) *Zur urheberrechtlichen Situation der Filmmusik*. Bern: Stämpfli.
- Kamina P. (2002) *Film Copyright in the EU*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Kreile, R., Becker, J., in Riesenhuber, K. (ur.) (2008) *Recht und Praxis der GEMA: Handbuch und Kommentar*, 2. Auflage. Berlin: De Gruyter Recht.
- Klages C. (2004) *Grundzüge des Filmrechts*. München: C. H. Beck.
- LeMone, S., in Todd, M. (2005) 'CUE & A: Everything You Need To Know About Cue Sheets', *ASCAP The American Society of Composers, Authors and Publishers [splet]*, <<http://www.ascap.com/pldayback/2005/winter/features/cuesheets.aspx>> (dostop: 9. februar 2022).
- Lewinski, S. von (2008) *International Copyright Law and Policy*. New York: Oxford University Press.
- Schunke, S. (2008) *Das Bearbeitungsrecht in der Musik und dessen Wahrnehmung durch die GEMA*. Berlin: De Gruyter Recht.
- Trampuž, M. (2007) *Kolektivno upravljanje avtorske in sorodnih pravic*. Ljubljana: GV Založba.
- Trampuž, M. (2020) 'Videospoti – izničenje fonogramov?', *Pravna praksa* 39(49–50), priloga, str. II–VI.
- Trampuž, M., Oman, B., in Zupančič, A. (1997) *Zakon o avtorski in sorodnih pravicah s komentarjem*. Ljubljana: Gospodarski vestnik.
- Wandtke, A. A., in Bullinger, W. (ur.) (2019). *Praxiskommentar zum Urheberrecht*. 5. neu bearbeitete und erweiterte Auflage. München: C. H. Beck.

*Vid Žepić**

Interesno ravnotežje med zastaviteljem in zastavnim upnikom v rimskem pravu

Γῶθι σεαυτόν
Μηδέεν άγαν.
Ἐγγύα πάρα δ'Άτα.¹

1. Uvod

Uravnotežena pravna ureditev zavarovanja terjatve je bistven dejavnik učinkovitosti slehernega kreditnega sistema.² Da je domišljena zasnova zastavne pravice³ narekovala krhko ravnovesje med pravicami in obveznostmi zastavitelja (dolžnika)⁴ in zastavnega upnika, je Justinijan poudaril že v svojih Institucijah:

* *Vid Žepić, magister prava, asistent na Katedri za pravno zgodovino Pravne fakultete Univerze v Ljubljani, doktorski kandidat na Pravni fakulteti Univerze v Ljubljani; vid.zepic@pf.uni-lj.si. Za nasvete pri pripravi razprave se prijazno zahvaljujem prof. dr. Marku Kambiču in akad. zasl. prof. dr. dr. h.c. mult. Janezu Kranjcu.*

¹ »Spoznaj samega sebe. Ničesar preveč. Zastava vodi v pogubo.« Napis, ki je visel na stebru delfskega preročišča in ki naj bi bil po izročilu duhovna stvaritev sedmih modrecev, omenja Diodor, *Bibliotheca historica* 9, 10. Pri tem je treba opozoriti, da je grška beseda ἔγγυα (ἐγγύ-η) večpomenska in da lahko v pravnem smislu označuje tako poroštvo kot tudi zastavno pravico. Liddell in Scott, 1996, 486, jo prevajata kot »a pledge put into one's hand« kot tudi »a surety, security, whether received or given«.

² Wolf, 2007, str. 294, r. št. 661.

³ Kjer ni posebej opredeljeno drugače, se izvajanja nanašajo tako na ročno zastavo (tako imenovani *pignus datum*) kot tudi na hipotečno (»pogodbeno«) zastavno pravico (tako imenovani *pignus obligatum*), ki pa ju rimski juristi niso dosledno razlikovali. Marcijan je ugotavljal, da je bila razlika med ročno zastavo (*pignus*) in hipoteko zgolj v imenu – Marcian. D. 20, 1, 5, 1: *Inter pignus autem et hypothecam tantum nominis sonus differt*. Kaser (1982, str. 128) glede tega govori kar o »enotnosti rimskega pojma zastave« (»Einheit des römischen Pfandbegriffs«). Velja opozoriti, da je beseda *pignus* večpomenska, saj označuje tako ročno zastavno pravico kot tudi zastavno pogodbo, ki je realni kontrakt.

⁴ Zastavitelj je zgolj »stvarni dolžnik«, če svojo stvar zastavi za zavarovanje tuje terjatve, lahko pa je hkrati tudi »osebni dolžnik«. Zastavni upnik in dolžnik torej nista bili vedno isti osebi (glej na pri-

Inst. 3, 14, 4: [*P*]ignus utriusque gratia datur, et debitoris, quo magis ei pecunia crederetur, et creditoris, quo magis ei in tuto sit creditum, [...].

Inst. 3, 14, 4: »[S]tvar se daje v zastavo v korist obeh, in dolžnika, da mu je denar laže posojen, in zastavnega upnika, da je njegovo posojilo varnejše, [...].«⁵

Kaser je v študiji o rimski zastavni pravici prišel do sklepa, da bi le stežka govorili o interesnem ravnotežju med pravicami in obveznostmi strank pri rimski zastavni pravici. Kot temeljni pečat rimske zastavne pravice izpostavlja privilegirano obravnavo zastavnega upnika kot socialno in gospodarsko močnejše stranke.⁶

Ugodnejši pravni položaj zastavnega upnika je sicer vsaj do neke mere logičen. Ker je primarna kavza zastavne pogodbe zagotavljanje upnikove varnosti, sleherni pravni red spodbuja dolžnika k popolni in pravočasni izpolnitvi obveznosti.⁷ Pritrdimo lahko tudi stališču, da je bil finančni, socialni in gospodarski položaj zastavnega upnika kot posojilodajalca praviloma trdnejši od zastaviteljevega položaja.⁸ Kot izkušenejša in pogajalsko spretnjša stranka je upnik neredko diktiral določila zastavne pogodbe.⁹

Po nekaterih stališčih naj bi bilo mogoče zapostavljanje zastaviteljevih interesov vse do 2. stoletja po Kr. pripisovati rimskim klientelnim odnosom, v katerih se je prevzemanje poročstva in ne zastavljanje štel za izkazovanje iskrenega prijateljstva (*amicitia*).¹⁰ To je kajpak igralo pomembno vlogo predvsem v socialno prepredeni mreži rimske elite.¹¹ Liebs je zato sklepal, da je bila zastavna pravica običajna oblika zavarovanja predvsem v redkeje poseljenih provincah, kar utemeljuje zlasti z nizko stopnjo socialne kohezije tamkajšnjega prebivalstva.¹² Znamenita Pomponijeva trditev, da naj bi stvarno zavarovan-

mer Marcian. D. 20, 1, 5, 2). Kot ugotavlja Hofstetter (1999, str. 225), je institut zastavne pravice posebej primeren za proučevanje interesnega konflikta med upnikom in dolžnikom, saj zastavitelj pogosto nastopa le v vlogi (stvarnega) dolžnika, ne pa – kot smo vajeni pri sinalagmatskih obveznostih – v upniški in dolžniški vlogi hkrati.

⁵ Prevod po Kranjc, 2012, str. 337.

⁶ Kaser, 1982, str. 215: »Unsere pfandrechtlichen Studien haben ein Wesensmerkmal der römischen Pfandordnung sichtbar gemacht, den Gläubigervorzug.«

⁷ Cigoj, 1976, str. 1012.

⁸ Knies, 1876, str. 208 in 119. Ekonomsko analizo rimske zastavne pravice glej pri Verhagen, 2020, str. 113–156; Willems, 2017, str. 184; Pellicchi, 2016, str. 491–547; Terpstra, 2008, str. 358; za pravno-ekonomsko analizo kreditnih razmerij in vpliva državnega intervencionizma nanje glej Schmolke, 2014, str. 779–910.

⁹ Wacke, 1998, str. 176; Honsell, Mayer-Mally in Selb, 1987, str. 195; Kaser, 1982, str. 215–218; Bürge, 1980, str. 145.

¹⁰ Kaser, Knütel in, Lohsse, 2021, str. 228; Verhagen, 2020, str. 113 in 119; Kaser, 1971, str. 457.

¹¹ Baldus, 2010, str. 14; Zimmermann, 1992, str. 115; Crook, 1967, str. 243; Schulz, 1951, str. 402.

¹² Liebs, 1976, str. 329.

vanje zagotavljalo več jamstva od osebnega,¹³ bržčas ni veljala za vse sloje rimske družbe v povsem enaki meri.¹⁴ Vse dokler je imela *fides*, zvestoba dani besedi, osrednje mesto v rimski družbi, naj bi poroštvo ostalo primarna oblika zavarovanja terjatve.

Gouron in Champeaux sta na zapostavljenost zastavne pravice v rimski gospodarski praksi sklepala po obsegu ohranjene pravne literature.¹⁵ Jurist Julijan je v svojih Digestah, enem najprezentativnejših klasičnih del, obravnaval poroštvo v štirih knjigah, zastavni pravici pa je namenil le peščico odstavkov v dveh knjigah.¹⁶ Če upoštevamo, da so rimski juristi pisali predvsem za premožnejše stranke, tj. za sloj, ki so mu večinoma pripadali tudi sami,¹⁷ nas ne sme tako zelo presenečati, da je pravniška obravnava zastavne pravice zaostajala tako za obravnavo poroštva kot zlasti fiducije (*fiducia cum creditore contracta*).¹⁸ Predmet zastavne pravice so bile navadno gospodarsko manj pomembne stvari *res nec Mancipi*, predmet fiducije pa zaradi mancipacijske obličnosti, na katere se je fiducija navezovala, *res Mancipi*.

Namen prvega razdelka razprave je kritično ovrednotiti tiste vidike rimske zastavne pravice, s katerimi je zlasti Kaser dokazoval, da je bilo privilegiranje upnika (*favor creditoris*) vodilna težnja rimske zastavne pravice. Izpeljeval jo je iz hipoteze o izvorno »zapadlostni« zasnovi zastavne pravice, daljnosežnih pravic zastavnega upnika v devastacijskem položaju ter iz instituta tihe zastavne pravice. Poudarjal je tudi, da je bila prodaja predvsem pravica (in ne obveznost) zastavnega upnika. Tezo o privilegiranem položaju zastavnega upnika naj bi podpirali tudi načelo nedeljivosti zastavne pravice, pravilo glede unovčenja zastavne pravice pri zastavitvi več stvari hkrati, izostala odgovornost zastavnega upnika za evikcijo prodane stvari ter tako imenovani *pignus Gordianum*. V drugem razdelku razprave si prizadevam dokazati, da je v razvoju rimske zastavne pravice mogoče razbrati razvojno težnjo po uravnoteženju upravičenj zastavnega upnika in zastavitelja, kar je rimska jurisprudenca dosegla najpozneje v pozni klasični dobi. Pri navedenem ravnotežju pa zlasti zaradi spremenjenih gospodarskih in družbenih okoliščin postklasične dobe ni ostalo.¹⁹ Zakonodajne novosti v pozni cesarski zakonodaji, ki jih orisujem

¹³ Pomp. D. 50, 17, 25: *Plus cautionis in re est quam in persona*. Podobno Ulp. D. 43, 18, 1, 1: [...] *quia melius est possidere potius quam in personam experiri* [...] (»[...] ker je bolje posedovati kot tožiti z osebno tožbo [...]«). Primerjaj paremijo 1018. člena črnogorskega Občega premoženjskega zakonika: »Što i najslabija ruka stvarnog ima, sigurnije je, n'o što na dugu ima i najsažnija.«

¹⁴ Zimmermann, 1992, str. 115: »[T]his statement by Pomponius would be a fair reflection of the modern trend in commercial life. As far as Roman law is concerned, however, the reverse was true.«

¹⁵ Gouron, 1961, str. 205 ss.

¹⁶ Liebs, 1976, str. 329.

¹⁷ Honsell, Mayer-Mally in Selb, 1987, str. 195; Kaser, 1982, str. 91; Frier, 1980, str. 50; Schulz, 1951, str. 545.

¹⁸ Honsell, Mayer-Mally in Selb, 1987, str. 195. Kritično o tem Krämer, 2007, str. 3.

¹⁹ Kritično o privilegiranju dolžnika tudi v luči razvoja zastavne pravice v postklasični zakonodaji Jhering, 1992 [1872], str. 137 s.

v tretjem razdelku razprave, celo nakazujejo pravnopolitični obrat v smer olajševanja zastaviteljevega pravnega položaja.

2. *Favor creditoris* v klasični dobi?

2.1. *Devastacijski položaj*

Če dolжник v dogovorjenem roku oziroma po upnikovem opominu ni izpolnil hipotečno zavarovane terjatve, je smel upnik od zastavitelja zahtevati, da mu zastavljeno stvar prepusti v posest, da jo proda ter da se poplača z izkupičkom. Zastavni upnik je prepustitev zastavljene stvari dosegel s salvijanskim interdiktom (*interdictum Salvianum*)²⁰ oziroma s tožbo *actio Serviana*.²¹ Le izjemoma naj bi smel zastavni upnik zahtevati prepustitev zastavljene stvari v posest še pred dospelostjo zavarovane terjatve, o čemer naj bi po pričal naslednji Ulpijanov odlomek:

D. 20, 1, 14 pr. Ulp. 73 ad ed.: *Quaesitum est, si nondum dies pensionis venit, an et medio tempore persequi pignora permittendum sit. et puto dandam pignoris persecutionem, quia interest mea: et ita Celsus scribit.*

Ulp. D. 20, 1, 14 pr. (Ulpijan v 73. knjigi k ediktu): »Postavilo se je vprašanje, če se še ni iztekel rok plačila, ali je dovoljeno tudi med tem časom zasledovati zastavljeno stvar. In menim, da je treba dovoliti zasledovanje zastavljene stvari, ker imam na tem interes in tako je odpisal Celz.«

Po Dernburgovem in Kaserjevem mnenju je Ulpijan opisoval tako imenovani devastacijski položaj, torej zniževanje vrednosti zastavljene stvari v nasprotju z vsebino in namenom uporabe zastavljene stvari.²²

Ker je Ulpijanov odlomek skrajšan, ne vemo, katera okoliščina je botrovala juristovi odločitvi o utemeljenosti zahtevka za predčasno prepustitev hipotečno zastavljene stvari. Morda je najemnik, za katerega je kazalo, da bo prišel v zamudo s plačilom najemnine, z odnašanjem inventarja ogrožal najemodajalčevo tiho zastavno pravico na inventarju.²³ Morebiti ni poskrbel za ohranitev vrednosti zastavljene stvari. Pri tem si lahko kot zastavitelja predstavljamo lastnika gozdnega zemljišča, ki je s čezmernim izsekavanjem drevja zmanjševal vrednost zemljišča, ali lastnika trgovine, ki bi ne obnavljal zalog. Akurzij je

²⁰ *Interdictum Salvianum*, ki ga obravnava digestni naslov D. 43, 33 (*De Salviano interdicto*), je zaku-podajalcu omogočal pridobitev posesti na tiho zastavljenih plodovih in na inventarju.

²¹ Inst. 4, 6, 7. Juristi so navedeno tožbo mestoma imenovali tudi *vindicatio pignoris* (glej na primer Paul. D. 20, 1, 28 in 29. pr.; Marcian. D. 20, 1, 16, 3) in *actio hypothecaria (in rem)* (na primer Gai D. 16, 1, 13, 1). Več o pravnih sredstvih, ki so izhajala iz zastavne pravice, glej Braukmann, 2008, str. 12 ss.

²² Izraz devastacija, ki pomeni dobesedno »razdejanje« ali »opustošenje«, v prenesenem pomenu pa »poslabšanje«, prevzemam zaradi ustaljenosti termina po 174. členu Stvarnopravnega zakonika (SPZ, Uradni list RS, št. 87/02, 91/13 in 23/20) (»devastacija zastavljene premičnine«). Primerjaj s § 1219 BGB. Za razvoj devastacijskih pravil glej Dernburg, 1864 b, str. 298.

²³ Bethmann-Hollweg, 1877, str. 51.

v tej zvezi omenjal še primer zastavitelja, ki se je pripravljaj, da pobegne neznanu kam, s čimer bi se izognil sodnemu postopku, s katerim si je upnik prizadeval doseči prepustitev hipotečno zastavljene stvari.²⁴

Po Kaserjevem stališču naj zastavitelj v primeru neutemeljene upnikove zahteve po predčasni prepustitvi zastavljene stvari v posest ne bi imel nobenega ugovora ali replike, s katerima bi se zoperstavil doloznemu upniku. Formula hipotekarne tožbe ni omenjala dneva dospelosti zavarovane terjatve.²⁵ Kaser je zato sklepal, da naj bi bil zastavitelj v primeru preuranjenih hipotekarnih tožb prepuščen goli diskrecijski presoji zastavnega upnika.²⁶ Kljub temu pa je tudi iz rimskih virov razvidno, da je smel zastavni upnik zastavljeno stvar prodati šele po dospelosti terjatve.²⁷ Ugovora zoper Kaserjevo stališče sta dva. Prvič, Ulpijanov odlomek se je, če sodimo po Lenelovi palingenezi, nanašal izključno na tiho zastavo najemnikovega oziroma zakupnikovega inventarja in ne na zastavno pravico, nastalo na drugih pravnih temeljih.²⁸ Drugič, menim, da bi se lahko zastavitelj upnikovi preuranjeni hipotekarni tožbi uspešno zoperstavil z ugovorom zvijačne prevare (*exceptio doli generalis*), saj bi taka tožba vsaj pri pogodbeno utemeljeni zastavni pravici nasprotovala brezobličnemu dogovoru o ustanovitvi hipotečne zastavne pravice (*conventio pignoris*).

Če so rimski viri o devastacijskem položaju sorazmerno skopi, so pri obrnjenem devastacijskem položaju pravzaprav neobstoječi, kar bi vnovič potrjevalo Kaserjevo tezo o asimetričnosti upravičenj med zastavnim upnikom in zastaviteljem. Po sodobnem pravu sme namreč zastavitelj zastavnega upnika, ki mu je bila stvar prepuščena v posest, prisiliti k njeni prodaji še pred dospelostjo zavarovane terjatve, če bi zaradi svojih lastnosti (pokvarljivost, bolezen) ali zaradi nenadnega poslabšanja tržnih razmer zastavljena stvar nesorazmerno izgubila vrednost.²⁹ Po rimskem pravu pa bi zastavni upnik v primeru zastaviteljeve reivindikacije, ki bi se opirala na zgoraj omenjene okoliščine, ki bi upravičevale predčasno prodajo zastavljene stvari, uspešno ugovarjal, da ima stvar v posesti na podlagi zastavne pravice (*exceptio pigneraticia*).³⁰ Morebitne zastaviteljeve *replicatio doli generalis*, ki bi se nanašala na očitke zmanjševanja vrednosti zastavljene stvari, viri ne omenjajo. Zastaviteljevo odškodninsko varstvo je bilo v poznem klasičnem pravu sicer zagotovljeno, vendar šele s tožbo *actio pigneraticia directa*, s katero je zastavitelj po pre-

²⁴ Glosa *Quia interest* k D. 20, 1, 14 pr. (Accursius, 1627, str. 1893).

²⁵ Kaser, 1982, str. 163 in 215.

²⁶ Prav tam.

²⁷ Pap. D. 20, 5, 4; Ulp. D. 5, 3, 5 pr.

²⁸ Lenel (1889, str. 850) uvršča D. 20, 1, 14 pod naslov »O izselitvi« (*De migrando*) Ulpijanovega komentarja pretorskega edikta.

²⁹ Primerjaj 160. (»Odvzem zastavljene stvari od zastavnega upnika«) in 162. člen SPZ (»Predčasna prodaja zastavljene stvari«). Primerjaj s § 1218 BGB.

³⁰ Ulp. D. 10, 3, 6, 9; Ulp. D. 20, 1, 10 pr.; Marcian. D. 20, 4, 12 pr.

nehanju zastavne pravice zahteval povračilo interesa, če je dokazal, da je zastavni upnik v nasprotju z načelom vestnosti in poštenja zavlačeval s prodajo zastavljene stvari.³¹

Zastavna pravica je zaradi upnikove zlorabe *ipso iure* prenehala zgolj v enem primeru. To se je zgodilo, ko je upnik posestno zastavljeno sužnjo silil k prostituciji ali k drugemu nenravnemu ravnanju. Tedaj se je štelo, da zastavni upnik ni zmanjšal le tržne vrednosti sužnje, temveč je posegel tudi v zastaviteljevo dostojanstvo.³² Ta groba kršitev je narekovala takojšnje prenehanje zastavne pravice:³³

D. 13, 7, 24, 3 Ulp. 30 ad ed.: *In pigneraticio iudicio venit et si res pignori datas male tractavit creditor vel servos debilitavit. plane si pro maleficiis suis coercuit vel vinxit vel optulit praefecturae vel praesidi, dicendum est pigneraticia creditorem non teneri. quare si prostituit ancillam vel aliud improbatum facere coegit, ilico pignus ancillae solvitur.*

Ulp. D. 13, 7, 24, 3 (Ulpijan v 30. knjigi k ediktu): »Pri tožbi iz zastavne pogodbe se upošteva, če je (zastavni) upnik slabo ravnal z zastavljeno stvarjo ali če je poškodoval (zastavljene) sužnje. Gotovo pa je treba reči, da če je (zastavni upnik) sužnje kaznoval zaradi njihovih hudodelstev ali jih priklenil ali jih privedel pred prefekta ali provincialnega upravitelja, (zastavni) upnik s tožbo (*actio pigneraticia directa*) ni zavezan. Če pa je prostituiral sužnjo ali jo prisilil v katero drugo nenravno dejanje, sužnja takoj preneha biti zastavljena.«

2.2. Tiha zastavna pravica

Pignus tacitum oziroma *pignus legale* imenujemo zastavno pravico, ki je nastala na podlagi pravne norme, torej običajnega prava ali zakona, in ne na podlagi dogovora strank (tako imenovani *pignus conventionale*). Klasični juristi so najemodajalcu priznali tiho zastavno pravico na najemnikovem inventarju v zavarovanje plačila najemnine in povračila morebitne škode.³⁴ Najemodajalec je smel najemniku prepričati, da bi odnesel inventar iz stanovanja. Pri tem ga je nadzoroval predstojnik nočnih in požarnih čuvajev (*praefectus vigilum*).³⁵ Najemodajalčevo upravičenje, ki ga lahko štejemo za legalizirano

³¹ Obstoje *in ius* koncipirane tožbene formule pri zastavni pogodbi, torej tožbene formule z nedoločenim zahtevkom s klavzulo *ex fide bona*, v klasični dobi zagovarjajo Braukmann, 2008, str. 71; Zimmermann, 1992, str. 223; in Kaser, 1971, str. 537.

³² Tržna vrednost prostituirane sužnje je bila občutno nižja. O tem Perry, 2014, str. 31. Zastavni upnik je lastniku odgovarjal na podlagi ediktnega naslova »O spridenem sužnju« (*De servo corrupto*) – Ulp. D. 11, 3, 1, 5 in Paul. D. 11, 3, 2.

³³ Dernburg, 1864 b, str. 596.

³⁴ Paul. D. 2, 14, 4 pr.; Ulp. D. 20, 2, 3. Več o tem Frier, 1980, str. 105–135.

³⁵ Paul. D. 19, 2, 56 in D. 20, 2, 9.

obliko samopomoči, s katero si je zagotovil uresničevanje zastavne pravice, so v občem pravu imenovali perkluzija (*perclusio*).³⁶

Labeo je kot prvi opisal *pignus tacitum* tudi pri zakupu kmetijskih zemljišč. Zakupodajalec je imel tiho zastavno pravico na vsem, kar je zakupnik na zemljišče pripeljal, prinesel ali dostavil (*invecta, inlata, inportata*), če je ta inventar pripomogel k gospodarski izrabi zemljišča.³⁷ V praksi so bile to kmetijske delovne naprave, sužnji in živina. Kot tiho zastavljene so šteli tudi naravne plodove zemljišča.³⁸ Zgolj začasno prinesene stvari, denimo stvari zakupnikovih gostov, se zato niso štete za zastavljene.³⁹

Kaser je *pignus tacitum* kot olajšano obliko samopomoči štel za očiten izraz privilegiranja gospodarsko močnejše stranke, to je najemodajalca in zakupodajalca.⁴⁰ Kaserjevo hipotezo o šibkem položaju najemnika kot tihega zastavitelja bi relativiziralo predvsem najemnikovo obrambno sredstvo, tako imenovani interdikt o izselitvi (*interdictum de migrando*).⁴¹ Najemnik, ki je izpolnil vse dospele in tudi nedospele terjatve⁴² iz najemnega razmerja, je smel z navedenim prohibitornim interdiktom tožiti najemodajalca zaradi neupravičenega izvrševanja »zaporne pravice«. ⁴³ Z njim je lahko dokazoval, da stvari, na katerih je najemodajalec odtegoval posest, niso *invecta, inlata, inportata* ali da so bile terjatve iz najemnega razmerja že v celoti poplačane. Kot je ugotavljal Frier, je nastanek interdikta *de migrando* vezan predvsem na najemna razmerja v urbanem okolju, kjer so bili najemniki tudi predstavniki višjega družbenega sloja.⁴⁴ Navedenega interdikta pa niso priznali zakupniku kmetijskega zemljišča.⁴⁵ To deloma potrjuje Kaserjevo hipotezo o šibkejšem zakupnikovem položaju.

³⁶ Sec. Paul. D. 20, 2, 9 ([...] *pensionis nomine percludamur* [...]). Nemški termin »Sperrecht«, kot običajno prevajajo *perclusio*, bi dobesedno prevajali kot »zaporna pravica«. Več o tem glej Du Plessis, 2007, str. 236; Krämer, 2007, str. 123 ss; Bürge, 1980, str. 145 s.

³⁷ Iav.–Lab. D. 20, 6, 14; Ulp. D. 20, 2, 3–4; 6 pr. O tem Dernburg, 1864 b, 332–337.

³⁸ Pomp. D. 20, 2, 7 pr.

³⁹ Pomp. D. 20, 2, 7, 1. O tem Frier, 1980, str. 109.

⁴⁰ Kaser, 1982, str. 89 in 215. Vprašanje ohranitve tihe zastave najemnikovega inventarja je bilo konec 19. stoletja eno najspornejših točk socialne preobrazbe civilnega prava. Nemški in avstrijski zakonodajalec sta kljub številnim pomislekom, ki jih je obširno analiziral Repgen (2001, str. 250–328), sledila rimski ureditvi (glej § 562 BGB in § 1101 ABGB). To je bil tudi eden od razlogov, zakaj je Wieacker (1974, str. 15 in 22) opisal Nemški državljanski zakonik za »poznorojenega otroka klasičnega liberalizma«.

⁴¹ D. 43, 32. Rekonstrukcijo navaja Lenel, 1927, str. 490. O tem obširno Krämer, 2007, str. 122–142.

⁴² Kaser, 1982, str. 215 in 265 – s sklicevanjem na Ulp. D. 43, 32, 1, 4.

⁴³ Ulp. D. 43, 32, 1.

⁴⁴ Frier, 1980, str. 105–135; Du Plessis, 2007, str. 220 s.

⁴⁵ Ulp. D. 43, 32, 1, 1.

2.3. Prodaja kot pravica zastavnega upnika

Zastavni upnik vse do pozne klasične dobe po dospelosti zavarovane terjatve ni bil zavezan prodati zastavljene stvari.⁴⁶ To naj bi po Kaserju odsevalo družbeno in gospodarsko nadrejenost zastavnega upnika.⁴⁷ Po Pomponijevem poročilu je nek jurist Atilicin⁴⁸ razmišljal, v katerem primeru bi smel zastavitelj izjemoma prisiliti upnika k prodaji zastavljene stvari:

D. 13, 7, 6 pr. Pomp. 35 ad Sab. *Quamvis convenerit, ut fundum pigneraticium tibi vendere liceret, nihilo magis cogendus es vendere, licet solvendo non sit is qui pignus dedit, quia tua causa id caveatur. sed Atilicinus ex causa cogendum creditorem esse ad vendendum dicit: quid enim si multo minus sit quod debeat et hodie plus venire possit pignus quam postea? melius autem est dici eum, qui dedit pignus, posse vendere et accepta pecunia solvere id quod debeat, ita tamen, ut creditor necessitatem habeat ostendere rem pigneratam, si mobilis sit, prius idonea cautela a debitore pro indemnitate ei praestanda. invitum enim creditorem cogi vendere satis inhumanum est.*

Pomp. D. 13, 7, 6 pr. (Pomponij v 35. knjigi k Sabinu): »Čeprav je bilo dogovorjeno, da smeš zastavljeno zemljišče prodati, te kljub temu ni mogoče prisiliti, da ga prodaš, čeprav tisti, ki ti ga je dal v zastavo, ni plačevit, saj je bilo namreč to [da stvar prodaš] izgovorjeno v tvojo korist. Toda Atilicin pravi, da je mogoče v upravičenem primeru upnika prisiliti, da stvar proda: kaj pa, če je bilo dolgovano mnogo manj in bi danes lahko prodali za več, kot bi iztržili pozneje? Toda bolje je reči, da sme prodati tisti, ki je stvar zastavil, s prejetim denarjem pa se mora plačati dolgovano. To naj se zgodi tako, da naj upnik zastavljeno stvar, če je ta premična, pokaže (tj. predloži zastavitelju), še prej pa si mora upnik zagotoviti ustrezno zavarovanje v primeru oškodovanja. Prisiliti upnika, da proti svoji volji proda zastavljeno stvar, je dokaj nečloveško.«

Odlomek opisuje položaj prezadolženca, ki je kot osebni dolžnik zastavil zemljišče, zastavni upnik pa si je v zastavni pogodbi izgovoril pravico do prodaje.⁴⁹ Pomponij se je ob navajanju Atilicinovega primera spraševal, ali je zastaviteljev interes, da se zastavljeno stvar proda po kar najvišji možni ceni, upošteven do te mere, da sme zastavnega upnika prisiliti k prodaji v določenem časovnem oknu. S tem bi si namreč zastavitelj zagotovil najvišje možno kritje zavarovane terjatve z zastavljeno stvarjo in hkrati kar najvišji presežek kupnine. Atilicin je upnikovo obveznost prodaje dopuščal pod tremi pogoji: zastavitelj je moral biti prezadolžen; vrednost zastavljene stvari je morala znatno presežati vrednost zavarovane terjatve, v hipotetičnem primeru časovno odložene prodaje

⁴⁶ Wacke, 1998, str. 184.

⁴⁷ Kaser, 1982, str. 48 s, 72, 75 in 216; Hofstetter, 1999, str. 229.

⁴⁸ Atilicin je bil Prokulov sodobnik (1. stol. po Kr.), morebiti celo njegov učenec. Kunkel, 2001, str. 129.

⁴⁹ Krämer, 2007, str. 186 ss; Baldus, 1998, str. 656; Schulz, 1916, str. 86 ss.

pa je morala obstajati verjetnost, da bi bil izkupiček znatno nižji.⁵⁰ Toda Pomponij je Atilicinovo učenje zavrnil z utemeljitvijo, da bi odškodninska odgovornost zastavnega upnika, ki bi bila utemeljena na očitku, da stvari ni pravočasno prodal, »nečloveško« posegala v upnikovo avtonomijo.⁵¹ Upravičenje do prodaje je bilo namreč izgovorjeno v izključno korist zastavnega upnika.⁵² Pomponij je predlagal drugo rešitev. Zastavitelj naj v navedenem primeru pod pogojem, da zastavnemu upniku zagotovi drugo ustrezno zavarovanje (*idonea cautela*), stvar proda sam, iz izkupička pa naj poplača zastavnega upnika. Pri Pomponijevi rešitvi se kaže značilna težnja k umerjanju obojestranskih interesov udeleženih strank in ne, kakor bi izhajalo iz Kaserjevega sklepa, ciljno zapostavljanje zastaviteljevih interesov.⁵³

2.4. Nedeljivost predmeta zastavne pravice

Premoženjski interes zastavnega upnika je po Kaserjevem mnenju varovalo tudi načelo nedeljivosti predmeta zastavne pravice.⁵⁴ Po tem načelu je celotna zastavljena stvar jamčila za vsak še neporavnan del dolga, ki se je raztezal tako na glavnico kot obresti.⁵⁵ Delna izpolnitev zavarovane terjatve na zmanjšanje obsega zastavnega jamstva ni imela nobenih posledic. Če je želel zastavitelj doseči prenehanje zastavne pravice, je moral dolžnik dolgovano izpolniti v celoti:

D. 20, 1, 19 Ulp. 21 ad ed.: *Qui pignori plures res accepit, non cogitur unam liberare nisi accepto universo quantum debetur.*

Ulp. D. 20, 1, 19 (Ulpijan v 21. knjigi k ediktu): »Kdor prejme v zastavo več stvari, ga ni mogoče prisiliti, da osvobodi (tj. vrne) eno od njih, če ne sprejme v celoti tega, kolikor mu je dolgovano.«

Načelo *pignoris causa indivisa* je Pavel vzporejal z zasnovo pogodbene kazni. Prava pogodbena kazen je oblika upnikovega pritiska na pravočasno in pravilno izpolnitev obveznosti:⁵⁶

D. 45, 1, 85, 6 Paul. 75 ad ed.: *Item si ita stipulatio facta sit: „si fundus Titianus datus non erit, centum dari“, nisi totus detur, poena committitur centum nec prodest partes fundi tradere cessante uno, quemadmodum non prodest ad pignus liberandum partem creditori solvere.*

⁵⁰ Hofstetter, 1999, str. 230.

⁵¹ Ob odsotnosti *in ius* koncipirane tožbe *actio pigneraticia directa* bi lahko zastavitelj odškodninsko odgovornost zastavnega upnika uveljavljal s tožbo *actio doli*. Hofstetter, 1999, str. 230.

⁵² Verhagen, 2011, str. 25.

⁵³ Primerjaj Baldus, 1998, str. 658; in Hofstetter, 1999, str. 226–232.

⁵⁴ Pap. D. 21, 2, 65: [...] *propter indivisam pignoris causam*. Gord. C. 8, 27, 6. O načelu nedeljivosti zastavnega jamstva glej Wacke, 1973, str. 454–502.

⁵⁵ Krek, 1937, str. 301; Schulz, 1951, str. 421 s.

⁵⁶ Manigk, 1941, str. 1249.

Paul. D. 45, 1, 85, 6 (Pavel v 75. knjigi k ediktu): »Enako velja, če je bila stipulacija sklenjena takole: ‚Če Ticijevo zemljišče ne bo dano, ali obljubiš plačati sto?‘ Kazen sto zapade, če se izročijo vsi deli zemljišča, razen enega, kakor tudi delna izpolnitev ne koristi osvoboditvi zastavne pravice.«

Čeprav so delne izpolnitve zmanjševale obseg glavnice in posledično tudi pogodbenih in zamudnih obresti, niso v ničemer zmanjševale upnikovih upravičenj na zastavljeni stvari. S to relativizacijo je mogoče pritrđiti Kaserjevemu stališču o tem, da je bilo načelo *pignoris causa indivisa* v izključnem interesu zastavnega upnika. Da je šlo pri tem načelu za rimsko posebnost in ne za logično inherentno lastnost zastavne pravice, nakazujejo Dioklecijanove konstitucije, ki obsojajo po grških zgledih izoblikovano provincialno prakso.⁵⁷

2.5. Zastavitev več stvari

Če je zastavitelj zastavnemu upniku zastavil več stvari hkrati, se je smel po Modestinovem stališču poplačati po svoji presoji s katerokoli zastavljeno stvarjo:⁵⁸

D. 20, 5, 8 Mod. 4 reg.: *Creditoris arbitrio permittitur ex pignoribus sibi obligatis quibus velit distractis ad suum commodum pervenire.*

Mod. D. 20, 5, 8 (Modestin v 4. knjigi spisa *Regulae*): »Upnikovi presoji je prepuščeno, katere od stvari, ki so mu bile zastavljene, hoče prodati, da pride do svojega poplačila.«⁵⁹

Ali je bil zastavni upnik odškodninsko zavezan zastavitelju, če je izbral prav tisto stvar, za katero je vedel, da je zastavitelju posebej pri srcu? Kaj če je prodal vse zastavljene stvari hkrati, čeprav bi že prodaja ene izmed njih zadoščala za celotno poplačilo?⁶⁰

Ker rimski viri glede postavljenih vprašanj molčijo, ostaja vsako izvajanje na ravni domnev. Toda če upoštevamo prevladujoče stališče, da je bila tožba *actio pigneraticia directa* v pozni klasični dobi zasnovana kot gibka tožba (*iudicium bonae fidei*), bi to pomenilo, da je moral zastavni upnik pri unovčenju upoštevati njemu znane zastaviteljeve interese, kar je moral po uradni dolžnosti pri opredelitvi odškodnine presojati tudi sodnik. Če bi mu zastavitelj ob zastavitvi več stvari povedal, da goji do ene od zastavljenih stvari posebno naklonjenost, bi utegnil zastavni upnik, če bi se lahko ob predpostavki enakega izkupička poplačal s katerokoli drugo stvarjo, odškodninsko odgovarjati zastavitelju.⁶¹ Ta

⁵⁷ Diocl. Max. C. 8, 27, 16 pr. Taubenschlag, 1959 a, str. 137; Manigk, 1941, str. 1262; Mitteis, 1912, str. 157; Weiß, 1909, str. 23 in 51.

⁵⁸ Dernburg, 1864 b, str. 147.

⁵⁹ Prevod po Kranjc, 2013, str. 105.

⁶⁰ Primerjaj § 1230 BGB: »Če ni določeno drugače, sme zastavni upnik med več zastavljenimi stvarmi izbrati tiste, ki naj bodo prodane. Sme pa prodati le toliko zastavljenih stvari, kolikor jih potrebuje za svoje poplačilo.«

⁶¹ Primerjaj Kaser, 1982, str. 90, op. 323.

bi zastavnemu upniku namreč očital kršitev načela vestnosti in poštenja.⁶² Glosatorji so tako razlogovanje zagovarjali zlasti v primeru, ko bi zastavni upnik premoženjsko izravnavo dosegel že s prodajo stvari, ki je imela nižjo vrednost:⁶³

Glosa ad Gord. C. 8, 27, 6: *Sed quid si plura erant tibi obligata, & propter modicam pecuniam distraxit rem maximam cum viliozem distrahendo poterat debitum consequi? Resp(ondeo) non videtur bona fide versari, [...].*

Glosa h Gord. C. 8, 27, 6: »Kaj pa, če ti je bilo zastavljenih več stvari in si zaradi majhnega dolga prodal najdražjo stvar, če bi lahko s prodajo stvari nižje vrednosti pokrtil svojo terjatev? Odgovarjam, da se ne zdi, da si deloval v dobri veri [...].«

Kaserjeve domneve o nevezani presoji zastavnega upnika pri posegu na zastavljeno stvar temeljijo na argumentu *e silentio* ter se mi ne zdijo prepričljive. S široko razlago načela vestnosti in poštenja bi zlahka, kot so ugotavljali že glosatorji, prišli tudi do nasprotnega sklepa, torej, da je moral upnik pri unovčenju zastavne pravice skrbno upoštevati tipične zastaviteljeve premoženjske interese.

2.6. Odgovornost zastavnega upnika za evikcijo

Če se je zastavni upnik odločil zastavljeno stvar prodati, je moral to storiti v dobri veri, kar je pomenilo, da je moral storiti vse, da bi dosegel kar najvišjo možno tržno ceno.⁶⁴ Po svoji presoji jo je smel prodati na javni dražbi ali zasebno (»pod roko«). Tržna kupnina je bila seveda višja, če je prodajalec jamčil za primer evikcije. Zastavni upnik je bil pri prodaji sicer v neugodnem položaju, saj je le redko poznal pravne napake zastavljene stvari. Zato se je najverjetneje izogibal sklepanju evikcijskih stipulacij.

Razvito klasično pravo je kupcu priznalo pravico, da prodajalca, ki evikcijske stipulacije ni želel skleniti, toži s tožbo *actio empti*, da doseže interes, ki ga je imel kupec, ko bi bila stipulacija sklenjena.⁶⁵ To pravilo se v primeru prodaje zastavljene stvari ni uveljavilo, saj je zastavni upnik stvar prodajal po volji in v imenu zastavitelja.⁶⁶ Zato bi ne bilo pravično, če bi odgovarjal za pravne napake prodane stvari:

D. 19, 1, 11, 16 Ulp. 32 ad ed.: [...] *nam si iure creditoris vendiderit, deinde haec fuerint evicta, non tenetur nec ad pretium restituendum ex empto actione creditor [...].*

Ulp. D. 19, 1, 11, 16 (Ulpijan v 32. knjigi k ediktu): »[...] če je prodal (zastavljeno) stvar s pravico (zastavnega) upnika, nato pa je bila ta evincirana, ni niti na podlagi kupčeve tožbe (zastavni) upnik zavezan k povrnitvi kupnine [...].«

⁶² Dernburg, 1864 b, str. 148, op. 11.

⁶³ Roßhirt, 1853, str. 403–421.

⁶⁴ Alex. C. 8, 29, 1 pr. O tem Tambour, 1856, str. 350.

⁶⁵ Ulp. D. 21, 2, 2; Ner.–Ulp. D. 21, 2, 37, 1.

⁶⁶ Inst. 2, 8, 1: [...] *quod voluntate debitoris intellegitur pignus alienare*. Pavel v D. 20, 5, 9 pr. govori o prodaji v stiski (*ex necessitate facta venditio*). Glej tudi Alex. C. 8, 45, 1; Gord. C. 8, 45, 2. O tem Dernburg, 1864 a, 176 s, in Moreau, 1878.

Namesto zastavnega upnika je bil v primeru pravnih napak z analogno tožbo iz kupne pogodbe (*actio utilis ex empto*) zavezan zastavitelj.⁶⁷ Zastavitelj zastavnega upnika kot prodajalca tudi ni mogel prisiliti k sklenitvi evikcijske stipulacije, kar je redno pripomoglo k nižji tržni vrednosti kupnine zastavljene stvari in šibilo zastaviteljev interes na morebitnem presežku.

Kaser in Zimmermann menita, da naj bi v dejstvu, da zastavni upnik redno ni odgovarjal za evikcijo, odseval zapostavljen položaj zastavitelja.⁶⁸ Toda zastavni upnik je za evikcijo jamčil v primeru izrecnega dogovora kot tudi v primeru, če je kupec dokazal, da je vede (t. j. doložno) prodal stvar, ki sploh ni bila zastaviteljeva oziroma ta z njo ne bi smel razpolagati.⁶⁹

2.7. *Pignus Gordianum*

Po načelu akcesornosti zastavne pravice je ta redno ugasnila z izpolnitvijo zavarovane terjatve. Zastavitelj je vrnitev zastavljene stvari zahteval s tožbo *actio pigneraticia directa* ali z *rei vindicatio*.⁷⁰ Obstoj morebitnih drugih nezavarovanih terjatev, ki jih je proti zastavitelju imel zastavni upnik, sprva ni imel nobenega vpliva na uspešnost direktne tožbe iz zastavne pogodbe. Novost je pomenilo za upnika posebej ugodno upravičenje, ki ga je leta 239, domnevno na temelju provincialne prakse,⁷¹ uzakonil cesar Gordijan III. (238–244):

C. 8, 26, 1, 2 Gord. A. Festo: *Ac si in possessione fueris constitutus, nisi ea quoque pecunia tibi a debitore reddatur vel offeratur, quae sine pignore debetur, eam restituere propter exceptionem doli mali non cogaris. iure enim contendis debitores eam solam pecuniam, cuius nomine pignora obligaverunt, offerentes audiri non oportere, nisi pro illa etiam satisfecerint, quam mutuam simpliciter acceperint.* <a. 239 pp. Id. Mart. Gordiano A. et Aviola cons.>

Gord. C. 8, 26, 1, 2 (Cesar Gordijan Avgust Festu): »Če pa ti je bilo kaj prepuščeno v posest in ti dolžnik ni povrnil ali ponudil denarja, tega, kar ni bilo zavarovano z zastavno pravico, ne boš prisiljen vrniti zavoljo ugovora zvijačne prevare (*exceptio doli mali*). Po pravu namreč trdiš, da dolžnikov ni treba poslušati, če ponudijo le tisti denar, ki so ga bili dolžni na podlagi zavarovane obveznosti, če hkrati ne izpolnijo tudi tiste obveznosti, ki izhaja iz navadnega (tj. nezavarovanega) posojila.« <Dano na marčne ide v času konzulata Gordijana Avgusta in Aviole, leta 239>

⁶⁷ Tryph. 20, 5, 12, 1.

⁶⁸ Zimmermann, 1992, str. 225: »Once again, one can see here that the debtor's position was fairly weak. If possible, he would rather have tried to discharge his debt and to ask the pledgee to restore the pledge.«

⁶⁹ Gord. C. 8, 45, 2.

⁷⁰ Ulp. D. 13, 7; C. 4, 24.

⁷¹ Schanbacher, 1997, str. 263, in Mitteis, 1912, str. 130.

Po Gordijanovi konstituciji je smel zastavni upnik tudi po izpolnitvi zavarovane terjatve pridržati zastaviteljevo stvar, če je imel proti dolžniku kako nezavarovano, vendar dospelo terjatev iz drugega razmerja.⁷² Gordijan je za uveljavitev navedene pravice predvidel možnost ugovora *exceptio doli (generalis)*. Ker je tožba *actio pigneraticia directa* v Gordijanovem času, kot smo že ugotovili, najverjetneje vsebovala klavzulo *ex fide bona*, bi bil ugovor *exceptio doli* v tej tožbeni formuli odveč.⁷³ V vsakem primeru pa ga je bilo treba vključiti v tožbeno formulo rei vindikacije, saj je ta kot tudi vse druge *actiones in rem* spadala med toge tožbe (*iudicia stricti iuris*).

V literaturi ostaja sicer sporno, ali je Gordijanova konstitucija uzakonila zakonito zastavno pravico (*pignus Gordianum*)⁷⁴ ali retencijsko pravico (*retentio Gordiana*). Predvsem iz besedila konstitucije ni razvidno, ali je smel zastavni upnik pridržano stvar tudi prodati ali pa jo zgolj zadrževati do dolžnikove popolne izpolnitve siceršnjih obveznosti, ki jih je imel do (nekdanjega) zastavnega upnika. Če sledimo večinskemu mnenju o retencijski naravi Gordijanovega instituta,⁷⁵ je bil položaj zastavnega upnika z novim institutom resda okrepljen, vendar njegova upravičenja niso pomembneje odstopala od ustroja številnih drugih obligacijskih in stvarnopравnih razmerij, kjer naletimo na retencijsko pravico.⁷⁶

3. *Pignus utriusque gratia datur*

3.1. *Od retencijske do prodajne zastavne pravice*

Po Kaserjevem stališču je bila rimska zastavna pravica vse do zgodnje klasične dobe »zapadlostna« (nem. »Verfallpfand«)⁷⁷ in »povrnitvena« (nem. »Ersatzpfand«).⁷⁸ Ob neizpolnitvi zavarovane terjatve naj bi, če ni bilo dogovorjeno drugače, zastavljena stvar prešla samodejno v lastnino zastavnega upnika. Po analogiji z nadomestno izpolnitvijo (*datio in solutum*) naj upnik od dolžnika ne bi smel zahtevati razlike (*residuum*) v primeru, ko je bila vrednost zastavljene stvari nižja od vrednosti zavarovane terjatve.⁷⁹ Po drugi strani tudi zastavitelj ni imel zahtevka na povračilo presežka kupnine (*superfluum*). Domnevamo lahko, da sta se stranki po očrtani Kaserjevi hipotezi o zapadlostni zastavi,

⁷² Visky, 1983, str. 186–193, in Weiß, 1909, str. 53–56.

⁷³ Schanbacher, 1997, str. 243, in Kaser, 1982, str. 84.

⁷⁴ Visky, 1983, str. 191 s, in Nardi, 1939, pass.

⁷⁵ Schanbacher, 1997, str. 245.

⁷⁶ O tem Burge, 1979.

⁷⁷ »Verfallspfand« je Vilfan (1961, str. 241) poslovenil z besedno zvezo »zapadlostna zastava«.

⁷⁸ Kaser, Knütel in Lohsse, 2021, str. 236, tč. 33; Verhagen, 2011, str. 13; Schanbacher, 2005, str. 198; Honsell, Selb in Mayer-Mally, 1987, str. 198; Kaser 1982, str. 72; Wigmore, 1942, str. 378; Jörs, Kunkel in Wenger, 1935, str. 153.

⁷⁹ Manigk, 1941, str. 1248.

ki naj bi pričala o močnem izhodiščnem položaju zastavnega upnika, praviloma odločali za zastavitev stvari, ki sta jo šteli za vrednostni ekvivalent zavarovane terjatve.⁸⁰

Najtehtnejši pomislek o očrtani Kaserjevi hipotezi izhaja že iz pomanjkanja virov,⁸¹ saj jo je utemeljil skoraj izključno na dvoumni Katonovi klavzuli iz spisa »O kmetijstvu« (154 pr. Kr.). V tem delu je Mark Porcij Katon (234–149 pr. Kr.) delil pravne nasvete, denimo, kako naj si kmetovalci zagotovijo zanesljivo zavarovanje terjatev:

Cato, *De re rustica* 146, 2: *Recte haec dari fierique satisque dari domino, aut cui iusserit, promittito satisque dato arbitrato domini. Donicum solutum erit aut ita satis datum erit, quae in fundo inlata erunt, pigneri sunt; nequid eorum de fundo deportato; siquid deportaverit, domini esto.*

Katon, O kmetijstvu 146, 2: »Da bo to [kupnina] lastniku ali po njem določeni osebi pravilno plačano oziroma mu bo dana varščina, naj obljubi in da varščino po lastnikovi volji. Dokler ne bo izpolnjeno ali obljubljeni poroštvo, naj bo vse, kar bo prineseno na zemljišče, zastavljeno; in ničesar ne odnašaj z zemljišča; če si je kaj odnesel, naj bo od lastnika.«

Katonov odlomek je vzet iz konteksta prodaje bodočega pridelka oljk.⁸² Prodajalec se je v zavarovanje plačila kupnine s kupcem pridelka dogovoril, da se bodo do plačila kupnine šteje za zastavljene vse naprave, ki bi jih kupec z namenom obiranja plodov pripeljal na zemljišče. Če bi kupec kaj od pripeljanega z zemljišča odnesel pred plačilom kupnine, naj bi te stvari avtomatično padle v lastnino zastavnega upnika.

Po mojem mnenju Katonova klavzula le stežka izpričuje »zapadlostno« konceptijo zastavne pravice. Dokazuje celo nasprotno: ob odsotnosti komisornega dogovora je bila prvotna zasnova zastavne pravice zgolj retencijska.⁸³ Za nadgradnjo izhodiščno »retencijske« zastavne pravice je bil že spočetka merodajen le dogovor med zastaviteljem in zastavnim upnikom.⁸⁴ Prepuščeno jima je bilo, da se dogovorita, da zastavljena stvar v primeru neizpolnitve preide v upnikovo lastnino (komisorni dogovor – *lex commissoria*) ali pa da ostane zastaviteljeva, upnik pa jo je upravičen prodati (dogovor o prodaji – *pactum de vendendo*, *pactum de distrahendo pignore* ali *pactum, ut vendere liceat*).⁸⁵

⁸⁰ Odstopanja od načelne ekvivalence vzajemnih obveznosti naj bi porasle v času kreditne krize 3. stoletja po Kr., h kateri so bistveno pripomogli nenehna notranja trenja in zunanji vojaški spopadi (Phillipson, 1968, str. 1243). Zastavljena stvar je poslej imela praviloma višjo vrednost od zavarovane terjatve, kar je ob odsotnosti zastaviteljevega zahtevka na presežek kupnine v primeru neplačila vodilo v upnikovo obogatitev (Manigk, 1914, str. 295 s).

⁸¹ Rabel, 1915, str. 494, op. 1.

⁸² *Lex oleae pendentis*. O tem Krämer, 2007, str. 143–165.

⁸³ Schanbacher, 2005, 191 ss; in Wacke, 1998, str. 173 s.

⁸⁴ Wacke (1998, str. 176) govori o »Bewahrungspfand« oziroma »Pressionspfand«. Glej tudi Braukmann, 2008, str. 53 ss.

⁸⁵ O tem Rabel, 1915, str. 496; in Rabel, 1909, str. 92, op. 1.

Šele v visoki klasični dobi so juristi upnikovo pravico do prodaje zastavljene stvari priznali kot navadno sestavino zastavne pogodbe.⁸⁶

D. 13, 7, 4 Ulp. 41 ad Sab.: [*E*]tsi non convenerit de distrahendo pignore, hoc tamen iure utimur, ut liceat distrahere, si modo non convenit, ne liceat.

Ulp. D. 13, 7, 4 (Ulpijan v 41. knjigi k Sabinu): »[Č]eprav ni bilo dogovora o prodaji zastavljene stvari, velja po pravu, ki ga uporabljamo, da se sme zastavljena stvar prodati, če le ni bilo dogovorjeno, da se ne sme (prodati).«

Kot smo že ugotovili, je bila pravica do prodaje zastavljene stvari načeloma *pravica* zastavnega upnika. Ko pa so juristi zastavitelju priznali, da sme z direktno tožbo iz zastavne pogodbe (*actio pigneraticia directa*) zahtevati prepustitev presežka kupnine od prodane stvari (*superfluum, hyperocha*),⁸⁷ je postala pravica do njene prodaje pomembno zastaviteljevo jamstvo. Na to opozarjata Papinijan in Pavel:

D. 13, 7, 42 Pap. 3 resp.: *Creditor iudicio, quod de pignore dato proponitur, ut superfluum pretii cum usuris restituat, iure cogitur [...]*.

Pap. D. 13, 7, 42 (Papinijan v 3. knjigi spisa *Responsa*): »Upnik je s tožbo glede zastave po pravu prisiljen, da izroči presežek kupnine od zastavljene stvari skupaj z obrestmi [...].«

D. 13, 7, 7 Paul. 2 sent.: *Si autem tardius superfluum restituat creditor id quod apud eum depositum est, ex mora etiam usuras debitori hoc nomine praestare cogendus est.*

Paul. D. 13, 7, 7 (Pavel v 2. knjigi spisa *Sententiae*): »Če pa upnik prepozno povrne pri njemu položen presežek, je dolžniku zaradi zamude prisiljen povrniti tudi obresti.«

Zastaviteljev zahtevek za povrnitev presežka so nekateri razlagali z oblikovanjem *in ius* koncipirane tožbene formule direktne tožbe iz zastavne pogodbe (*actio pigneraticia directa in ius concepta*). Njena novost v primerjavi z domnevno starejšo tožbo *actio pigneraticia directa in factum concepta* naj bi bil nedoločeni zahtevek s klavzulo *ex fide bona*.⁸⁸ *In factum* koncipirana tožba se je namreč glasila zgolj na vračilo zastavljene stvari po poplačilu zavarovane terjatve.⁸⁹ Kdaj natanko in če sploh se je *in ius* koncipirana tožba iz zastavne pogodbe pridružila *in factum* koncipirani tožbi, ostaja v literaturi še vedno sporno. Jurist Gaj omenjene dvojnosti vsekakor še ni poznal.⁹⁰

⁸⁶ Primerjaj tudi Gai. 2, 64. O tem Wigmore, 1897, str. 29.

⁸⁷ Manigk, 1914, str. 292–321. Izraz *hyperocha* (ὑπεροχή – po Doklerju »štrljenje iznad česa«, »preseganje») se pojavi zgolj pri grško piščočemu juristu Trifoninu (D. 20, 4, 20).

⁸⁸ Več o tem Braukmann, 2008, str. 64 ss.

⁸⁹ Lenel, 1927, str. 254 s. Glej tudi Karlović, 2022, str. 239; Kranjc, 2005, str. 128; Zimmermann, 1992, str. 223; Kaser, 1982, str. 85 s; Kaser, 1971, str. 537.

⁹⁰ Gai. 4, 62 tožbe *actio pigneraticia* ne uvršča med gibke tožbe. Drugače Justinijan (Inst. 4, 6, 28). Kot dokaz obstoja dveh vrst tožb pri zastavni pogodbi nekateri navajajo Ulp. D. 13, 7, 13 pr., kjer

Rimska ročna zastava je imela v svojem izvirnem stanju torej precejšnjo pomanjkljivost. Uporaba stvari je bila odtegnjena tako upniku kot tudi zastavitelju – upniku zaradi prepovedi uporabe zastavljene stvari, ki jo je imel v posesti; zastavitelju, ker je ni imel v neposredni posesti.⁹¹ Gospodarska neposrečenost je narekovala nadgradnjo pravnega instituta.⁹² Visoki klasiki so jo udejanjili s priznanjem upnikovega upravičenja in pozneje celo obveznosti do prodaje zastavljene stvari na eni in zastaviteljevega zahtevka na presežek kupnine na drugi strani, s čimer so naredili enega od bistvenih korakov na poti k uravnoteženju premoženjskih interesov obeh strank. Opisano težnjo potrjujeta še dva dodatna vidika uravnoteženja, ki ju kratko omenjam v naslednjih dveh odstavkih. Prvi zadeva razlago predmeta splošne zastavne pravice, drugi pa obseg upnikovega zahtevka za povrnitev stroškov, ki so mu nastali z zastavljeno stvarjo.

3.2. Interpretacija splošne zastavne pravice

Po klasičnem pravu je bilo mogoče zastaviti vse, kar je bilo lahko predmet prodajne pogodbe.⁹³ Stranki sta se smeli dogovoriti tudi za zastavitev vsega sedanjega in prihodnjega premoženja, kar opisuje kot splošna zastavna pravica (*generalis hypotheca*).⁹⁴ Ta je okrepila dolžnikovo kreditno sposobnost, vendar je utegnila imeti zanj tudi težke posledice. Po strogi razlagi bi smel upnik poseči tudi na zastaviteljeve osebne predmete oziroma predmete posebne priljubljenosti.⁹⁵ Ulpijan je omenjal domnevo, da se dogovor o splošni zastavni pravici ni raztezal na pohištvo, obleke, stvari, ki so imele za zastavitelja posebno čustveno vrednost – denimo na hišne sužnje, nesvobodne vajence in konkubine

jurist omenja, da je zastavni upnik zavezan s »tožbami« iz zastavne pogodbe (*pigneraticis actionibus teneri*).

⁹¹ Če bi zastavni upnik uporabljal zastavljeno stvar, bi odgovarjal za tatvino rabe (*furtum usus*) – glej Inst. 4, 1, 6.

⁹² Louis-Lucas, 1886, str. 31; in Zimmermann, 1992, str. 224.

⁹³ Gai. D. 20, 1, 9, 1.

⁹⁴ Ulp. D. 20, 1, 6 (*Obligatio generali rerum, quas quis habuit habiturusve sit* [...]); Pap. D. 20, 1, 1 pr.; Paul. D. 20, 1, 29 pr.; Scaev. D. 20, 1, 34, 2; Iust. C. 8, 16, 9, 1: *ius tamen generalis hypothecae etiam ad futuras res producatur*. O tem Van Hoof, 2017, str. 474–491.

⁹⁵ Da bi se izognili uničujočim posledicam preširoke pogodbene avtonomije za posameznika in s tem tudi za širšo skupnost, je denimo hebrejsko pravo zastavljanje osebnih predmetov v celoti prepovedalo. Glej 2 Mojz. 22, 25 s: »Če vzameš v zastavo plašč svojega bližnjega, mu ga vrni do sončnega zahoda! 26 Kajti to je njegova edina odeja, ogrinjalo za njegovo kožo. V čem naj sicer spi? Če se bo zgodilo, da bo vpil k meni, ga bom uslišal, ker sem milostljiv.«; 5 Mojz 24, 12–13: »12 Če je to ubožec, ne hodi spat, ko imaš njegovo zastavo pri sebi! 13 Vsekakor mu vrni zastavo ob sončnem zahodu, da leže spat s svojim plaščem in te blagoslovi; zate pa bo to pravičnost pred Gospodom, tvojim Bogom.«; in 5 Mojz 24, 17. O tem Skralovnik, 2017, str. 31 s; Kübel, 1870, str. 59 s; in Kurrein, 1890, 27 ss.

ter njene otroke.⁹⁶ Za navedene stvari se je namreč domnevalo, da jih lastnik ne bi bil zastavil niti posamično.⁹⁷

3.3. Povračilo stroškov zastavnega upnika

Odličen primer težnje po uravnoteženju pravic in obveznosti strank zastavne pogodbe obravnava Ulpijan pri presoji obsega zahtevka zastavnega upnika za povrnitev stroškov:

D. 13, 7, 25 Ulp. 31 ad ed.: *Si servos pigneratos artificiiis instruxit creditor, si quidem iam imbutos vel voluntate debitoris, erit actio contraria: si vero nihil horum intercessit, si quidem artificiiis necessariis, erit actio contraria, non tamen sic, ut cogatur servus carere pro quantitate sumptuum debitor. sicut enim negligere creditorem dolus et culpa quam praestat non patitur, ita nec talem efficere rem pigneratam, ut gravis sit debitori ad recipendum: puta saltum grandem pignori datum ab homine, qui vix luere potest, nedum excolere, tu acceptum pignori excoluisti sic, ut magni pretii faceres. alioquin non est aequum aut quaerere me alios creditores aut cogi distrahere quod velim receptum aut tibi paenuria coactum derelinquere. medie igitur haec a iudice erunt dispicienda, ut neque delicatus debitor neque onerosus creditor audiatur.*

Ulp. D. 13, 7, 25 (Ulpijan v 31. knjigi k ediktu): »Če je upnik zastavljene sužnje izučil v obrti, mu bo na voljo nasprotna tožba (*actio pigneraticia contraria*) le, če so že prej pridobili nekaj znanja o teh zadevah ali pa če so bili izučeni po dolžnikovi volji. Če pa ni bilo tako in so bila znanja nujno potrebna, je na voljo nasprotna tožba, toda ne v taki višini, da bi se bil dolžnik prisiljen odpovedati sužnjem zaradi visokih stroškov, kajti, kakor ni dopustno, da bi upnik naklepno ali malomarno zamenjal zastavljeno stvar, tako mu tudi ni dopuščeno, da bi zastavljeno stvar spremenil tako, da bi jo bilo dolžniku težko pridobiti nazaj. Podobno namreč velja, če bi veliko zemljišče zastavil nekdo, ki ga le stežka odkupi ali ga sploh ne more obdelovati, ti pa si ga, potem ko si ga sprejel v zastavo, tako obdelal, da je postalo precej dražje. Sicer pa ni primerno, da sem prisiljen iskati druge upnike ali da prodam to, kar želim dobiti nazaj, ali da sem ti [zastavljeno stvar] zaradi pomanjkanja prisiljen prepustiti. Sodnik bo moral torej najti srednjo pot, in sicer tako, da ne bodo slišani niti ugovori občutljivega dolžnika niti zahteve obremenjujočega upnika.«

Zastavni upnik je sužnje, ki jih je dobil v ročno zastavo, izučil v obrti, po izpolnitvi zavarovane terjatve pa njihovo prepustitev pogojeval s plačilom izobraževalnih stroškov. Temu analogen je primer zastavitve zemljišča, ki ga je zastavni upnik obdelal tako, da se je njegova vrednost znatno povišala, nato pa je skušal zastavni upnik stroške obdelave

⁹⁶ D. 20, 1, 6 in 8.

⁹⁷ Splošna zastavna pravica lastniku ni jemala pravice osvoboditi sužnja, če ta ni bil hkrati zastavljen tudi posamično. Pravilo bi lahko pripisali načelu dobrohotne razlage v prid prostosti (*favor libertatis*). Gai. D. 40, 9, 29 pr., Sev. Ant. C. 7, 8, 3. Glej podobno pravilo pri tih zastavi zakupnikovega inventarja (Ulp. D. 20, 2, 6).

prevaliti na zastavitelja. Ulpijan je menil, da je smel zastavni upnik upravičeno pričakovati le povrnitev nujnih in koristnih stroškov, ki jih je imel z zastavljeno stvarjo.⁹⁸ Po njegovem mnenju ni primerno (*non est aequum*), da bi upnikovi zahtevki, ki so izhajali iz stranske obveznosti povračila stroškov, silili zastavitelja v jemanje premostitvenega kredita ali k prodaji dela premoženja. Iz Ulpijanove argumentacije izhaja zahteva po iskanju kompromisa med »občutljivim« dolžnikom in »obremenjujočim« upnikom. Ideal pravne rešitve je v iskanju srednje poti.⁹⁹

4. *Favor debitoris* v postklasičnem pravu?

4.1. Omejitve predmeta zastavne pravice

Ročna zastava je v razmerah prevladujoče agrarne družbe pomenila za zastavitelja posebno obremenitev, ko so bila zastavljena kmetijske proizvodne naprave. Njihova neposredna posest je zastavitelju omogočala, da z delom pridobi sredstva za odplačilo dolga. Najverjetneje so že v klasičnem obdobju šteli ročno zastavo pluga kot bistvenega pripomočka agrarne dejavnosti za nemoralno.¹⁰⁰ Šele cesar Konstantin je izterjevalcem davkov pod grožnjo smrtne kazni prepovedal rubežno zastavno pravico (*pignorum capio*) kmetijskih sužnjev, vprežnega goveda in plugov.¹⁰¹

C. Th. 2, 30, 1 Const. A. ad universos provinciales: *Intercessores a rectoribus provinciarum dati ad exigenda debita ea, quae civiliter poscuntur, servos aratores aut boves aratorios pignoris causa de possessionibus abstrahunt, ex quo tributorum illatio retardatur. Si quis igitur intercessor aut creditor vel praefectus pacis vel decurio in hac re fuerit detectus, a rectoribus provinciarum capitali sententiae subiuetur.* <Dat. IV. non. Iun. Sirmio, Constantino A. IV. et Licinio IV. cons.>

⁹⁸ Bartolus, spremno besedilo k D. 13, 7, 25 (Accursius, 1627, str. 1408).

⁹⁹ Ulpijanova argumentacija je podobna Celzovi v odlomku D. 6, 1, 38, kjer poudarja, da pravica dobrovernega posestnika do povrnitve stroškov gradnje na tujem zemljišču ne sme biti tako daljnosežna, da bi bil revni lastnik, ki dobrovernega posestnika toži s tožbo *rei vindicatio*, že zaradi povračila stroškov prisiljen prodati svoje siceršnje premoženje ali da bi se moral odreči domu in družinskemu grobu. Celz zato predlaga, da naj se dobroverni posestnik, če je lastnik »revež« (*pauper*), zadovolji s pravico do odvzema (*ius tollendi*) tistih dodatkov, ki jih je bilo mogoče odstraniti brez škode za lastnika. O etični konotaciji Celzovega argumenta glej Kambič, 2010, str. 138 s, zlasti op. 41.

¹⁰⁰ To bi lahko izhajalo iz Quint. Inst. Orat. 7, 8, 4: *An, quod in toto, idem in parte. aratrum accipere pignori non licet, vomerem accepit.* (»Ali je tisto, kar je (prepovedano) v celoti, prepovedano tudi v delu? (Na primer): Ne sme se jemati pluga v zastavo. Sprejel je plužnik.«) Kvintilijan je v razpravi o silogističnem sklepanju omenil prepoved zastavitve pluga, toda ni pojasnil, ali je imel v mislih prepoved rimskega ali tujega izvora.

¹⁰¹ Primerjaj s Const. C. 8, 16, 7 pr., kjer je smrtna kazen za kršitelje konstitucije nadomeščena s kaznijo po sodnikovi diskreciji. Prepoved se je poslej raztezala tudi na vsa kmetijska orodja oziroma pritikline (*instrumenta aratoria*).

Const. C. Th. 2, 30, 1 (Cesar Konstantin vsem provincialom): Cesar Konstantin Avgust vsem provincialom: »Izterjevalci, ki jih imenujejo upravitelji provinc za izterjavo dolgov, ki se zahtevajo v civilnih postopkih, jemljejo z zemljiških posesti sužnje – orače in vole kot zastavo, kar vodi v zavlačevanje plačila davkov. (1) Če bi torej pri tej praksi odkrili kakšnega izterjevalca ali upnika ali mirovnega prefekta ali dekuriona, ga bo upravitelj pokrajine kaznoval s smrtno kaznijo.« <Dano na četrti dan pred junijskimi nonami v Sirmiju v letu četrtega konzulata Konstantina Avgusta in Licinija (2. junija 315)>

Weiß je Konstantinovo prepoved opisal kot člen v verigi ukrepov cesarske zakonodaje, ki si je prizadevala varovati socialno šibkejše družbene sloje.¹⁰² Toda, kot je razvidno iz same utemeljitve konstitucije, je bil ukrep motiviran s fiskalno politiko.

Po stališču starejše teorije, naj bi bila prepoved, izražena v Konstantinovi konstituciji, zamejena le na davčno izvršbo. Ker pa so v besedilu konstitucije poleg davčnih izvršiteljev omenjeni tudi upniki (*creditores*), tako stališče ni povsem prepričljivo.¹⁰³ Najkasneje po Honorijevi konstituciji iz leta 414 prepoved ni bila več omejena na zastavno pravico po oblastni odredbi, temveč tudi na pogodbeno in zakonito zastavno pravico.¹⁰⁴

C. 8, 16, 8 Honor. Theodos. AA. Probo com. sacr. larg.: *Pignorum gratia aliquid quod ad culturam agri pertinet auferri non convenit.* <a. 414 D. III id. Iun. Constante et Constantio cons.>

Honor. Theodos. C. 8, 16, 8 (Cesarja Honorij in Teodozij, avgusta, Probu, predstojniku cesarske darilne blagajne): »Ni prav, da se zaradi zastavitve odnese kaj, kar se nanaša na obdelavo polja.« <Dano na tretji dan pred junijskimi idami, ko sta bila konzula Konstancij in Konstantin (11. junij 414)>

O tem, da se je Konstantinova prepoved ustalila kot posebna socialna omejitev pogodbene avtonomije, priča določilo med 4. in 5. stoletjem nastale Sirsko-rimske pravne knjige (SR), ki je v § 100 prepovedala zastavitev goveda.¹⁰⁵ Pri omejevanju predmeta zastavne pravice so bila cesarju lahko v navdih tudi določila helenistične,¹⁰⁶ hebrejske ali starobabilonske zakonodaje.¹⁰⁷ Gortinska zakonodaja je prepovedovala zastavljanje plugov, jarmov, statev, volne, mlinskih kamnov in postelj.¹⁰⁸ Pogodba, katere rezultat bi bilo go-

¹⁰² Weiß, 1909, str. 57 s.

¹⁰³ Dupont, 1963, str. 27.

¹⁰⁴ Honor. Th. C. 8, 16, 8 pr: *Pignorum gratia aliquid quod ad culturam agri pertinet auferri non convenit.* (»Ni prav, da se zaradi zastavitve odnese kaj, kar se nanaša na obdelavo polja.«) O tem Krumpholz, 1992, str. 76 s; Stühff, 1966, str. 104.

¹⁰⁵ Selb in Kaufhold, 2002b.

¹⁰⁶ Hitzig, 1895, str. 20 s.

¹⁰⁷ § 241 Hamurabijevega zakonika: »Če je človek zarubil govedo, bo plačal tretjino mine srebra.« (Slovenski prevod po Korošec, 1954, str. 84); 5 Mojz 24, 6: »Ne jemlji v zastavo ročnega mlina ali njegovega zgornjega kamna; kajti življenje bi vzel v zastavo.«

¹⁰⁸ Dareste, Haussoullier in Reinach, 1898, str. 328, col. II.

spodarsko in socialno uničenje dolžnika, bi bila protipravna, saj si državljanov brez orožja in osnovnih premoženjskih dobrin ni smela privoščiti nobena grška polis.¹⁰⁹ Zgodovinar Diodor Siciljski iz prvega stoletja pred Kristusom je v luči omenjenega panhelenskega pravila ob analizi nekega egipčanskega zakona opozoril na zanimiv paradoks:

Diodor, *Bibliotheca historica*, 1, 79: Μέμφονται δέ τινες οὐκ ἀλόγως τοῖς πλείστοις τῶν παρὰ τοῖς Ἑλλησι νομοθετῶν, οἵτινες ὅπλα μὲν καὶ ἄροτρον καὶ ἄλλα τῶν ἀναγκαϊοτάτων ἐκώλυσαν ἐνέχυρα λαμβάνεσθαι πρὸς δάνειον, τοὺς δὲ τούτοις χρησομένους συνεχώρησαν ἀγωγίμους εἶναι.

Diodor, Zgodovinska knjižnica 1, 79: »Nekateri pa se – in to utemeljeno – pritožujejo nad številnimi grškimi zakonodajalci, ki so pri jemanju posojila prepovedali zastavljanje orožja, plugov in drugih potrebščin, po drugi strani pa so dovolili, da so odvedeni tisti, ki bi te stvari uporabljali.«

Kot vidimo je Diodor obžaloval prakso v grškem svetu, ki mu zastavljanje svobodnih oseb in dolžniško suženjstvo ni bilo tuje. Tudi v Rimu je bilo zastavljanje svobodnih oseb prepovedano šele v klasični dobi.¹¹⁰ Toda razpita praksa se je ponovno razširila v obdobju gospodarskega razsula in draginje konec tretjega stoletja, kar je narekovalo odziv cesarske pisarne:

C. 4, 43, 1 Diocl. Max. AA. et CC. Aureliae Papiniana: *Liberos a parentibus neque venditionis neque donationis titulo neque pignoris iure aut quolibet alio modo, nec sub praetextu ignorantiae accipientis in alium transferri posse manifesti iuris est.* <a. 294 D. XVI k. Dec. Nicomediae CC. cons.>

Diocl. Max. C. 4, 43, 1 (Cesarja Dioklecijan in Maksimijan, avgusta in cesarja, Avreliji Papinijani): »Očitno pravo je, da starši ne morejo na drugega prenesti otrok niti na temelju prodaje in darila niti po pravu zastave niti na kateremkoli drugem temelju in tudi ne pod pretvezo, da pridobitelj ni vedel, da gre za svobodno osebo.« <Dano 16. dan pred decembrskimi kalendami v Nikomediji, leta 294>

Da se je zastavljanje svobodnih oseb in s tem tudi dolžniško suženjstvo ponekod ohranilo do 6. stoletja, kaže vnovična prepoved v Justinijanovi Noveli 134:

Nov. Iust. 134, 7: *Quia vero et huiusmodi iniquitatem in diversis locis nostrae reipublicae cognovimus admitti, quia creditores filios debitorum praesumunt retinere aut in pignus aut in servile ministerium aut conductionem, hoc modis omnibus prohibemus, et iubemus, ut si quis huiusmodi aliquid deliquerit, non solum debito cadat, sed tantam aliam quantitatem adiciat dandam ei, qui retentus est ab eo aut parentibus eius; et post hoc etiam corporalibus poenis ipsum subditi a loci iudice, quia personam liberam pro debito praesumpserit retinere aut locare aut pignorare.*

¹⁰⁹ Weiß, 1909, str. 27. Vpliv krščanstva na omenjeno konstitucijo sta zagovarjala Biondi, 1954, 225; Vogt, 1945, str. 142.

¹¹⁰ Paul. D. 20, 3, 5: *Creditor, qui sciens filium familias a parente pignori accepit, relegatur.* (»Upnik, ki je vede sprejel sina pod oblastjo v zastavo od očeta, naj bo izgnan.«). Primerjaj PS 5, 1, 1; Diocl. Max. C. 8, 16, 6.

Nov. Iust. 134, 7: »Ugotovili smo, da je v številnih krajih naše države razširjena krivica, ko upniki zadržujejo otroke dolžnikov bodisi v zastavi ali da delajo kot sužnji ali da jih dajejo v najem. To v celoti prepovedujemo. Odrejamo, da tisti, ki bi kaj takega storil, ne izgubi le terjatve, temveč naj bo prisiljen plačati dvakratnik dolgovane vrednosti tistemu, ki je bil zadržan, ali njegovim staršem; nato naj ga s telesno kaznijo kaznuje krajevni sodnik, ker si je drznil pridržati svobodno osebo zaradi dolga, jo dal v najem ali imel v zastavi.«

Na v cesarskih konstitucijah večkrat ponovljene prepovedi zastavljanja svobodnih oseb bi lahko vplivali spisi milanskega škofa, (najverjetneje) jurista in cerkvenega očeta Ambrozija.¹¹¹ Večkrat se je odzval na izkoriščevalske in nepietetne posege upnikov na dolžnikovo truplo, s čimer so upniki pritiskali na dolžnikove dediče, da čim prej poplačajo zapustnikove dolgove.¹¹²

4.2. Prirast zastavljene stvari

Po klasičnem pravu so se šteli kot tiho zastavljeni zgolj tisti plodovi zastavljene stvari, ki so z ločitvijo od matične stvari prešli v zastaviteljevo lastnino.¹¹³ Po Pavlovih Sentencah, najverjetneje pa tudi po Sirsko-rimski pravni knjigi,¹¹⁴ se je zastavna pravica raztezala na otroke zastavljene sužnje in na živalske mladiče zgolj, če sta se stranki o tem izrecno dogovorili:

PS 2, 5, 2: *Fetus vel partus eius rei quae pignori data est pignoris iure non tenetur, nisi hoc inter contrahentes convenerit.*

PS 2, 5, 2: »Živalski mladič ali otrok (sužnje), ki je dana v zastavo, ni zavezan iz zastave, če ni bilo to med strankama posebej dogovorjeno.«

IP PS 2, 5, 2: *Si quis gregem equarum, vaccarum vel ovium accepta mutua pecunia pignori creditori dederit, fetus earum rerum ad debitorem, non ad creditorem pertinet. Ita est et si ancillam dederit et partum ediderit: ad debitorem pertinet, non ad creditorem.*

¹¹¹ Ambrosius, *De Tobia*, 8 (Migne, 1845, str. 769 s).

¹¹² Surove upniške prakse v šestem stoletju je izdatno popisala Justinijanova 60. novela. Purpura, 2009; Bonini, 1974, str. 127 ss; Schmitt, 1868, str. 169–172.

¹¹³ Če je imel denimo zastavitelj na zastavljenem zemljišču ustanovljen dedni zakup (*emphyteusis*), plodovi tega zemljišča niso veljali za zastavljene, saj jih je s separacijo pridobil dedni zakupnik. Ulp. 40, 5, 26, 2; Pap. D. 20, 1, 1, 2; Paul. D. 20, 1, 29, 1; Alex. C. 8, 14, 3 pr. Enako je veljalo tudi za otroke sužnje (Alex. C. 8, 24, 1). O tem Löffelmann, 1996, str. 150–171.

¹¹⁴ SR § 91, 5: »Če [zastavljena sužnja] dobi otroka, ta pripade njenemu lastniku, tj. tistemu, ko jo je zastavil. Kajti človek ni enak polju. Po Božji dobroti plodovi zaradi človeka rastejo na polju.« (Slovenski prevod po nemškem prevodu iz arabščine po Selb in Kaufhold, 2002a, str. 125. O tem Kaser, 1975, str. 315, in Selb in Kaufhold, 2002b, str. 194 ss.

Interpretacija k PS 2, 5, 2: »Če je kdo dal čredo konj, krav ali ovc v zastavo zato, da bi prejel posojilo, donosi teh stvari preidejo na dolžnika, ne na upnika. Tako (velja) tudi, če je prepuščena v zastavo sužnja in je nato rodila otroka: ta pripade dolžniku, ne upniku.«

Žal iz Pavlovih Sentenc ni razvidno, ali je mogoče novo gledanje posploševati na vse donose zastavljene stvari ali pa je pravilo veljalo izključno za primer zastavitve sužnje in živali.

Razhajanje med klasičnim in postklasičnim pojmovanjem v luči prirasti je Kaser pojasnjeval s tem, da so klasični juristi plodove šteli za postransko premoženjsko vrednost, ki je delila usodo matične stvari. V gospodarskem zatonu zgodnjega dominata naj bi se ustalilo prepričanje, da imajo plodovi tako pomembno gospodarsko vrednost, da jih je bilo treba ob zastavitvi matične stvari izrecno opredeliti kot zastavljene. Z obratom klasičnega stališča naj bi bila razvidna enaka težnja postklasičnega prava po zaščiti zastavitelja.¹¹⁵

4.3. Prepoved komisornega dogovora

Z dodatnim dogovorom (*pactum adiectum*), imenovanim *lex commissoria* ali *pactum commissorium*,¹¹⁶ je zastavni upnik pridobil lastninsko pravico na zastavljeni stvari, če terjatev ob dospelosti ni bila izpolnjena.¹¹⁷ Komisorni dogovor je bil pravna podlaga izročitve (*iusta causa traditionis*), na temelju katerega je prešla lastninska pravica na zastavnega upnika.¹¹⁸ Zastavni upnik je smel poleg zastavljene stvari, čeprav je imela višjo vrednost od zneska zavarovane terjatve, obdržati tudi morebitne delne izpolnitve. Komisorni dogovor je za zastavitelja predstavljal nevarnost oderuštva. O obstoju komisornih dogovorov ohranjeni viri molčijo, kar je mogoče pripisati njihovi nepriljubljenosti ali pa – kar je verjetneje – interpolacijskim posegom Justinijanovih kompilatorjev, ki so skušali vire vsebinsko uskladiti s Konstantinovo prepovedjo komisornega dogovora.¹¹⁹

¹¹⁵ Kaser, 1958, str. 192.

¹¹⁶ *Lex commissoria* pomeni dobesedno »dogovor o prepustitvi«. Glagol *committo* pomeni »predajam, prenesem, prepuščam«. V sodobni slovenski literaturi se je uveljavil izraz »komisorni« ali »komisorični dogovor«, tudi »komisorna klavzula« – glej na primer Tratnik, 2022, str. 50. Nemška literatura uporablja izraz »Verfallsabrede«, kar bi lahko prevajali kot »dogovor o zapadlosti«. Ob tem je treba poudariti, da je imel *lex commissoria* poseben pomen v okviru stranskih dogovorov pri rimski prodajni pogodbi. Tako imenovani razdorni dogovor je bil dogovor med prodajalcem in kupcem, na temelju katerega je smel prodajalec razdreti pogodbo, če kupnina ni bila pravočasno plačana (Paul. D. 41, 4, 2, 3).

¹¹⁷ Braukmann, 2008, str. 118 s. Siber (1928, str. 120) je zagovarjal, da je bil dogovor *lex commissoria* le podlaga za nastanek obligacijskopravnega zahtevka na prenos zastavljene stvari v lastnino zastavnega upnika, ne pa podlaga samodejnega prehoda lastnine.

¹¹⁸ O pojmu *iusta causa traditionis* glej Žepič, 2021, str. 209 in pass.

¹¹⁹ Levy, 1956, str. 188 s.

Ker so se pasti komisornega dogovora zavedali že klasični juristi, so si z interpretativnimi posegi prizadevali preprečiti neupravičeno obogatitev zastavnega upnika, o čemer priča Marcijanov odlomek:

D. 20, 1, 16, 9 Marcian. lib. sing. ad formulam hypothecariam: *Potest ita fieri pignoris datio hypothecae, ut, si intra certum tempus non sit soluta pecunia, iure emptoris possideat rem iusto pretio tunc aestimandam: hoc enim casu videtur quodammodo condicionalis esse venditio. et ita divus Severus et Antoninus rescripserunt.*

Marcian. D. 20, 1, 16, 9 (Marcijan v monografiji o hipotekarni tožbi): »Pri ročni ali hipotečni zastavitvi je mogoč dogovor, da (upnik), če denar ni plačan do poteka določenega roka, poseduje zastavljeno stvar s pravico kupca za primerno ceno, ki mora biti tedaj ocenjena. V tem primeru se zdi, da gre za nekakšno pogojno prodajo. In tako sta odpisala cesarja Septimij Sever in Karakala.«¹²⁰

Jurist Elij Marcijan (*Aelius Marcianus*)¹²¹ opisuje dogovor med zastaviteljem in zastavnim upnikom, na temelju katerega je smel zastavni upnik, če mu dolg ob dospelosti ni bil plačan, posedovati zastavljeno stvar, kot da bi jo bil kupil.¹²² Kupnina je pri tem izpolnjevala merilo določenosti oziroma določljivosti (*pretium certum*), če je ustrezala vsoti še ne plačane glavnice in pripadajočih pogodbениh obresti.¹²³ Od Dioklecijana dalje je morala kupnina ustrezati tudi merilu primernosti (*pretium iustum*), tj. biti v sorazmernem odnosu s tržno vrednostjo stvari.¹²⁴ V delu *iusto pretio aestimandum* velja Marcijanov odlomek za interpoliranega, saj se besedna zveza *pretium iustum* pred Dioklecijanom ni pojavljala.¹²⁵ Ali je vsota glavnice in pripadajočih obresti pomenila primerno kupnino, je v postopku ocenjeval sodnik, zunaj postopka pa je najverjetneje zadoščala ocena tretjega.¹²⁶

Juristova interpretacija zgoraj omenjenega dogovora¹²⁷ kot odložno pogojene prodajne pogodbe (*condicionalis venditio*)¹²⁸ je ščitila zlasti zastaviteljeve interese, saj si je ta

¹²⁰ Prevod po Kranjc, 2013, str. 106, primer 267.

¹²¹ Ustvarjal je v času cesarjev iz dinastije Sever. Kunkel, 2001, str. 258.

¹²² Primerjaj Tryph. D. 20, 5, 12 pr.: *Rescriptum est ab imperatore libellos agente Papiniano creditorem a debitore pignus emere posse, quia in dominio manet debitoris.* (»Ko je bil Papinijan vodja cesarske pisarne, je cesar odpisal, da sme zastavni upnik kupiti zastavljeno stvar, ker (dotlej) ostane v dolžnikovi lastnini.«)

¹²³ Rabel, 1915, str. 496.

¹²⁴ Diocl. Max. C. 4, 44, 2.

¹²⁵ Arnese, 2018, str. 182 ss; Göttlicher, 2004, str. 112; Wacke, 1998, str. 188; in Kaser, 1975, str. 320.

¹²⁶ Primerjaj Inst. 3, 23, 1.

¹²⁷ Navedeni dogovor so v občem pravu imenovali *pactum Marcianum*. Arnese, 2018.

¹²⁸ Primerjaj Vat. 9: *Creditor a debitore pignus recte emit, sive in exordio contractus ita convenit sive postea; nec incerti pretii venditio videbitur, si convenerit, ut pecunia fenoris non soluta creditor iure empti dominium retineat, cum sortis et usurarum quantitas ad diem solvendae pecuniae praestitutam certa sit.* (»Upnik pravilno kupi zastavljeno stvar od dolžnika, o čemer sta se dogovorila bodisi ob sklenitvi pogodbe bodisi naknadno; in ne zdi se, da gre za prodajo po nedoločeni kupnini, če se dogovorita,

v vlogi prodajalca zagotovil, da od kupca (zastavnega upnika) s tožbo *actio venditi* terja znesek, ki bi presegal primerno kupnino. Prav tako je moral sodnik pri presoji nedoločenega tožbenega zahtevka iz prodajne pogodbe na temelju klavzule *ex fide bona*, ki jo je vsebovala tožba iz kupne in prodajne pogodbe, upoštevati poračunanje delnih izpolnitev, česar morda v okviru zgolj *in factum* koncipirane tožbe *actio pigneraticia directa* vsaj prvotno ne bi bilo mogoče doseči.

Pojav pravih komisornih dogovorov, kjer bi se zastavitelj z zastavnim upnikom dogovoril o brezpogojnem prehodu zastavljene stvari v lastnino brez poračunanja delnih izpolnitev in vračila presežka od kupnine, naj bi bil znamenje gospodarske krize poznega tretjega in četrtega stoletja, ko je zastavni upnik le stežka našel ustrezne kupce oziroma si je zaradi razvrednotenega denarja na vsak način prizadeval na zastavljeni stvari pridobiti lastnino.¹²⁹ Komisorne dogovore je prepovedal cesar Konstantin, pri čemer ni mogoče z gotovostjo reči, ali je bil njegov edikt izdan že 31. januarja 320¹³⁰ ali šele 31. januarja 326.¹³¹

C. Th. 3, 2, 1 Const. A. ad populum: *Quoniam inter alias captiones praecipue commissoriae legis crescit asperitas, placet infirmari eam et in posterum omnem eius memoriam aboleri. Si quis igitur tali contractu laborat, hac sanctione respiret, quae cum praeteritis praesentia quoque depellit et futura prohibet. creditores enim, re amissa, iubemus recipere, quod dederunt.* <Dat. prid. kal. Feb. Serdica, Constantino A. VI. et Constantino C. cons.>

Const. C. Th. 3, 2, 1 Cesar Konstantin Avgust ljudstvu: »Ker med ostalimi prevarami raste zlasti ostrina komisornega dogovora, smo jo sklenili razveljaviti in v prihodnje zatreči vsak spomin nanjo. Če kdo torej trpi zaradi take pogodbe, naj si oddahne zaradi te odredbe, ki razveljavlja pretekle in sedanje ter prepoveduje prihodnje dogovore te vrste. Ukazujemo pa, da naj upniki, potem ko so izgubili stvar, dobijo nazaj tisto, kar so dali.« <Dano v Serdiki, dva dni pred februarškimi kalendami, ko sta bila konzula Konstantin, šestič, in Konstantin.>

Cesar Konstantin, »prenovitelj in prevratnik starodavnih zakonov«,¹³² obžaluje porast komisornih dogovorov v tedanji pogodbeni praksi. Zaradi njihove immanentne nevarnosti oderuštva jih obravnava kot sleparije (*captiones*). Edikt ne opiše, v čem je bila pravzaprav vsebina komisornega dogovora oziroma kot del katere pogodbe je nastopal. Šele v

da v primeru neplačanega zneska posojila upnik kot kupec zadrži lastnino, kajti (kupnina) se določa po glavnici in po obrestih, ki morajo biti plačane do določenega roka.«) O tem odlomku glej Sič, 2010, str. 155–179.

¹²⁹ Harke, 2021, str. 88 ss; Sič, 2014, str. 98 in 103; in Wacke, 1998, str. 189. O razvrednotenju denarja v poznem dominatu glej Demandt, 2007, str. 283.

¹³⁰ Levy, 1956, str. 190; in Gaudemet, 1992, str. 120.

¹³¹ Krüger, 1895, str. 348; in Frier, 2016, str. 2129.

¹³² Tako ga je opisal cesar Julijan. Amm. Rerum gestarum, 21, 10, 8: [...] *novator turbatorque prisca-rum legum.*

nekoliko spremenjenem besedilu konstitucije v Justinijanovem kodeksu je natančneje določeno, da gre za komisorni dogovor pri zastavni pogodbi.¹³³ Pogodbe, ki so vsebovale komisorno klavzulo, razglaša za nične z retroaktivnim učinkom. S tem je v korist šibkejših zastaviteljev omejil pogodbeno svobodo.¹³⁴ Učinek Konstantinovega edikta, ki ne skopari z retorično obarvanostjo,¹³⁵ je sicer ostal presenetljivo skromen. Dolžnik si je smel »oddahniti«, saj je cesar izničil pravno podlago za prehod lastnine na zastavnega upnika. Pri tem ostaja nejasno, ali je smel zastavitelj stvar vindicirati ali kondicirati.¹³⁶ Kaže tudi, da je zastavni upnik ohranil terjatev in zastavno pravico. Zastavljeno stvar je smel zastavni upnik še vedno prodati ali, če v doglednem času ni našel primernih kupcev, na njej pridobiti lastnino z odobritvijo cesarske pisarne (*impetratio domini*).¹³⁷

V starejši literaturi se navaja, da je bil Konstantinov ukrep eden prvih vplivov krščanske etike na rimsko pravo.¹³⁸ To nekateri utemeljujejo z dejstvom, da je leta 325 pod Konstantinovim predsedstvom potekal prvi vesoljni cerkveni zbor v Niceji, kjer so obsodili obrestovanje in oderuške prakse.¹³⁹ Če je bil Konstantinov edikt objavljen leta 326, bi vsebinsko povsem ustrezal koncilskemu nauku.

Ne glede na to, ali lahko Konstantinov edikt pripisujemo krščanskemu vplivu, je splošno sprejeto, da gre za enega najstarejših zakonodajnih ukrepov, namenjenih izboljšanju položaja dolžnika.¹⁴⁰ Posledica dolžnikove zamude ni smela biti upnikova obogatitev, temveč zgolj povračilo dejansko nastale škode. Kot je ugotavljal Seidl, se je s tem zasladovala misel, da mora zastavna pravica služiti zavarovanju, ki za upnika ne sme pomeniti lukrativnega posla.¹⁴¹

¹³³ C. 8, 34, 3 pr. Const. A. ad populum. *Quoniam inter alias captiones praecipue commissoriae pignorum legis crescit asperitas, [...]*

¹³⁴ Gaudemet, 1992, str. 121.

¹³⁵ Enako, kot se je strogost prava umikala humanosti, se je jezik poznoantičnega zakonodajalca vse bolj približeval govorniškimi panegirikom (Gaudemet, 1992, str. 121).

¹³⁶ Naknadno prenehanje pravne podlage, na temelju katere bi smel pridobitelj pridobljeno obdržati, po rimskem pravu ni pomenilo samodejne vrnitve lastninske pravice na prvotnega lastnika. To pomeni, da bi neupravičen premoženjski premik sanirala obogatitvena tožba. O tem Žepič, 2021, str. 220.

¹³⁷ Kaser, 1975, str. 320; Levy, 1956, str. 192; Brasloff, 1933, str. 131; in Dernburg, 1860, str. 275 ss.

¹³⁸ Biondi, 1954, str. 256.

¹³⁹ D. 47 c. 2. Glej tudi ponovitev prepovedi komisornega dogovora v X. 3, 21, 7. O tem Endemann, 1883, str. 341 ss; in Brinkmann, 1892, str. 29 s. V obdobju recepcije se prepoved komisornega dogovora umešča v okvir protioderuške zakonodaje. Glej Reichspolizeiordnung (1577), ki prepoved omenja v § 5 dvajsetega poglavja z naslovom »Von Juden und ihrem Wucher«.

¹⁴⁰ Tako tudi Wacke, 1998, str. 179; in Krumpholz, 1992, str. 73 s. Glej tudi Sukačić, 2021, pass.; in Zamora Manzano, 2007, str. 549.

¹⁴¹ Seidl, 1973, str. 206. Glej tudi Pfaff, 1897, str. 71; Krek, 1921, str. 140; in Puffendorf, 1711, str. 168.

Tudi v moderni stvarnopravni zakonodaji ostaja prepoved komisornega dogovora ena ključnih kogentnih določb na področju stvarnopravnih zavarovanj.¹⁴² Po Stvarnopravnem zakoniku sta prepovedana tako komisorni dogovor kot tudi že omenjeni »marcijanski dogovor« (*pactum Marcianum*), tj. dogovor o pogojno odloženi prodaji zastavnemu upniku za določljivo ceno pred dospelostjo zavarovane terjatve, če sta sklenjena pred dospelostjo terjatve. Prvi odstavek 132. člena SPZ:

»Pogodbeni določili, da zastavljena stvar preide v last zastavnega upnika, če njegova terjatev ob zapadlosti ne bo plačana in o prodaji zastavljene stvari po vnaprej določeni ceni, sta nični, razen če ta zakon določa drugače.«

Po dospelosti zavarovane terjatve pa sme dolžnik prosto izbirati med negotovo potjo prodaje zastavljene stvari na javni dražbi in sklenitvijo komisornega dogovora, ki zdaj že nastopa v vlogi nadomestne izpolnitve (*datio in solutum*).¹⁴³

4.4. Omejitve upnikovega prostega preudarka pri unovčenju zastavne pravice

Upnik si je v zavarovanje iste terjatve lahko izgovoril tako stvarno kot tudi osebno zavarovanje terjatve. Katero obliko zavarovanja je v primeru neizpolnitve obveznosti uveljavljal prednostno, je bilo prepuščeno upnikovi presoji.¹⁴⁴ Pri tem ni bilo pomembno, ali je bila hipotečno zastavljena stvar v posesti zastavitelja ali tretjega.¹⁴⁵

Že Dioklecijan je določil, da mora upnik, če je osebni dolžnik prisoten, najprej terjati njega, šele nato pa po potrebi unovčiti zastavno pravico.¹⁴⁶

Pomembno novost je po zgledu orientalske prakse uvedel cesar Justinijan v 4. noveli, s katero je uredil pravno dobroto vrstnega reda pri poroštvo (*beneficium excussionis vel ordinis*), vendar se je dotaknil tudi ureditve zastavne pravice. Šele ko upniku ni uspelo izterjati glavnega dolžnika in nato poroka, je smel s hipotekarno tožbo (*actio hypothecaria*

¹⁴² Glej tudi § 1229 BGB in § 1371 ODZ.

¹⁴³ Člen 283 Obligacijskega zakonika (OZ, Uradni list RS, št. 83/01, 32/04 – OROZ195, 28/06 – odl. US, 40/07, 97/07 – UPB1, 64/16 – odl. US in 20/18 – OROZ631). Glej na primer izrek sodbe Vrhovnega sodišča Republike Slovenije II Ips 412/2006 z dne 27. novembra 2008: »Prepoved t. i. komisornega dogovora (*lex commissoria*) je omejena le na fazo stipulacije (ustanovitve) in na čas trajanja zastavne pravice, na solucijsko fazo, to je na čas po zapadlosti zavarovane terjatve, pa se ne razteza več. Komisorni dogovor v tej fazi tako ne predstavlja nič drugega kot sporazum upnika in dolžnika o nadomestni izpolnitvi obveznosti.«

¹⁴⁴ Diocl. Max. C. 8, 13, 24: *Persecutione pignoris omissa debitores actione personali convenire creditor urgueri non potest.* (»Upnika ni mogoče prisiliti, da opusti zasledovanje tožbe iz zastavne pravice ter da namesto tega toži z osebno tožbo.«) Glej tudi Diocl. Max. 8, 13, 14 pr. Drugače je veljalo po grških pravih, kjer je imel upnik dolžnost, da skuša še pred uveljavljanjem poroštva izčrpati zastavno pravico. Tako je določala tudi SR § 92. O tem Weiß, 1909, str. 19 in 49; ter Selb in Kaufhold, 2002b, 196 s.

¹⁴⁵ Diocl. Max. C. 4, 10, 14 in C. 8, 13, 14.

¹⁴⁶ Diocl. Max. 8, 13, 10. O tem Harke, 2019, str. 111 s.

in rem) zasledovati dolžnikove stvari, ki so bile v posesti tretjega ali stvari tretjega, ki so bile zastavljene v zavarovanje terjatve. Če bi zastavni upnik najprej terjal zastavitelja ali tretjega, ne pa poroka, sta ga smela ta dva zavriniti in preusmeriti na poroka (tako imenovana dobrota osebne odklonitve – *beneficium excussionis personalis*).¹⁴⁷ Vrstnega reda ni bilo treba upoštevati, če je imel porok prebivališče v drugem sodnem okraju kot upnik.¹⁴⁸

Nadaljnja oblika omejitve upnikove diskrecije pri unovčenju je zadevala primer, ko sta bili v zavarovanje terjatve v korist istega upnika ustanovljeni tako posamična kot tudi splošna zastavna pravica. V tem primeru se je po konstituciji Septimija Severa in Karakale štel, da je moral zastavni upnik najprej poseči po posamič zastavljeni stvari, če je že ta pokrila zavarovano terjatev, šele nato pa unovčiti zastavno pravico na stvareh, ki so bile predmet splošne zastavne pravice. To zastaviteljevo upravičenje so v občem pravu imenovali dobrota odklonitve stvari – *beneficium excussionis realis*.¹⁴⁹ Zastavitelj se je redno zanesel, da je upnik kot primaren predmet zavarovanja štel posamič zastavljeno stvar. Šele če ta ne bi zadoščala za poplačilo, bi smel upnik poseči na zastaviteljevo siceršnje premoženje in imeti pri tem prednost pred preostalimi nezavarovanimi upniki.¹⁵⁰ Cesarja sta želela, kot slikovito pravi konstitucija, »umeriti pravosodno oblast«, torej najti pravo razmerje interesov pogodbениh strank.¹⁵¹

4.5. Omejevanje samopomoči pri posegu po zastavljeni stvari

Skladno s splošno težnjo po zamejevanju samopomoči v postklasični dobi se je zožila tudi pravica zastavnega upnika po zunajsodnem posegu na zastavljeno stvar. Še v klasični dobi se upnikov zunajsodni odvzem hipotečno zastavljene stvari zastavitelju ni štel za tatvino, kar lahko štejemo za izjemo od dekreta Marka Avrelija (*decretum divi Marci*) o prepovedi upniške samopomoči:¹⁵²

D. 47, 2, 56 Ulp. 3 disp.: *Cum creditor rem sibi pigneratam aufert, non videtur contractare, sed pignori suo incumbere.*

¹⁴⁷ Dernburg, 1864 b, str. 376 ss.

¹⁴⁸ Nov. Iust. 4, 2.

¹⁴⁹ Dernburg, 1864 b, str. 370 ss.

¹⁵⁰ Dernburg, 1864 b, str. 372 s, opisuje institut kot »posebno, s pravičnostjo utemeljeno pravno dobroto.«

¹⁵¹ Sev. Ant. C. 8, 13, 2: *Quamvis constet specialiter quaedam et universa bona generaliter adversarium tuum pignori accepisse et aequale ius in omnibus habere, iurisdictio tamen temperanda est.* (»Čeprav na splošno velja, da ima tvoj nasprotnik enako pravico tako do posamič kot tudi splošno zastavljenega premoženja, je treba kljub temu umeriti pravosodno oblast.«)

¹⁵² Call. D. 4, 2, 13. Dopustnost samopomoči pri zastavni pravici je zanimivo s primerjalnopravnega vidika. Hebrejsko pravo je denimo ostro obsodilo samopomoč zastavnega upnika, morda tudi zato, da bi revnega dolžnika zaščitila pred socialno sramoto (Brin, 1994, str. 83): 5 Mojz 24, 10–13: »10 Če daš svojemu bližnjemu kar koli na pósito, ne hòdi v njegovo hišo, da bi od njega vzel zastavo! 11 Zunaj postoj in ta, ki mu posojaš, naj zastavo prinese k tebi ven.«

Ulp. D. 47, 2, 56 (Ulpijan v 3. knjigi spisa *Disputationes*): »Če upnik odnese stvar, ki mu je bila zastavljena, se ne zdi, da si skuša te stvari prilastiti, marveč da uveljavlja svojo zastavno pravico.«

Ulpijanov odlomek naj bi se nanašal zgolj na primere, ko je zastavni upnik zastavitelju prepustil ročno zastavljeno stvar nazaj v prekarij. S tem so skušali preseči gospodarske pomanjkljivosti ročne zastave, zastavnemu upniku pa hkrati zagotoviti brezpogojno varstvo zoper prekarista.¹⁵³ Prekarist zaradi svoje relativne vicioznosti proti *precario dansu* ni imel nobenih posestnih interdiktov, *precario dans* pa je v prekarij prepuščeno stvar smel kadarkoli zahtevati nazaj.¹⁵⁴

Interpretacija odlomka je zaradi apodiktičnega tona zaposlovala predvsem glosatorje. Dejanski stan tatvine naj po njihovem mnenju ne bi bil izpolnjen zato, ker zastavni upnik, ki je s samopomočjo posegel po zastavljeni stvari, ni deloval z namenom pridobitve premoženjske koristi, temveč z namenom zavarovanja kredita.¹⁵⁵

Po določitih postklasičnih Pavlovih Sentenc, Sirsko-rimske pravne knjige¹⁵⁶ in Justinijanovega kodeksa¹⁵⁷ je smel zastavni upnik zasledovati zastavljeno stvar izključno po sodni poti, ne glede na to, ali je bila pri zastavitelju ali pri tretjem.¹⁵⁸ V nasprotnem primeru bi odgovarjal za kaznivo dejanje nasilništva (*crimen violentiae*):

PS 2, 14, 5: *Si quis pignora debitoris citra auctoritatem iudicantis abduxerit, violentiae crimen admittit.*

PS 2, 14, 5: »Če kdo dolžnikove zastavljene stvari odvzame brez avtoritete tistega, ki sodi, zagreši kaznivo dejanje nasilništva.«

Kljub oblastnemu neodobravanju samopomoči pa sta se smela zastavni upnik in zastavitelj v zastavni pogodbi dogovoriti, da sme zastavni upnik zunajsodno pridobiti posest na zastavljeni stvari. Zastavitelj naj bi s posebno pogodbeno klavzulo »izvršba naj se izvede kot na podlagi sodbe«¹⁵⁹ privolil v neposredno izvršljivo listino, kar mu je prihranilo zamudni postopek s hipotekarno tožbo. Opisano pogodbeno določilo, ki ga je po helenističnih zgledih¹⁶⁰ predvidela konstitucija cesarjev Septimija Severa in Karakale

¹⁵³ Po splošnem pravilu prekarij na lastni stvari ni bil mogoč (Ulp. D. 43, 26, 4, 3). Izjema je veljala za zastavitelja (Ulp. D. 43, 26, 6, 4). Ulpijan je tako prakso označil za vsakodnevno (*cottidie enim precario rogantur creditores ab his, qui pignori dederunt [...]*).

¹⁵⁴ O tem Fuenteseca, 2013, str. 91 ss; in Braukmann, 2008, str. 36–40.

¹⁵⁵ *Additio* h glosi *Contrectare: Praesumimus in dubio ea quae benigniora sunt, ut hic: creditores pignus persequi non lucri sui causa, sed potius sui crediti conservandi causa.*

¹⁵⁶ SR § 89b. O tem Selb in Kaufhold, 2002, str. 190. Primerjaj tudi PS 5, 26, 4, ki v drugem delu odlomka velja za predelanega. O tem Sič, 2008, str. 492 s.

¹⁵⁷ Diocl. Max. C. 9, 12, 5.

¹⁵⁸ Selb in Kaufhold, 2002, str. 190.

¹⁵⁹ Pogodbeno določilo se je v papirih glasilo ή πράξις εἶτω καθάπερ ἐκ δίκης. O tem Martin, 2013, str. 243 ss; kritično o tej klavzuli glej zlasti Martin, 2021, str. 89 ss.

¹⁶⁰ Hitzig, 1895, str. 59 ss.

iz leta 205, so v občem pravu imenovali »dogovor o vstopanju (v posest)« (*pactum de ingrediendo*):¹⁶¹

C. 8, 13, 3 Sev. Ant. AA. Maximo: *Creditores, qui non reddita sibi pecunia conventionis legem ingressi possessionem exercent, vim quidem facere non videntur, attamen auctoritate praesidis possessionem adipisci debent.* <a. 205 pp. k. Mai Antonino A. II et Geta II cons.>

Sev. Ant. C. 8, 13, 3 (Cesarja Septimij Sever in Karakala, Avgusta, Maksimu): »Ne šteje se, da uporabljajo silo upniki, ki v primeru neplačila denarja vstopijo v posest (zastavljene stvari) v skladu z dogovorom (z dolžniki). Kljub temu pa morajo pred tem pridobiti dovoljenje provincialnega upravitelja.« <Dano na majske kalende, v času konzulatov Antonina Avgusta, drugič in Gete, drugič, leta 205>

Zaradi nejasnega zadnjega stavka konstitucije, iz katerega ni mogoče razbrati, v katerem primeru je bil potreben poseg državnega organa, se je razplamtel spor med glosatorji. Bulgar, Martin in Rogerij so zastavnemu upniku dovolili zunajsodni poseg na podlagi dogovora o vstopu v posest v vseh primerih. Glosator Hugo, čigar mnenje je v občepравни literaturi naposled prevladalo, pa je menil, da je sodni poseg nujen takoj, ko se je zastavitelj zastavnemu upniku z orožjem preprečil poseg po zastavljeni stvari.¹⁶²

4.6. Zastarljivost hipotekarne tožbe

Že cesar Gordijan I. je določil, da se ugovora dolgotrajne posesti (*longi temporis praescriptio*) zoper hipotekarno tožbo ne more poslužiti osebni, temveč le stvarni dolžnik.¹⁶³ Ugovor dolgotrajne posesti je varoval le dobroverne posestnike.¹⁶⁴ To je bil lahko le tretji, ne pa osebni dolžnik in njegovi vesoljni nasledniki, za katere se je štelo, da bi se morali zavedati obstoja hipotečno zavarovanega dolga.¹⁶⁵ Tudi po Teodozijevem zakonu o zastaranju iz leta 424 je bila hipotekarna tožba, če je bila zastavljena stvar v rokah dolžnika ali njegovih dedičev, nezastarljiva, proti tretjim pa je zastarala v tridesetih letih od dospelosti zavarovane terjatve.¹⁶⁶ Razlog za nezastarljivost hipotekarne tožbe, ki je posebej obremenila zastavitelja in njegove pravne naslednike, v konstituciji sicer ni omenjen. Verjetno pa je do izraza prišla zakonodajalčeva namera, da naj zastavna pravica po načelu akcesornosti ugasne z izpolnitvijo terjatve in ne na temelju zastaranja hipotekarne tožbe.

Cesar Justin je leta 525 določil, da hipotekarna tožba tudi zoper osebnega dolžnika zastara v štiridesetih letih oziroma v tridesetih letih po dolžnikovi smrti. Novost je ute-

¹⁶¹ Dernburg, 1864 b, str. 328. O *pacta de ingrediendo* v papirih glej Taubenschlag, 1959b, str. 141 in 271, op. 457; in Mitteis, 1891, str. 431.

¹⁶² Haenel, 1834, str. 196 s. O tem Dernburg, 1864b, str. 328–332; in Wach, 1868, str. 57 ss.

¹⁶³ Gord. C. 7, 36, 1. O tem Piekenbrock, 2006, str. 61.

¹⁶⁴ Unterholzner, 1858, str. 268.

¹⁶⁵ Ulp. D. 44, 3, 5, 1.

¹⁶⁶ C. Th. 4, 14, 1 pr.

meljil z željo po preseганju »nesmrtnega strahu«, ki bi utegnil pestiti posestnike, če bi še naprej vztrajali pri njeni nezastarljivosti:

C. 7, 39, 7 pr. Iustinus A. Archelao PP: *[N]ostrae provisionis esse perspeximus hoc quoque emendare, ne possessores eiusmodi prope immortalis timore teneantur. [...]* <a. 525 D. k. Dec. Constantinopoli Philoxeno et Probo cons.>

Iustinus C. 7, 39, 7 pr. (Cesar Justin Avgust Arhelaju, pretorijanskemu prefektu):
 »[M]enimo, da pritiče naši uvidevnosti, da se izboljša to, da tovrstni posestniki ne bi ostali zavezani z malodane nesmrtnim strahom.« [...] <Dano na decembrske kalende v Konstantinoplu, ko sta bila konzula Filoksen in Prob, leta 525>

V občem pravu se je sprožila razprava, kako je sploh mogoče, da je zavarovana terjatev zastarala po splošnem pravilu v tridesetih letih, hipotekarna tožba pa je ostala civilno iztožljiva še nadaljnjih deset let.¹⁶⁷ Menim, da se v tej nekoliko nedosledni zakonodajni rešitvi kaže zakonodajalčeva želja po doseganju kompromisa med prvotno nezastarljivostjo hipotekarne tožbe in splošnim tridesetletnim zastaralnim rokom.

4.7. *Tres denuntiationes*

Zastavitelj je imel zaradi že opisanega zahtevka na presežek kupnine interes po nadzoru zastavnega upnika, ko se je ta odločil po zapadlosti prodati zastavljeno stvar. Če je želel upnik zastavljeno stvar pošteno prodati, je moral namero prodaje naznaniti zastavitelju v navzočnosti prič:

C. 8, 27, 4 Alex. A. Crescenti: *Creditor hypothecas sive pignus cum proscribit, notum debitori facere, si bona fide rem gerit, et quando licet testato dicere debet.* <a. 225 pp. k. Iun. Fusco et Dextro cons.>

Alex. C. 8, 27, 4 (Cesar Aleksander Sever Krescentu): »Ko upnik prodaja na dražbi hipotečno ali ročno zastavljeno stvar, mora ob navzočnosti prič povedati dolžniku, če ravna vestno in pošteno (*si bona fide rem gerit*), ali in kdaj (bo prodajal).« Dano na junijske kalende, v času, ko sta bila konzula Fusk in Dekster, leta 225>

Če je bil zastavitelj prepričan, da bo lahko kmalu po dospelosti odplačal dolg in si je želel zagotoviti, da upnik ne bo prodal njemu posebej ljube stvari, je z upnikom sklenil dogovor o neprodaji (*pactum de non distrahendo pignore*):

D. 13, 7, 4 Ulp. 41 ad Sab.: *Si convenit de distrahendo pignore sive ab initio sive postea, non tantum venditio valet, verum incipit emptor dominium rei habere. sed etsi non convenerit de distrahendo pignore, hoc tamen iure utimur, ut liceat distrahere, si modo non convenit, ne liceat. ubi vero convenit, ne distraheretur, creditor, si distraxerit, furti obligatur, nisi ei ter fuerit denuntiatur ut solvat et cessaverit.*

Ulp. D. 13, 7, 4 (Ulpijan v 41. knjigi k Sabinu): »Če je bilo bodisi spočetka bodisi kasneje dogovorjeno, da se sme zastavljena stvar prodati, (potem) ne samo, da velja

¹⁶⁷ Löhr, 1827, str. 82 ss.

prodaja, temveč pridobi kupec (tudi) lastninsko pravico na stvari. Vendar pa velja, tudi če ni bilo dogovora o prodaji zastavljene stvari, po pravu, ki ga uporabljamo, da se sme (zastavljena stvar) prodati, kolikor ni bilo (izrecno) dogovorjeno, da (se) ne sme (prodati). Kjer pa je bilo dogovorjeno, da se (stvari) ne sme prodati, bo upnik, če je stvar prodal, odgovarjal za tatvino, kolikor ni (pred prodajo dolžnika) trikrat opomnil, da naj plača, pa (ta tega) ni storil.«¹⁶⁸

Zastavni upnik, ki je v nasprotju z dogovorom prodal zastavljeno stvar, ni obveštral za tatu, če je prodajo trikrat zapored naznanil dolžniku (*tres denuntiationes*).¹⁶⁹ Po Dernburgovem mnenju bi moralo med naznanitvami po zgledu pravil, ki so veljala za zamudno sodbo, preteči vsaj deset dni.¹⁷⁰ Občepravni juristi so presojo ustreznosti časovnega razmika med posameznimi naznanitvami prepuščali sodnikovi diskrecijski presoji (*arbitrium iudicis*).¹⁷¹

Po postklasičnem pravu je moral zastavni upnik zastavitelju v vseh primerih in ne zgolj ob sklenitvi dogovora *pactum de non vendendo* kar trikrat zapored v ustreznih časovnih razmakih naznaniti nameravano prodajo:¹⁷²

PS 2, 5, 1: *Creditor si simpliciter sibi pignus depositum distrahere velit, ter ante denuntiare debitori suo debet, ut pignus luat, ne a se distrahatur.*

PS 2, 5, 1: »Če želi (zastavni) upnik preprosto odsojiti pri sebi položeno zastavljeno stvar, mora trikrat obvestiti svojega dolžnika, naj stvar reši zastavne pravice, da ne bi bila prodana.«

Pravilo, ki ga postavljajo Pavlove Sentence in ki je prešlo tudi v Sirsko-rimsko pravno knjigo,¹⁷³ je v upnikovo škodo zavleklo prodajni postopek. Šele Justinijan je stopil korak nazaj in upniku prodajo olajšal tako, da je redno zadoščala enkratna, zgolj v primeru dogovora o neprodaji pa trikratna naznanitev.

¹⁶⁸ Prevod po Kranjc, 2013, str. 107, primer 272.

¹⁶⁹ Da je besedica *ter* v Ulp. D. 13, 7, 4 interpolirana, so menili Kaser, 1975, str. 310, op. 5; Levy, 1956, str. 188; in Biondi, 1954, str. 256. Liebs (2018, str. 438) trdi, da je interpoliran celoten stavek *nisi ei ter fuerit denuntiatum ut solvat et cessaverit*. Zdi se mu, da Ulpianu, ki naj bi se »vsakič znova postavil na stran socialno šibkejših« (navaja: D. 24, 3, 22, 8; D. 26, 10, 3, 15; D. 47, 10, 13, 7; D. 42, 4, 7, 4; D. 43, 20, 1, 43; D. 24, 1, 3, 1; D. 48, 19, 6 pr., D. 48, 5, 14, 5; D. 49, 4, 1 pr.), ni mogoče pripisovati zavzemanja za to, da bi »očitno močnejša stran« (tj. upnik) z enostransko, čeprav trikrat ponovljeno izjavo, odpravila izpogajano pogodbeno klavzulo o neprodaji.

¹⁷⁰ Diocl. Max. C. 7, 43, 9.

¹⁷¹ Dernburg, 1864 b, str. 126.

¹⁷² Liebs (2018, str. 438) besedo *simpliciter* prevaja »brez posebnega dogovora« (tj. *sine condicione*), kar bi pomenilo, da je potreben trikratni opomin tudi v primeru, ko *pactum de non vendendo* ni bil sklenjen.

¹⁷³ SR § 89a (primerjaj § 109) govori o treh παραγγελία. Glej Selb in Kaufhold (2002), str. 189.

4.8. Moratorij na prodajo, izprositev lastnine in pravica rešilnega kupa

Justinijan je v Institucijah napovedal dosledno prizadevanje, »da (zastavnih) upnikov ne bi nič oviralo pri zasledovanju njihove pravice in da se ne bi zdelo, da na svojih stvarih dolžniki prehitro izgublajo lastninsko pravico«. ¹⁷⁴ Skladno s tem je v konstituciji C. 8, 33, 3 prenovil postopek prodaje zastavljene stvari, njenega morebitnega domika v upnikovo last in pravico rešilnega kupa. Ključni novosti sta bili uvedba dvoletnega moratorija na prodajo zastavljene stvari in podaljšanje zastaviteljeve pravice rešilnega kupa z enega na dve leti. V reformni konstituciji je cesar uvodoma poudaril svojo zavezanost k izboljšavi starega prava:

C. 8, 33, 3 Iust. A. Demostheni PP: *Vetustissimam observationem, quae nullatenus in ipsis rerum claruit documentis, penitus esse duximus amputandam, immo magis clarioribus remediis corrigendam. igitur in pignoribus, quae iure dominii possidere aliquis cupiebat, proscriptio publica et annus luitionis antiquus introducti sunt, pignus autem publice proscriptum neque vidimus neque nisi tantummodo ex librorum recitatione audivimus.*

Iust. C. 8, 33, 3 (Cesar Justinijan Avgust Demostenu, pretorijanskemu prefektu): »Najstarodavnejše pravilo, ki v listinah ni bilo pojasnjeno, želimo v celoti odpraviti ali ga, še raje, popraviti z nazornejšimi sredstvi. Če je torej kdo želel zastavljene stvari posedovati kot lastnik, je bila uvedena javna dražba in staro rešilno leto. Toda teh javnih dražb nismo niti videli niti o njih česarkoli slišali, razen ob prebiranju knjig.«

Strankama zastavne pogodbe je bil v celoti prepuščena možnost dogovora o načinu unovčenja zastavne pravice. Če ni bilo dogovorjeno drugače, je smel upnik zastavljeno stvar po novem prodati šele dve leti po dospelosti zavarovane terjatve. V tem roku je smel dolžnik s plačilom in povrnitvijo morebitne škode, ki je nastala zastavitelju, stvar »rešiti« pred pretečo prodajo. Iztek tega »zakonskega moratorija« se je pri terjatvah z določenim rokom izpolnitve računal od trenutka izdaje sodbe, pri terjatvah brez določenega roka izpolnitve pa od opomina dolžniku:

C. 8, 33, 3, 1: *Sancimus itaque, si quis rem creditori suo pigneraverit, si quidem in pactione cautum est, quemadmodum debet pignus distrahi, sive in tempore sive in aliis conventionibus ea observari, pro quibus inter creditorem et debitorem conventum est. sin autem nulla pactio intercesserit, licentia dabitur feneratori ex denuntiatione vel ex sententia iudiciali post biennium, ex quo attestatio missa est vel sententia prolata est, numerandum eam vendere.*

C. 8, 33, 3, 1: »Zato določamo, da če kdo zastavi svojo stvar upniku in je bilo v pogodbi določeno, kako naj se stvar proda, bodisi sočasno bodisi s poznejšimi dogovori, je treba upoštevati to, kar je bilo dogovorjeno med upnikom in dolžnikom.

¹⁷⁴ Inst. 2, 8, 1: [...] *sed ne creditores ius suum persequi impedirentur neque debitores temere suarum rerum dominium amittere videantur, nostra constitutione consultum est [...]*. Prevod po Kranjc, 2012, str. 175 in 177.

Če pa ni bilo nič dogovorjeno, je posojilodajalcu dovoljeno, da zastavljeno stvar proda dve leti po naznanitvi dolžniku, ki je opravljena v navzočnosti prič, ali dve leti po izdani sodni odločbi.«

Ker je bil zastavitelj seznanjen z nameravano prodajo, je smel nadzorovati morebitno koluzijo med prodajalcem (zastavnim upnikom) in z njim povezanimi osebami, ki bi jim utegnil zastavni upnik poceni prodati zastavljeno stvar. Pogodbo, ki je bila sklenjena v njegovo škodo, je smel zastavitelj izpodbijati že po konstituciji Dioklecijana in Maksimijana.¹⁷⁵

Če upnik po preteku dveh let ni našel primernega kupca, je moral dolžnika, ki se je nahajal v domicilu, po sodni poti pozvati k izpolnitvi obveznosti in se z dolžnikom dogovoriti o novem roku izpolnitve ter ga opomniti, da bo v primeru izostalega plačila izgubil lastnino na zastavljeni stvari. Če je dolžnik obveznost izpolnil, mu je moral upnik vrniti zastavljeno stvar. Če dolžnika zaradi odsotnosti niso našli,¹⁷⁶ je rok za izpolnitev določil provincialni sodnik:

C. 8, 33, 3, 3: *Sin autem nullatenus fuerit inventus, iudex certum tempus definiat, intra quod licentia ei dabitur sese manifestare et offerre pecunias et pignus ab oppignoratione liberare.*

C. 8, 33, 3, 3: »Če pa dolžnika nikakor ni mogoče najti, naj sodnik določi rok, znotraj katerega mu je dana pravica, da se pojavi in da ponudi plačilo ter da stvar osvobodi zastavne pravice.«

Če dolžnik po preteku sodniškega roka ni izpolnil dolgovane obveznosti, se je smel upnik, če ni našel primernega kupca, obrniti na cesarsko pisarno ter po zgledu javno-pravnih milostnih aktov »izprositi«¹⁷⁷ domik lastninske pravice na zastavljeni stvari (*impetratio domini*).¹⁷⁸ V primeru splošne zastavitve navedenega instituta ni bilo mogoče uporabiti.¹⁷⁹

C. 8, 33, 3, 2 in 3a: *Sin vero nemo est, qui comparare eam maluerit, ut necessarium fiat creditori saltem sibi eam iure domini possidere, in huiusmodi casibus causam esse observandam censemus, ut, sive praesens sit debitor, denuntiatio ei scilicet post biennium mittatur, sive afuerit, provinciale tribunale creditor petat et iudicem certiorare festinet, quatenus ille eum requisierit, certo tempore super hoc ab eo statuendo, ut fiat debitori manifestum per apparitionem iudicis, quod a creditore petitum est, et certum tempus statuatur, intra quod et, si fuerit inventus, debet qui pecunias creditas*

¹⁷⁵ Diocl. Max. C. 8, 27, 10, 2.

¹⁷⁶ O pojmu dolžnikove odsotnosti (*absentia*) glej Ulp. D. 50, 16, 199.

¹⁷⁷ Glagol *impetro* pomeni »izprosim« ali »izposlujem«. Institut *impetratio domini* zato prevajam kot »izprositev« (podelitve) lastnine. Gre namreč za obliko vladarjevega milostnega akta. Wiethaler, 1999, str. 350.

¹⁷⁸ Institut je uredil že cesar Aleksander Sever (Alex. C. 8, 22, 2, 1). Glej tudi Ulp. D. 13, 7, 24. O tem Zamora, 2007, str. 524; Korošec, 2005, str. 217; in Dernburg, 1864 b, str. 241, op. 4.

¹⁷⁹ Alex. C. 8, 33, 1.

accepit debitum offerre et pignus recuperare. [...] (3a) Sin autem in tempore statuto vel minime fuerit inventus vel creditam pecuniam totam offerre noluerit, tunc creditor adeat culmen principale et precibus porrectis iure dominii habere eandem rem expetat habeatque ex divino oraculo eam in suo dominio.

C. 8, 33, 3, 2 in 3a: »Kadar pa ni nikogar, ki bi želel kupiti stvar, in je zato nujno, da upnik na stvari sam pridobi posest kot lastnik, določamo naslednje: če je dolžnik prisoten, naj se mu to sporoči po preteku dveh let; če je odsoten, naj gre upnik pred provincialnega sodnika in ga zaprosi, da naj dolžniku prek sodnih pomočnikov naznani upnikov zahtevke ter določi rok, v katerem sme dolžnik, če se pojavi, upniku ponuditi plačilo dolgovanega denarnega zneska in dobiti nazaj zastavljeno stvar. [...] (3a) Če dolžnik ni bil najden v določenem roku ali pa je zavrnil celotno plačilo dolgovanega denarnega zneska, naj se upnik obrne na najvišje oblastvo ter v svoji prošnji izprosi podelitev lastninske pravice na zastavljeni stvari in to bo dobil po cesarski odredbi v svojo lastnino.«

Upnik po izprostitvi lastnine ni postal dokončni lastnik stvari. Cesar je namreč s sklicevanjem na človečnost oziroma sočutje do dolžnika (*pietatis intuitu*)¹⁸⁰ predvidel, da sme dolžnik še v nadaljnjih dveh letih po upnikovi pridobitvi lastnine izpolniti obveznost, s čimer je upnik izgubil izprošeno lastnino.

C. 8, 33, 3, 3b in 3c: *Et postquam hoc fuerit subsecutum, pietatis intuitu habeat debitor intra biennii tempus in suam rem humanum reversum ex die sacri oraculi numerandum, et liceat ei, creditori qui iam dominus factus est offerre debitum cum usuris et damnis vitio eius creditori illatis, quorum quantitatem creditor debet suo iuramento manifestare, et suum pignus recuperare. (3c) Sin autem biennium fuerit elapsum, plenissime habeat rem creditor idemque dominus iam inrevocabilem factam.*

C. 8, 33, 3, 3b in 3c: »In potem ko je bilo to storjeno, se sme dolžniku zaradi sočutja v (naslednjih) dveh letih, ki se štejeta od trenutka izdaje cesarskega dekreta, humano povrniti lastninsko pravico na zastavljeni stvari, če upniku, ki je zdaj že postal lastnik, ponudi dolgovan znesek skupaj z obrestmi in pod upnikovo prisego ocenjenim nadomestilom za škodo, ki je bila upniku povzročena po dolžnikovi krivdi. (3c) Če pa se je dvoleten rok iztekel, naj upnik, ki je hkrati lastnik, stvar nepreklicno pridobi.«

Felgenträger je pravico rešilnega kupa, opisano v gornjem odlomku, pripisoval vplivom grških in starih orientalskih prav.¹⁸¹

¹⁸⁰ Primerjaj Kranjc, 2012, str. 74 s; Wubbe, 1990, str. 257; in Schönbauer, 1942, str. 323.

¹⁸¹ Felgenträger, 1933, str. 95; in Kaser, 1975, str. 314, op. 16. Omenimo lahko 39. člen zakonika akadjskega mesta Ešnunna, ki govori o prodajalcu, ki je v stiski prodal rodbinsko nepremičnino. § 39 EZ: »Če je človek v denarni stiski za srebro (pro)dal svojo hišo, (tedaj velja): kadar bo kupec zopet prodajal (hišo), (jo) bo lastnik hiše odkupil [ali pa: kadar bo kupec dal (= plačal) kupnino, bo lastnik hiše odšel (iz nje)].« Predlog prevoda, za katerega prevajalec sam ugotavlja, da ostaja negotov, navajam po Korošec, 1953, str. 32 s. V komentarju avtor navaja naslednji pomen določbe: »Prodajalec

Justinijan je enoletni rok za uveljavljanje pravice rešilnega kupa podaljšal na dve leti (*biennium luitionis*). Poleg tega je posegel v strukturo pravice same. Po klasičnem pravu je smel zastavitelj rešiti (*luere*) prodano stvar le, če sta se o tem upravičenju dogovorila zastavni upnik v vlogi prodajalca in kupec zastavljene stvari. Pri njunem dogovoru je šlo pravzaprav za pravo pogodbo v korist tretjega, tj. zastavitelja.¹⁸² Če se kupec ni želel podvreči izgovorjeni zastaviteljevi pravici rešilnega kupa, je smel zastavitelj zastavnega upnika (kot prodajalca) tožiti z *actio pigneraticia directa*, s katero ga je prisilil k odstopu tožbe *actio venditi* zoper kupca zastavljene stvari. Alternativno je smel zastavitelj kupca tožiti tudi z *rei vindicatio* ali z *actio in factum*.¹⁸³ Po preteku v pogodbi določenega roka sta zastaviteljeva pravica rešilnega kupa in z njo povezana pravica izpodbijanja prodajne pogodbe prenehali, če ni bil dolžnik nedoletni, varovanec ali odsoten po državnih poslih.¹⁸⁴ Zastaviteljevo pravico rešilnega kupa, ki je bila neodvisna od posebnega dogovora med zastavnim upnikom in kupcem, so najverjetneje priznali v provincialni praksi.¹⁸⁵ Prek te je prešla v Justinijanovo pravo. Če se je zastavitelj odločil uveljavljati pravico rešilnega kupa, je moral skladno s C. 8, 33, 3, 3b povrniti ne le obrestovane glavnice, marveč tudi odškodnino zaradi zavlačevanja, ki pa jo je moral, da ne bi prišlo do pretiravanja, upnik oceniti pod prisego.

Justinijan je po izprostitvi lastninske pravice predvidel tri možne situacije, glede na to, ali je bila vrednost zastavljene stvari lahko nižja, enaka ali višja od vrednosti zavarovane terjatve. V prvem primeru so upniku za izterjavo preostanka dolga (*residuum*) ostale na voljo tožbe iz temeljnega razmerja, v drugem primeru je smel upnik stvar obdržati, v tretjem primeru pa je zastavitelj (dolžnik) na presežku kupnine (*superfluum*), izraženem v solastninskem deležu, ohranil vse pravice. Če sta postala upnik in zastavitelj (dolžnik) solastnika, je smel upnik zastavitelju izplačati pripadajoči solastninski delež ali zastaviteljevim upnikom zagotoviti ustrezno zavarovanje:

C. 8, 33, 3, 4 in 4 a–c: *Sed si quidem minus in pignore, plus in debito inveniatur, in hoc, quod noscitur abundare, sit creditori omnis ratio integra.* (4a) *Sin autem ex*

(sme) odkupiti svojo prodano hišo (morda za isti znesek??), kadar jo bo novi lastnik prodajal.« Če je nameraval kupec zadevno nepremičnino znova prodati po določeni ceni, je moral dati prednost nekdanjemu lastniku, če se je ta potegoval za nakup. Določba, ki jo literatura obravnava kot značilen motiv socialne pravičnosti, saj naj bi varovala reveža pred izgubo družinskega premoženja, je *a fortiori* zavezovala tudi kupca zastavljene stvari. Westbrook, 2001, str. 72; in Skralovnik in Matjaž, 2017, str. 27.

¹⁸² Manigk, 1941, str. 1274.

¹⁸³ Ulp. D. 13, 7, 13 pr.

¹⁸⁴ Marcian. D. 20, 5, 7, 1.

¹⁸⁵ To bi izhajalo iz Diocl. Max. C. 8, 19, 2 (l. 293), kjer cesar poudari napačnost take prakse: *Obligata pignoris iure creditore recte distrabente post debitor emptori pretium offerens vel creditori quod debuit evincere non potest.* (»Potem ko je upnik pravilno prodal zastavljeno stvar, dolžnik proti plačilu kupnine kupcu ali izpolnitvi dolga upniku ne more evincirati zastavljene stvari.«)

utraque parte quantitas aequa inveniatur, sine omni dubitatione totam rem antea pigneratam retineat. (4b) *Sin autem minus quidem in debito, amplius autem in pignore fiat, tunc in hoc quod debitum excedit debitori omnia iura integra lege nostra servabuntur, creditoribus quidem feneratoris non suppositum, aliis autem debitoris creditoribus vel ipsi debitori servatum.* (4c) *Et ne ex communicatione fiat aliqua difficultas, licentia dabitur creditori seu domino aestimationem superflui debitori vel creditori debitoris cum competenti cautela in eum exponenda offerre.*

C. 8, 33, 3, 4 in 4 a–c: »Toda če je bila zastavljena stvar vredna manj, kot je znašal dolg, sme upnik terjati dolžnika glede preostanka dolgovane obveznosti. (4a) Če pa vrednost zastavljene stvari ni enaka višini dolga, ima upnik nedvomno pravico do zadržanja celotne stvari. (4b) Če pa je vrednost zastavljene stvari višja od višine dolga, bo po našem zakonu dolžnik ohranil vse pravice. Upniki posojilodajalca (zdaj lastnika) nimajo na tem premoženju nobenega zahtevka, saj se pravice ohranjajo v korist dolžnikovih upnikov ali za samega dolžnika. (4c) In da ne bi pri solastnini nastala kakšna težava, dajemo upniku oziroma lastniku dovoljenje, da sme presežek plačati dolžniku ali da je dolžnikovim upnikom zagotovljeno ustrezno zavarovanje.«

Upnik, ki je pridobil lastnino na zastavljeni stvari, je smel to stvar kljub določenemu dvoletnemu rešilnemu obdobju prodati. *Superfluum* je moral ob prodaji izročiti zastavitelju. Zastavitelj ali zastaviteljevi upniki bi upniku lahko očitali, da je stvar prodal pod tržno vrednostjo in jih tako prikrajšal za presežek kupnine. Zato je Justinijan od upnika (lastnika) zahteval, da priseže, da je pri prodaji iztržil najvišjo možno vrednost.

C. 8, 33, 3, 5 in 5 a: *Sin vero creditor, postquam iure dominii hoc possideat, vendere hoc maluerit, liceat quidem ei hoc facere, si quid autem superfluum sit, debitori servare.* (5a) *Sin autem dubitatio exorta fuerit pro venditione utpote vilioire pretio facta, sacramenti religionem creditor praestare compellatur, quod nulla machinatione vel circumscriptione usus est, sed tanti vendidit rem, quanti potuerit venire: et hoc tantummodo reddi, quod ex iuramento superfluum fuerit visum. sin autem ex iureiurando etiam minus habuisse creditor inveniatur, in residuo habeat integram actionem.*

C. 8, 33, 3, 5 in 5a: »Če pa želi upnik, potem ko je začel posedovati zastavljeno stvar kot lastnik, stvar prodati, sme to storiti, in če je bilo od tega kaj presežka, tega ohraniti za dolžnika. (5a) Toda če se porodi dvom, da stvar ni bila prodana po dovolj visoki ceni, je upnik dolžan priseči, da pri tem ni bilo nobene zvižaje ali obida, temveč da je (upnik) prodal stvar za toliko, kot je največ mogel. Tako bo moral vrniti le presežek, ki je izhajal iz prisege. Če pa je iz prisege razvidno, da je upnik prejel manj, kot je znašal dolg, mu preostane tožba na razliko.«

Vrednost zastavljene stvari, na kateri je upnik pridobil lastnino, je ocenil sodnik:

C. 8, 33, 3, 6: *Aestimationem autem pignoris, donec apud creditorem eundemque dominum permaneat, sive amplioris sive minoris quantum ad debitum quantitatis est, iudicialis esse volumus disceptationis, ut, quod iudex super hoc statuerit, hoc in*

aestimatioe pignoris obtineat. <a. 530 D. XV k. April. Constantinopoli Lampadio et Oreste vv. CC. cons.>

C. 8, 33, 3, 6: »Vse dokler je zastavljena stvar pri upniku v njegovi lastnini, je ocena višine njene vrednosti, ne glede na to, ali je zastavljena stvar vredna več ali manj od dolga, v sodnikovi presoji, kar pomeni, da je le po sodniku ocenjena vrednost zastavljene stvari merodajna za določitev njene (prave) vrednosti.« <Dano v Konstantinoplu, 15. dan pred aprilskimi kalendami, v času konzulata Lampadija in Oresta (leta 530)>

5. Sklep

Kaserjeva teza o okrepljenem pravnem položaju zastavnega upnika kot posebnosti rimskopravnega razvoja se je po analizi njegovih nosilnih argumentov izkazala kot pretirana. Pridružujem se Wackeju,¹⁸⁶ ki je poudarjal napačnost Kaserjeve hipoteze, po kateri naj bi v primeru neizpolnitve zavarovane terjatve zastavljena stvar samodejno prešla v lastnino zastavnega upnika. Zastavni upnik je smel zastavljeno stvar od začetka ob odsotnosti komisornega dogovora ali dogovora o prodaji le zadrževati v posesti vse do izpolnitve zavarovane obveznosti. To nakazuje, da je bil zlasti v luči standardov skrbnosti¹⁸⁷ zastavni upnik varovan sorazmerno šibko in prav to je bil ključen razlog za vključitev dodatnih dogovorov v zastavno pogodbo. Zlasti dogovor o prodaji, ki je bil prvotno izgovorjen v korist zastavnega upnika, je s priznanjem zastaviteljeve pravice do presežka kupnine postal vitalnega pomena tudi za zastavitelja. Komisorni dogovor, ki je koristil predvsem zastavnemu upniku, so že klasiki obravnavali kot pogojno odloženo prodajno pogodbo. Ta razlaga je zastavitelju zagotovila vračunanje delnih izpolnitev in presežka nad določeno oziroma določljivo (ter po Dioklecijanu tudi primerno) kupnino.

V nadaljevanju razprave sem relativiziral tudi nekatere druge Kaserjeve argumente. V primeru neupravičenega zahtevka za predčasno prepustitev hipotečno zastavljene stvari pod pretvezo njene devastacije bi se smel zastavitelj, ki mu je Kaser odrekel vsakršno varstvo, najverjetneje braniti z ugovorom zvičajne prevare.

Dejstva, da zastavni upnik redno ni bil odgovoren za evikcijo, ni mogoče pojmovati za poseben odsev načela *favor creditoris*, saj je bil zahtevke za sklenitev dvojne stipulacije za primer evikcije tudi pri navadnem prodajalcu priznan komaj v visoki klasični dobi.

¹⁸⁶ Wacke, 1998, pass.

¹⁸⁷ Po nekaterih klasičnih virih je zastavni upnik, ki mu je bila stvar prepuščena v posest, odgovarjal za varovanje (*custodia*). To je pomenilo odgovornost za predvidljive naključne dogodke, ki bi jih s skrbnim varovanjem lahko preprečil (na primer tatvina) (Ulp. D. 13, 7, 13, 1; Gai. 3, 204 in Diocl. Max. D. C. 8, 13, 19). Da je odgovarjal za vsako krivdo (*omnis culpa*), bi izhajalo iz Ulp. D. 39, 2, 15, 30; Ulp. D. 42, 5, 9, 5 in Ulp. D. 13, 6, 5, 2. O tem Kaser, 1971, str. 509; Nörr, 1956, 84 ss; in Zimmermann, 1992, str. 226, op. 273.

Poleg tega je zastavni upnik kot prodajalec odgovarjal za evikcijo, če mu je kupec dokazal dolozno ravnanje.

V primeru zastave več stvari je že načelo vestnosti in poštenja narekovalo, da je upnik pri odločitvi, katero stvar bo najprej unovčil, upošteval njemu znane zastaviteljeve interese.

Poznoklasična Gordijanova konstitucija, ki se jo pogosto omenja kot primer daljnosežnih upnikovih upravičenj, po večinski oceni ni uzakonila zastavne, temveč zgolj retencijsko pravico. Če upoštevamo širši kontekst rimskega zasebnega prava, retencijske pravice ne moremo opisati kot posebnosti zastavne pogodbe.

Odsotnost oblastnega nadzora pri unovčenju zastavne pravice odgovarja splošni razvojni stopnji rimskega prava in družbe, ki se je v liberalnem duhu vzdrževala posegov v zasebno pravo, kolikor ni šlo za neposredno ogrožanje fiskalnih interesov.

Analiza izpostavljenih vidikov potrjuje, da je bil cilj rimskih klasičnih juristov zagotoviti izravnavo premoženjskih interesov in ne vnaprejšnje privilegiranje ene ali druge pogodbene stranke.¹⁸⁸ Zastava je bila dana v obojestransko korist – *pignus utriusque gratia datur*.¹⁸⁹

Šele v postklasični dobi so se na področju zastavne pravice uveljavile novosti, ki bi jih lahko označili za privilegiranje zastavitelja oziroma dolžnika (*favor debitoris*). Cesarske konstitucije na več mestih zamejujejo pogodbeno avtonomijo. Omejuje se predmet zastavne pravice in uvajajo domneve, ki varujejo šibkejšega zastavitelja. Prirast zastavljene stvari se šteje za zastavljeno le ob izrecnem dogovoru. Za zastavitelja pogosto neugoden komisorni dogovor ni več predmet dobrohotne pravne interpretacije, saj ga je zakonodajalec v celoti prepovedal. Konstitucije so ožile upnikovo samopomoč in obseg njegove proste presoje v prodajnem postopku. Prodaja zastavljene stvari in prehod lastninske pravice na zastavnega upnika postaneta izdatno regulirana in podvržena oblastnemu nadzoru¹⁹⁰ z namenom omejevati oderuške prakse.

Justinijanova konstitucija C. 8, 33, 3 se je v zgodovino zasebnega prava zapisala kot eden tipičnih zakonodajalčevih ukrepov, ki bi jih lahko uvrstili v okvir razprave o privilegiranju dolžnika (*favor debitoris*).¹⁹¹ Nerazumno dolg dveletni rok, ki je moral poteči, da

¹⁸⁸ Primerjaj Biondi, 1972, str. 341: »Il diritto della obbligazione si sviluppa secondo una linea di proiezione del debitore; ma per tutta l'epoca classica rappresenta un sapiente equilibrio tra la pretesa del creditore e la pietà verso il debitore.« Primerjaj Hofstetter, 1999, str. 237.

¹⁸⁹ Inst. 3, 14, 4.

¹⁹⁰ O tem Wieacker, 2006, str. 207, 232.

¹⁹¹ Felgenräger, 1933, str. 95: »So ist das fremde Verfahren in den Dienst der *pietas* und *humanitas* gegenüber dem bemitleidenswerten Schuldner gestellt.« Dernburg, 1864 b, str. 140–143: »Hauptmotiv war schlaffe Humanität gegen den Schuldner, die sich ja durchaus in der justinianischen Gesetzgebung geltend macht.« Zamora Manzano, 2007, str. 529; Biondi, 1954, str. 256: »[I]n realtà ha voluto avvantaggiare il solo debitore, in quanto ha concesso in definitivo una dilazione, che il Dernburg non esita a qualificare »unerträglichler ja unbegreiflicher« e quindi caduta nel diritto commune.« David, 1939, str. 385: »[...] die Tendenz, den Schuldner zu schonen, auch bei

je zastavitelj sploh smel pristopiti k prodaji zastavljene stvari, je zavlekel postopek unovčenja zavarovanja. Tudi zastaviteljeva pravica rešilnega kupa, ki jo je Justinijan prav tako razširil na dve leti, je v pravna razmerja zanesljivo vnašala dodatno negotovost. Pri tem jo je skupil predvsem posojiljemalec. Pretirani državni paternalizem ga je stal ugodnega kredita, državo pa investicij.

Menim, da so bili razlogi za blagohotno obravnavo zastavitelja v postklasičnem pravu zlasti gospodarski in fiskalni. Država ni mogla trpeti pogodbenih določil, ki bi vodila v gospodarsko uničenje državljana, ki je bil hkrati družinski oče, vojak in davkoplčevalec. Morda je nekaterim zakonodajnim ukrepom prek naukov cerkvenih očetov in sklepov cerkvenih zborov, ki so se odvijali pod cesarskim pokroviteljstvom, botrovala tudi krščanska etika. Za zgodovinarje in pravnike, ki jih zanimajo povezave med pravom in ekonomijo, je razvoj rimske ureditve stvarnopравnih zavarovanj posebej inštruktiven pojav, ki si zasluži poglobljeno dogmatično in primerjalnopravno obravnavo.¹⁹² Razvoj zastavne pravice v postklasični dobi zlasti v luči neumerjenih zakonodajalčevih posegov v domišljeno in težko doseženo klasično ravnotežje med zastaviteljem in zastavnim upnikom potrjuje staro modrost, ki bi jo moral upoštevati tudi sodobni zakonodajalec: *omne, quod est nimium, vertitur in vitium*.

Viri in literatura

- Arnese, A. (2018) 'Marcian. lib. sing. ad form. hyp. D. 20.1.16.9. Il patto marciano: il problema del giusto prezzo e il rapporto col il divieto del patto commissorio', v: Solidoro, L. idr. (ur.) *Il diritto romano caso per caso*. Torino: Giappichelli Editore, str. 177–192.
- Baldus, C. (1998) *Regelhafte Vertragsauslegung nach Parteirollen*, 2. del. Frankfurt na Majni, Berlin, Bern, New York, Pariz in Dunaj: Peter Lang.
- Baldus, C. (2010) 'Römische Privatautonomie', v: *Archiv für die civilistische Praxis*, št. 210, zvezek 1, str. 2–31.
- Bethmann-Hollweg, M. A. (1877) *Das zwanzigste Buch der Pandekten als Beispiel klassischer Jurisprudenz*. Bonn: Adolph Marcus.
- Biondi, B. (1954) *Il diritto romano cristiano, III. La famiglia – rapporti patrimoniali, diritto pubblico*. Milano: Giuffrè.
- Biondi, B. (1972) *Istituzioni di diritto romano*. Milano: Giuffrè.

anderen Massregeln von Justinian zu Tage zu treten scheint [...]« Wubbe, 1990, str. 257; Kranjc, 2012, str. 73 s.

¹⁹² Schulz, 1951, str. 405.

- Bonini, R. (1974) 'Comportamenti illegali del creditore e perdita dell'azione o del diritto (Nelle novelle Giustiniane)', v: Lombardi, G. (ur.): *Studia et documenta historiae et iuris*, XL, Rim: Pontificia universitas Lateranensis.
- Brassloff, S. (1933) *Sozialpolitische Motive in der römischen Rechtsentwicklung*. Dunaj: Perles.
- Braukmann, M. (2008) *Pignus. Das Pfandrecht unter dem Einfluß der vorklassischen und klassischen Tradition der römischen Rechtswissenschaft*. Göttingen: Wallstein.
- Brin, G. (1994): *Studies in Biblical Law from the Hebrew Bible to the Dead Sea Scrolls*, Translated from the Hebrew by Jonathan Chipman, Journal for the Study of the Old Testament Supplement Series 176. Sheffield: Sheffield Academic Press.
- Brinkmann, H. (1892) *Die Lex commissoria beim Pfandrecht*. Göttingen: Kaestner.
- Bürge, A. (1979) *Retentio im römischen Sachen- und Obligationenrecht*, v: Züricher Studien zur Rechtsgeschichte, Zürich.
- Bürge, A. (1980) 'Vertrag und personale Abhängigkeiten im Rom der späten Republik und der frühen Kaiserzeit', v: *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Romanistische Abteilung*, 97 (1), str. 105–156.
- Cigoj, S. (1976) *Obligacije. Sistem splošnega obligacijskega prava*. Ljubljana: Časopisni zavod Uradni list SR Slovenije.
- Codicis Dn. Iustiniani Sacratissimi Imp. PP. Avgusti, Repetitae Praelectionis Libri Duodecim, Accursii Commentariis, Ac Contii, Et Dionysii Gothofredi Atque Aliorum Quorvndam illustrium Iurisconsultorum lucubrationibus illustrati [...]* (1627). Lyon: Prost.
- Crook, J. (1967) *Law and Life of Rome*. New York: Cornell University Press.
- Dareste, R., Haussoullier, B., Reinach Th. (1898) *Recueil des inscriptions juridiques Grecques*, 2. serija. Pariz: Ernest Leroux.
- David, M. (1939) 'Recenzija k Wilhelm Felgentraeger, *Antikes Lösungsrecht*', v: *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis*, str. 372–388.
- Demandt, A. (2007) *Die Spätantike, Römische Geschichte von Diocletian bis Justinian 284-565 n. Chr.* München: C. H. Beck.
- Dernburg, H. (1864a) *Das Pfandrecht nach den Grundsätzen des heutigen römischen Rechts*, Prvi zvezek. Leipzig: Hirzel.
- Dernburg, H. (1864b) *Das Pfandrecht nach den Grundsätzen des heutigen römischen Rechts*, Drugi zvezek. Leipzig: Hirzel.
- Diodori Bibliotheca historica editionem primam curavit Imm. Bekker alteram Ludovicus Dindorf recognovit F. Vogel* (1888), Leipzig: Teubner.

- Dokler, A. (2015) *Grško-slovenski slovar*. Ljubljana: Inštitut za slovenski jezik Frana Ramovša, Založba ZRC, ZRC SAZU (spletni dostop: <https://www.termania.net/?searchIn=Linked&ld=6>, 23. 6. 2022).
- Du Plessis, P. (2007): 'The "Interdictum de Migrando" revisited', v: *Revue internationale des droits de l'antiquité*, 54, str. 219–244.
- Dupont, C. (1963) *La réglementation économique dans les constitutions de Constantin*. Lille: Impr Morel & Corduant.
- Endemann, W. (1883) *Studien in der romanisch-kanonistischen Wirtschafts- und Rechtslehre bis gegen des Siebzehnten Jahrhunderts*, drugi zvezek. Berlin: Guttentag.
- Felgenträger, W., *Antikes Lösungsrecht*. Berlin in Leipzig: De Gruyter, 1933.
- Frezza, P. (1963) *Le garanzie delle obbligazioni. Corso di diritto romano, II. Garanzie Reali*. Padova: Cedam.
- Frier, B. (2016) *The Codex of Justinian, A new Annotated Translation, with Parallel Latin and Greek Text*, 3. del, knjige VIII–XIII. Cambridge: University Press.
- Frier, B. W. (1980) *Landlord and Tenants in Imperial Rome*. Princeton University Press.
- Fuenteseca, M. (2013) *Pignus e hyptheca en su evolución histórica*. Andavira: Santiago de Compostela.
- Gaudemet, J. (1992) 'La Constitution »ad populum« du 31 janvier 320', v: *Droit et société aux derniers siècles de l'Empire romain*. Neapelj: Jovene, str. 117–136.
- Gesterding, F. C. (1832) *Ausbeute von Nachforschungen über verschiedene Rechtsmaterien, Vierten Theils erste Abtheilung*, Greifswald.
- Goldschmidt, L. (1891) *Handbuch des Handelsrechts, Geschichtlich-literarische Einleitung und die Grundlehren*. 1. zvezek, prvi oddelek. Stuttgart: Enke.
- Göttlicher, D. R. (2004) *Auf der Suche nach dem gerechten Preis, Vertragsgerechtigkeit und humanitas als Daueraufgabe des römischen Rechts*. Göttingen: V&R Unipress GmbH.
- Gouron, A. (1961) 'Gage confirmatoire et gage pénitentiel en droit romain (Suite)', v: *Revue historique de droit français et étranger* (1922-), 39, Editions Dalloz, str. 197–223.
- Haenel, G. (1834): *Dissensiones dominorum sive controversiae veterum iuris Romani interpretum qui glossatores vocantur*, Leipzig: Hinrichsius.
- Harke, J. D. (2019) *Iuris prudentia Diocletiana. Kaiserliche Rechtsprechung am Ende des dritten Jahrhunderts*. Berlin: Duncker & Humblot.
- Harke, J. D. (2021) *Utilitas Constantiniana. Privatrechtsgesetzgebung am Beginn des vierten Jahrhunderts*. Berlin: Duncker & Humblot.

- Hitzig, H. F. (1895) *Das griechische Pfandrecht. Ein Beitrag zur Geschichte des griechischen Rechts*. München: Ackermann.
- Hofstetter, J. (1999): 'War Atilicinus Schuldnerfreundlich?', v: Gerkens, J.-F. (ur.): *Mélanges Fritz Sturm: offerts par ses collègues et ses amis à l'occasion de son soixante-dixième anniversaire*, Lüttich, str. 225–238.
- Honsell, H., Mayer-Mally, T., in Selb, W. (1987) *Römisches Recht*. Berlin, Heidelberg, New York, London, Pariz in Tokio: Springer.
- Jhering, R. v. (1992) *Der Kampf um's Recht. Zum hundertsten Todesjahr des Autors herausgegeben von Felix Ermacora*. Berlin: Propyläen Verlag.
- Jörs, P.; Kunkel W.; Wenger L. (1935) *Römisches Recht*, 2. izdaja. Berlin, Heidelberg: Springer.
- Kambič, M. (2010): 'Aedificatio po D. 6, 1, 38 – primer sodobnega pomena eksegeze', v: *Zbornik znanstvenih razprav*, 70, str. 127–158.
- Karlović, T. (2022) 'O pravnoj naravi i konstrukciji formule *actio fidei*', v: *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu*, 59 (2), str. 229–256.
- Kaser, M. (1935) *Quanti ea res est. Studien zur Methode der Litisästimation im klassischen römischen Recht*. München: C. H. Beck.
- Kaser, M. (1958) 'Partus ancillae'. *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte: Romanistische Abteilung*, 75 (1), str. 156–200.
- Kaser, M. (1971) *Das römische Privatrecht, Erster Abschnitt, Das altrömische, das vorklassische und klassische Recht*. 2. izdaja. München: C. H. Beck.
- Kaser, M. (1972) *Zur Methodologie der römischen Rechtsquellenforschung*. Dunaj, Köln in Gradec: Böhlau.
- Kaser, M. (1975) *Das römische Privatrecht, Die nachklassischen Entwicklungen*. 2. izdaja, 2. odsek. München: C. H. Beck.
- Kaser, M. (1982) *Studien zum römischen Pfandrecht*. Neapelj: Jovene Editore.
- Kaser, M. in Hackl, K. (1996) *Das römische Zivilprozessrecht*, 2. izdaja. München: C. H. Beck.
- Kaser, M., Knütel, R. in Lohsse, S. (2021) *Römisches Privatrecht*, 22. izdaja. München: C. H. Beck.
- Knies, C. (1876) *Der Credit, Erste Hälfte*. Berlin: Weidmann.
- Korošec, V. (1954) 'Slovenski prevod določb Hammurabijevega zakonika', v: *Zbornik znanstvenih razprav*, 54, str. 53–96.
- Korošec, V. (1954) *Zakonik mesta Ešnunne in Lipit-Ištarjev zakonik*. Razprave. Dissertationes. II. Ljubljana: Slovenska akademija znanosti in umetnosti.

- Korošec, V. (2005) *Rimsko pravo*, 1. del. Ljubljana: Uradni list Republike Slovenije.
- Krämer, G. (2007) *Das besitzlose Pfandrecht. Entwicklungen in der römischen Republik und im frühen Prinzipat*. Köln, Weimar in Dunaj: Böhlau.
- Kranjc, J. (2005) 'In ius und in factum konzipierte Klageformeln bei der Leihe und bei der Verwahrung', v: Ernst, W., in Jakab, E. (ur.): *Usus Antiquus Juris Romani Antikes Recht in lebenspraktischer Anwendung*. Berlin, Heidelberg in New York: Springer.
- Kranjc, J. (2012) *Justinijanove Institucije*. Ljubljana: GV Založba.
- Kranjc, J. (2012) *Virtues in the Law: The Case of Pietas*. New York: New York University School of Law.
- Kranjc, J. (2013) *Primeri iz rimskega prava*, tretja, nova izdaja. Ljubljana: Uradni list Republike Slovenije.
- Kranjc, J. (2020) *Rimsko pravo*, 4. pregledana in dopolnjena izdaja. Ljubljana: Lexpera (GV Založba).
- Krek, G. (1921) 'Pomen rimskega prava nekdanj in sedaj, Uvodno predavanje', v: *Zbornik znanstvenih razprav*, 1, str. 116–182.
- Krek, G. (1937) *Obligacijsko pravo*. Celje: Družba sv. Mohorja.
- Krüger, P. (recog.) (1878) *Collectio Librorum Iuris Anteiustiniani: Ulpiani Liber Singularis Regularum. Pauli Libri Quinque Sententiarum. Fragmenta Minora*. Berlin: Weidmann.
- Krüger, P. (recog.) (1906) *Codex Iustinianus*, Volumen secundum, Editio stereotypa. Berlin: Weidmann.
- Krumpholz, H. (1992) *Über sozialstaatliche Aspekte in der Novellengesetzgebung Justinians*. Bonn: Habelt.
- Kübel, F. E. (1870) *Die soziale und volkswirtschaftliche Gesetzgebung des Alten Testaments unter Berücksichtigung moderner Anschauungen dargestellt*. Wiesbaden: Niedner Verlagshandlung.
- Kunkel, W. (2001) *Die römische Juristen. Herkunft und soziale Stellung*. Köln, Weimar in Dunaj: Böhlau.
- Kurrein, A. (1890) *Die sociale Frage im Judenthume*. Mülheim am Rhein: Glitscher.
- Lenel, O. (1889) *Palingenesia iuris civilis*, 2. del. Leipzig: Tauchnitz.
- Lenel, O. (1927) *Das Edictum perpetuum, Ein Versuch zu seiner Wiederherstellung*. Leipzig: Tauchnitz.
- Levy, E. (1929) 'Westen und Osten in der nachklassischen Entwicklung des römischen Rechts', v: *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte: Romanistische Abteilung*, 49 (1), str. 230–259.

- Levy, E. (1956) *Weströmisches Vulgarrecht*. Weimar: Böhlau.
- Liddell, H. G. in Scott, R. (1996) *A Greek-English Lexicon*. Oxford: Clarendon Press.
- Liebs, D. (1976) 'Römische Provinzialjurisprudenz', v: Temporini, H. (1976). *Recht (Methoden, Schulen, Einzelne Juristen), Aufstieg und Niedergang der römischen Welt, Geschichte und Kultur Roms im Spiegel der neueren Forschung II*. Berlin, Boston: De Gruyter.
- Liebs, D. (2018) 'Wenn Fachliteratur Gesetz Wird – Inwieweit wurden Römische Juristenschriften im Lauf der Jahrhunderte Überarbeitet?', v: *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Romanistische Abteilung*, 135, str. 395–473.
- Louis-Lucas, P. (1886) *De la préférence des romains pour les garanties personnelles (satisfactions) comparées aux sûretés réelles (observation sur la L. 25, de div. reg. jur. ant. D., L, 17)*. Pariz: Ernest Tilorin.
- Löffelmann, A. (1996) *Pfandrecht und Sicherungsübereignung an künftigen Sachen, Rechtsvergleich zwischen deutschem und römischem Recht*. Köln: Böhlau.
- Löhr, V. (1828): 'Einiges zur Lehre von der Verjährung der Klagen', v: *Archiv für die civilistische Praxis*, 10 (1), str. 66–89.
- Lucas, P. L. (1886) *De la préférence des romains pour les garanties personnelles (satisfactions) comparées aux sûretés réelles*. Paris: Ernest Thorin.
- Manigk, A. (1914) 'Hyperocha', v: Wissowa G.: *Paulys Realencyclopädie der classischen Altertumwissenschaft*, Metzler, IX, 1, str. 292–321.
- Manigk, A. (1941) 'Pignus', v: Wissowa G.: *Paulys Realencyclopädie der classischen Altertumwissenschaft*, Metzler, XX, 1, str. 1239–1283.
- Martín, J.-D. R. (2013) 'Sobre la supervivencia de la cláusula «καθάπερ ἐκ δίκης» en los papiros romanos y bizantinos', v: *Revue Internationale des Droits de l'Antiquité*, 60, str. 243–277.
- Martín, J.-D. R. (2021) 'Textual Evidences of the Executive Legal Effects of a 'Καθάπερ Ἐκ Δίκης' Formula in Early Roman Egypt', v: *Neue Grenzen / New Frontiers*. Budimpešta: Humboldt-Kolleg, str. 89–104.
- Mayer-Maly, T. (1958): 'Das Notverkaufsrecht des Hausvaters', v: *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Romanistische Abteilung*, 75 (1), str. 116–155.
- Migne, J. P. (1845) *Patrologiae cursus completus, tomus XIV, S. Ambrosii tomi primi pars prior*, Pariz: J. P. Migne.
- Mitteis, L. (1912) *Grundzüge und Chrestomathie der Papyruskunde*, Zweiter Band: Juristischer Teil, Erste Hälfte: Grundzüge. Leipzig, Berlin: Teubner.
- Mommsen, T. (recog.) (1870) *Digesta Iustiniani Augusti*, Vol. I in II. Berlin: Weidmann.

- Mommsen, T. in Krueger P. (recog.) (1905) *Theodosiani libri XVI cum Constitutionibus Sirmondianis et Leges novellae ad Theodosianum pertinentes*. Berlin: Weidmann.
- Nardi, E. (1939) *Ritenzione e pegno Gordiano*. Rim: Giuffrè.
- Nixon C. E. V. et al. (ur.) (1994) *Panegyrici Latini. English & Latin in Praise of later Roman Emperors: the Panegyrici Latini: Introduction, Translation, and Historical Commentary, with the Latin Text, The Transformation of the Classical Heritage*. Berkeley in Los Angeles: University of California Press.
- Nörr, D. (1956) 'Die Entwicklung des Utilitätsgedankens im römischen Haftungsrecht', v: *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Romanistische Abteilung*, 73 (1), str. 68–119.
- Pellecchi, L. (2016) 'Dimensione economica e azione della giurisprudenza: il caso delle garanzie reali', v: *Revue historique de droit français et étranger*, 94 (4), str. 491–547.
- Perry, M. J. (2014) *Gender, Manumission, and the Roman Freedwoman*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Pfaff, I. (1897) *Über den rechtlichen Schutz des wirtschaftlich Schwächeren in der römischen Kaisergesetzgebung*. Weimar: Emil Felber.
- Phillipson, D. E. (1968) 'Development of the Roman Law of Debt Security', v: *Stanford Law Review*, 20 (6), str. 1230–1248.
- Piekenbrock, A. (2006) *Befristung, Verjährung, Verschweigung und Verwirkung. Eine rechtsvergleichende Grundlagenstudie zu Rechtsänderungen durch Zeitablauf*. Freiburg: Mohr Siebeck.
- Purpura, G. (2009) 'La 'sorte' del debitore oltre la morte. Nihil inter mortem distat et sortem (Ambrogio, De Tobia X, 36–37)', v: *Iuris antiqui historia*, 1, str. 41–60.
- Raape, L. (1912) *'Der Verfall des Griechischen Pfandes': besonders des Griechisch-Ägyptischen: eine Studie*. Halle: Buchhandlung des Waisenhauses.
- Rabel, E. (1915) 'Grundzüge des römischen Privatrechts', v: Holtzendorff, F. von, in Kohler, J.: *Enzyklopädie der Rechtswissenschaft in systematischer Bearbeitung*, 1. Zvezek. München in Leipzig: Duncker Humblot, str. 399–541.
- Repgen, T. (2001) *Die soziale Aufgabe des Privatrechts, Eine Grundfrage in Wissenschaft und Kodifikation am Ende des 19. Jahrhunderts*. Tübingen: Mohr Siebeck.
- Rodríguez Martín, J.–D. (2013) 'Sobre la supervivencia de la cláusula "καθάπερ ἐκ δίκης" en los papiros romanos y bizantinos', v: *Revue Internationale des Droits de l'Antiquité*, LX, str. 243–277.
- Roßhirt, C. F. (1853) *Dogmen-Geschichte des Civilrechts*. Heidelberg: Mohr.

- Schanbacher, D. (1997) 'Beobachtungen zum sog. ‚pignus Gordianum‘, v: *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte: Romanistische Abteilung*, 114 (1), str. 233–271.
- Schanbacher, D. (2005) 'Verpfandungspraxis und Pfandrecht', v: Ernst in Jakab (Hrg.) *Usus Antiquus Juris Romani, Antikes Rech in lebenspraktischer Anwendung*. Springer.
- Schanbacher, D. (2006) 'Zu Ursprung und Entwicklung des römischen Pfandrechts. *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Romanistische Abteilung*, 123 (1), str. 49–70.
- Schmitt, J. (1868) *Die Selbsthilfe im römischen Privatrecht*. Erlangen: Deichert.
- Schmolke, K. U. (2014) *Grenzen der Selbstbindung im Privatrecht*. Tübingen: Mohr Siebeck.
- Schönbauer, E. (1942) 'Diokletian in einem verzweifelten Abwehrkampfe?: Studien zur Rechtsentwicklung in der römischen Kaiserzeit', v: *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Romanistische Abteilung*, 62 (1), str. 267–346.
- Schulz, F. (1916) *Einführung in das Studium der Digesten*. Tübingen: C. H. Mohr.
- Schulz, F. (1951) *Classical Roman Law*. Oxford: Clarendon Press.
- Seidl, E. (1973) *Rechtsgeschichte Ägyptens als römischer Provinz. Die Behauptung des ägyptischen Rechts neben dem römischen*. Sankt Augustin: H. Richarz.
- Seidl, E., Levet, A. (1931) Le bénéfice de compétence, Paris, Recueil Sirey 1927 (Recenzija), v: *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, Dritte Folge, 24 (60), str. 88–101.
- Selb, W. in Kaufhold, H. (2002) *Das syrisch-römische Rechtsbuch, Texte und Übersetzungen*, 2. del. Dunaj: Verlag der österreichischen Akademie der Wissenschaften.
- Selb, W. in Kaufhold, H. (2002) *Das syrisch-römische Rechtsbuch, Kommentar*, 3. del. Dunaj: Verlag der österreichischen Akademie der Wissenschaften.
- Siber, H. (1928) *Römisches Recht, Bd. II: Römisches Privatrecht*. Berlin: Hermann Sack.
- Sič, M. (2008) 'Fiducia and Pignus in Sources of Post-Classical Roman Law – Synonyms of Terms Utilized for Different Kinds of Pledges', v: *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, 143, str. 475–497.
- Sič, M. (2010) 'Kupovina predmeta zaloge od strane založnog poverioca prema Papi-nijanu', v: *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, 2, str. 155–179.
- Sič, M. (2014) 'Remarks on the Reasons of Commissoria Rescindenda (C. Th. 3, 2, 1 / =Brev. CTh. 3, 2, 1 = CJ. 8, 34, 3/)', v: *Acta Universitatis Sapientiae, Legal Studies*, 3, str. 91–112.

- Skralovnik, S. in Matjaž, M. (2017) 'Izziv revščine v nekaterih mezopotamskih zakoni-kih in Svetem pismu', v: *Studia Historica Slovenica*, Časopis za humanistične in družboslovne študije, letnik 17 (2017), št. 1, str. 19–46.
- Stühff, G. (1966) *Vulgarrecht im Kaiserrecht unter besonderer Berücksichtigung der Gesetzgebung Konstantins des Großen*. Weimar: Böhlau.
- Sukačić, M. (2021) 'Lex Commissoria: From a Forbidden Clause in Roman Law to a (Contemporary) Debtor's Welcome Relief.' *Journal of European History of Law*, 12 (2), str. 96–105.
- Tambour, J. (1856) *Des voies d'exécution sur les biens des débiteurs dans le droit romain et dans l'ancien droit français*. Tome premier. Paris: Lacour.
- Taubenschlag, R. (1959 a) 'Das römische Privatrecht zur Zeit Diokletians', v: *Opera minora I*, Varšava: Panstwowe wydawnictwo naukowe, str. 3–177.
- Taubenschlag, R. (1959 b) 'Selfhelp in Greco-Roman Egypt', v: *Opera minora II*, Varšava: Panstwowe wydawnictwo naukowe, str. 135–141.
- Terpstra, T. (2008) 'Roman Law, Transaction Costs and the Roman Economy: Evidence from the Sulpicii Archive', v: Verboven, K. idr. (ur.): *Pistoi dia tèn technèn. Bankers, Loans and Archives in the Ancient World. Studies in Honour of Raymond Bogaert*, (Studia Hellenistica 44). Leuven: Peeters, str. 345–369.
- Tratnik, M. (2022) *Zastavna pravica*, Ljubljana: Lexpera, GV Založba.
- Unterholzner, K. A. D. (1858): *Ausführliche Entwicklung der gesammten Verjährungslehre aus den gemeinen in Deutschland geltenden Rechten*. Zweiter Band, Leipzig: Barth.
- Van Hoof, V. J. M. (2017) 'The 'generalis hypotheca' and the sale of pledged assets in Roman law', v: *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis* 85, str. 474–491.
- Verhagen, H. L. E. (2011) 'Das Verfallpfand im frühklassischen römischen Recht Dingliche Sicherheit im Archiv der Sulpizier', v: *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis*, 79, str. 1–46.
- Verhagen, H. L. E. (2013) 'The evolution of pignus in classical Roman law. Ius honorarium and ius novum', v: *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis*, 81, str. 51–57.
- Verhagen, H. L. E. (2020) 'Secured Transactions in Classical Roman Law', v: Dari-Mattiacci, G. in Kehoe, Dennis P. (ur.): *Roman Law and Economics: Exchange, Ownership, and Disputes*, Volume II. Oxford: Oxford University Press, str. 113–156
- Vilfan, S. (1961) *Pravna zgodovina Slovencev. Od naselitve do zloma Stare Jugoslavije*. Ljubljana: Slovenska matica.

- Visky, K. (1983) *Spuren der Wirtschaftskrise der Kaiserzeit in den römischen Rechtsquellen*. Bonn: Rudolf Habelt; Budimpešta: Akademiai Kiado.
- Vogt, J. (1945) Zur Frage des christlichen Einflusses auf die Gesetzgebung Konstantins des Grossen, v: *Festschrift für Leopold Wenger*, 2. zvezek, München: C. H. Beck.
- Wach, A. (1868) *Der Arrestprocess in seiner geschichtlichen Entwicklung, Erster Theil: Der italienische Arrestprocess*. Leipzig: Haessel.
- Wacke, A. (1973) 'Ungeteilte Pfandhaftung', v: *Index 3 (Omaggio a Max Kaser)*, Summarium in Iura, 24, str. 454–502.
- Wacke, A. (1998) 'Max Kasers Lehren zum Ursprung und Wesen des römischen Pfandrechts', v: *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte: Romanistische Abteilung*, 115 (1), str. 168–202.
- Warnkönig, L. A. (1841) 'Dogmengeschichtliche Darstellung der Lehre von der Lex commissoria beim Pfandrechte', v: *Archiv für die civilistische Praxis*, 24. Bd., H. 1, str. 1–38.
- Weiß, E. (1909) *Pfandrechtliche Untersuchungen, Beiträge zum römischen und hellenischen Pfandrecht enthaltend*. Weimar: Hermann Böhlau.
- Weiß, E. (1909) *Pfandrechtliche Untersuchungen*. Weimar: Böhlau.
- Westbrook, R. in Jasnow, R. (2001) *Security for Debt in Ancient Near Eastern Law*, Leiden, Boston, Köln: Brill.
- Wieacker, F. (1974) 'Das Sozialmodell der klassischen Privatrechtsgesetzbücher und die Entwicklung der modernen Gesellschaft', v: *Industriegesellschaft und Privatrechtsordnung*. Frankfurt na Majni.
- Wieacker, F. (2006) *Römische Rechtsgeschichte, Zweiter Abschnitt, Die Jurisprudenz vom frühen Prinzipat bis zum Ausgang der Antike*. München: C. H. Beck.
- Wiesthaler, F. (1999) *Latinsko slovenski slovar III, F-K*. Ljubljana: Kres.
- Wigmore, J. H. (1897) 'The Pledge-Idea: A Study in Comparative Legal Ideas', III, v: *Harvard Law Review*, 11 (1), str. 18–39.
- Wigmore, J. H. (1942) 'Pledge-Mortgage Idea in Roman Law: A Revolutionary Interpretation', v: *Illinois Law Review*, 36 (4), str. 371–393.
- Willems, C. (2017) *Justinian als Ökonom: Entscheidungsgründe und Entscheidungsmuster in den Quinquaginta Decisiones*, Forschungen zum römischen Recht. Köln, Weimar, Dunaj: Böhlau.
- Wolf, M. (2007) *Sachenrecht*. 23., dopolnjena in predelana izdaja. München: C. H. Beck.
- Wubbe, F. B. J. (1990) 'L'humanitas de Justinien', v: *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis*, 58 (3), str. 249–262.

- Zamora Manzano, J. L. (2007) 'Algunas reflexiones sobre la lex commissoria y su prohibición ulterior en el pignus', v: *Revue Internationale des droits de l'Antiquité* LIV, str. 519–552.
- Zimmermann, R. (1992) *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*. Cape Town, Wetton in Johannesburg: Juta and Co.
- Žepič, V. (2021) 'Iusta causa traditionis. Narava pravne podlage izročitve v luči antinomije Iul. D. 41, 1, 36 in Ulp. D. 12, 1, 18', v: *Zbornik znanstvenih razprav*, 81, str. 201–238.

*Miloš Dimitrijević**

Hvaležnost obdarjenca – pravna in moralna obveznost

1. Uvod

Temeljni cilj pravne ureditve daril oziroma darilnih pogodb¹ je zaščita in odvrčanje pravnih subjektov od domnevno nepremišljenih razpolaganj s premoženjem v lastno škodo ter v škodo svojcev ali upnikov.² Za doseganje tega cilja se uporabljajo različni zakonski mehanizmi, ki vključujejo predvsem posebne obličnostne predpostavke za veljavno dajanje daril³ ter posebne razloge za vračanje daril.⁴ Omenjeni zakonski mehanizmi so lastni pravzaprav vsem sodobnim pravnim ureditvam kontinentalnoevropskih držav.⁵

* *Magister prava, odvetnik v Ljubljani, doktorski kandidat na Pravni fakulteti Univerze v Ljubljani, elektronski naslov: dimitrijevic.milos@outlook.com. Prispevek je povezan z raziskovalnim delom in pravnomočno doktorsko disertacijo Zakonski razlogi za vračanje daril v okviru doktorskega študija na Pravni fakulteti Univerze v Ljubljani.*

¹ V primerjalnem pravu ni univerzalno sprejeta pogodbenopravna klasifikacija darila (tj. pojmovanje darila kot darilne pogodbe). Posamezni tuji pravni sistemi darilo klasificirajo in pojmujejo drugače, torej kot pravni posel, ki nima pravne narave pogodbe. V tem prispevku je uporabljen izraz darilna pogodba zgolj pri opisu ureditve v pravnih sistemih, ki darilo priznavajo pogodbenopravno naravo. V preostalem je uporabljen splošnejši izraz darilo.

² Hyland, 2009, str. 326.

³ V slovenskem pravu je to po prvem odstavku 538. člena Obligacijskega zakonika (OZ, Uradni list RS, št. 83/01 do 40/07) pisna oblika za vsa darila, če darovalec podarjene stvari ali pravice ni prenesel na obdarjenca takoj, ter po 545. členu OZ oblika notarskega zapisa za darila za primer smrti.

⁴ Med temi razlogi je za ta prispevek najbolj relevanten preklic darilne pogodbe zaradi hude nehvaležnosti, ki je urejen v 540. členu OZ.

⁵ Ta prispevek poleg slovenskega prava obravnava relevantne zakonske določbe iz francoskega in nemškega prava ter določbe Osnutka skupnega referenčnega okvirja (DCFR).

Evropska pravna tradicija odvracanja pravnih subjektov od nepremišljenega dajanja daril se v veljavnem slovenskem pravu kaže, med drugim, v ureditvi zakonskih razlogov za vračanje daril po sklenitvi darilne pogodbe in (najpogosteje) celo po njeni izpolnitvi, tj. po izročitvi predmeta darilne pogodbe obdarjencu. Eden od teh razlogov je obdarjenčeva huda nehvaležnost, ki darovalcu na podlagi 540. člena OZ (prej § 948 in § 949 Občega državlanskega zakonika – ODZ)⁶ daje enostransko oblikovalno upravičenje preklicati darilo.

Smisel tega pravila je na prvi pogled jasen: nepravilno bi bilo, če bi obdržal darilo oziroma bil v darovalčevo škodo okoriščen obdarjenec, ki se je do darovalca obnašal hudo nehvaležno. Manj jasna pa je pravna narava obdarjenčeve obveznosti hvaležnega ravnanja, ki je implicitno vsebovana v darovalčevem upravičenju preklicati darilo. Zdi se, da teorija obveznost hvaležnosti šteje kot moralno obveznost,⁷ ki izhaja iz neodplačnosti darila.⁸ Kršitev te moralne obveznosti pa sproži nedvomno pravno posledico. Tudi če temeljni namen preklica darila zaradi nehvaležnosti ne bi bil kaznovanje obdarjenca, pa ni dvoma, da mora obdarjenec v razmerju do darovalca ravnati z zadostno stopnjo hvaležnosti, sicer lahko ostane brez prejetega darila. Pri tem OZ ne upošteva izrecno obstoječih običajev in družbenih norm, ki so narekovele dajanje oziroma sprejem darila, darovalčevih posebnih nagibov za dajanje darila, morebitne moralne obveznosti darovalca, darovalčeve koristi od darila ali drugih okoliščin znotraj razmerja med obdarjencem na eni ter darovalcem in njegovimi bližnji na drugi strani.

Cilj tega prispevka je predstaviti kritiko teoretičnih izhodišč ureditve darilne pogodbe, ki utemeljujejo omenjeno enostransko preklicno upravičenje darovalca. Poudarjena je vprašljivost prevladujočega in na videz samoumevnega stališča pravne teorije, da naj bi bilo darilo (vedno) neodplačen pravni posel, zaradi česar naj bi imel obdarjenec posebne moralne obveznosti v razmerju do darovalca. Kritika, ki temelji na ugotovitvah antropološke in sociološke stroke, poudarja, da darovalci v konkretnih primerih pogosto dajejo darila v okoliščinah ter zaradi nagibov, ki ne utemeljujejo nastanka te moralne obveznosti.

Prispevek najprej v bistvenih točkah predstavi zgodovinski razvoj ureditve darila od rimskega prava do veljavnih ureditev držav kontinentalne Evrope, s poudarkom na zgodovinski nezaupljivosti prava do daril. Temu sledi prikaz pravnega ter sociološkega in antropološkega dojemanja darila ter izhodiščno nasprotujočih si pojmovanj koncepta neodplačnosti. Po nekoliko natančnejši analizi ureditve in *ratio legis* instituta preklica darilne pogodbe zaradi hude nehvaležnosti je podana kritika abstraktne zakonske ureditve, ki ne upošteva izrecno okoliščin in lastnosti daril v posamičnih primerih.

⁶ Uradni list, št. 946/1811, sprejet in objavljen v zbirki pravosodnih zakonov (nem. *Justizgesetzsammlung*), št. 946 z dne 1. junija 1811, z naslovom *Občni deržavlanski zakonik za vse nemške dedne dežele avstrijskega cesarstva*.

⁷ Plavšak idr., 2004, str. 495.

⁸ Prav tam, str. 462.

2. Zgodovinski razvoj ureditve daril

Že rimski *Lex Cincia*⁹ je določal, da lahko darovalec prekliče svojo obljubo, če je darilo obljubil nekemu, s katerim ni v ožjem sorodstvu. Rimski pravniki so nenaklonjenost dajanju daril utemeljili s ciljem preprečevanja izkoriščanja lahkomišelnosti in čezmerne ljubezni darovalcev,¹⁰ ki je ogrožala njihove družine. Čeprav celotna vsebina *Lex Cincia* danes ni več znana, je mogoče sklepati, da je rimsko pravo, ki darila (lat. *donatio*) do tedaj ni urejalo, darilo končno uredilo zato, da bi ga (vsaj v določenih situacijah) prepovedalo.¹¹ Pri tem je treba poudariti, da je bilo dajanje daril v tem času problematično tudi iz drugih razlogov¹² in ne le zaradi zaščite družine kot nedvomno temeljne družbene enote in vrednote tega časa.¹³

Pravna ureditev (omejevanja) daril se je nadaljevala ter je bila prek reforme cesarja Konstantina (4. stoletje),¹⁴ Justinijanove kodifikacije (6. stoletje)¹⁵ ter občega prava¹⁶ dokončno umeščena v francoski *Code civil* iz leta 1804 ter v druge velike evropske civilne kodifikacije 19. stoletja, na katerih temeljijo sodobni pravni sistemi kontinentalne Evrope.¹⁷

Veljavno slovensko obligacijsko pravo izhaja neposredno iz omenjenih velikih evropskih civilnih kodifikacij 19. stoletja. Ureditev darilne pogodbe v OZ namreč temelji na ureditvi iz prej veljavnega ODZ. Pred uveljavitvijo OZ, vendar po ODZ je sicer na ozemlju današnje Republike Slovenije veljal Zakon o obligacijskih razmerjih (ZOR),¹⁸ ki pa darilne pogodbe ni posebej urejal. To pa ne pomeni, da zakonodajne ureditve darilne pogodbe v času veljavnosti ZOR ni bilo. Za darilno pogodbo so se tudi v tem času uporabljala določila ODZ.¹⁹ Ta ureditev je veljala vse do uveljavitve OZ, ki je izrecno uredil darilno pogodbo v 533. do 545. členu na podoben način, kot jo je dotlej urejal ODZ.

⁹ *Lex Cincia de donis et muneribus, a plebiscitum* je bil sprejet v letu 204 pred n. š. v času Rimske republike ter velja za zgodovinski prvi zakonodajni akt, ki je urejal darila. Hyland, 2009, str. 7.

¹⁰ Cigoj, 2002, str. 64.

¹¹ Michel, 1962, navedeno v Hyland, 2009, str. 28.

¹² Zakon je bil po mnenju nekaterih odziv na samovoljno terjanje honorarja za zastopanje v sporih ter je prepovedal odvetnikom nagrade za vodenje postopkov, tj. simuliranje daril, ki prikrivajo dejansko plačevanje za njihove storitve. Zagovarjanja in zastopanja na sodiščih so bila v teh časih ugledne in častne aktivnosti, ki so bile brezplačne. Glej: Malenica, 1981, str. 70.

¹³ Prav tam, str. 65.

¹⁴ Več v: Prav tam, str. 193–199.

¹⁵ Več v: Prav tam, str. 247–281.

¹⁶ Obče pravo je nastalo ob preučevanju Justinijanove kodifikacije v različnih pravnih šolah v Evropi. Pravo se je nato razvijalo prek nadgraditev rimskih začetkov, iz katerih je oblikovana evropska pravna teorija. Glej: Kranjc, 2010, str. 154.

¹⁷ Hyland, 2009, str. 7.

¹⁸ Uradni list SFRJ, št. 29/78 do 57/89.

¹⁹ Glej 4. člen Zakona o razveljavljenju pravnih predpisov, izdanih pred 6. aprilom 1941 in med sovražnikovo okupacijo (ZRPP), Uradni list FLRJ, št. 86/1946, str. 1078.

3. Darilo kot pravni pojem

OZ v 533. členu darilno pogodbo v bistvenem²⁰ opredeljuje kot pogodbo, s katero se darovalec zaveže na obdarjenca neodplačno prenesti neko svojo pravico ali ga na drugačen način v breme svojega premoženja obogatiti. Opredelitev sledi prejšnji opredelitvi ODZ (§ 938) o darilni pogodbi kot pogodbi, s katero se prepušča stvar »*neodplatno*«. Opredelitev darila v veljavnem francoskem pravu ne vsebuje omembe neodplačnosti. Neodplačnost daril izhaja posredno iz uvrstitve daril v posebno zakonsko kategorijo pravnih poslov (fr. *libéralités*), pri katerih ena oseba razpolaga s premoženjem ali pravicami neodplačno (fr. *à titre gratuit*).²¹ Nemško pravo opredeljuje darilno pogodbo kot obogatitev ene osebe iz premoženja druge, če obe stranki soglašata, da je ta obogatitev neodplačna (nem. *unentgeltlich*).²² Darilo je po nemškem pravu pogodba.²³ Smiselno podobno opredeljuje darilno pogodbo tudi Osnutek skupnega referenčnega okvirja (DCFR), ki določa dva elementa darilne pogodbe: neodplačnost zaveze (angl. *gratuitous undertaking*) ter namen okoristiti obdarjenca (angl. *intention to benefit the donee*).²⁴

Zdi se, da je pojem darila oziroma darilne pogodbe primerjalnopravno jasen, če je le mogoče določno opredeliti pojem neodplačnosti. Teorija pri opredelitvah neodplačnosti večinoma izhaja iz negativnih definicij (odsotnosti *quid pro quo* ter odsotnosti obveznosti na strani obdarjenca), ponekod pa zahteva obstoj posameznih subjektivnih elementov, kot je na primer darilni namen na strani darovalca ali soglasje strank o elementu neodplačnosti.²⁵ Evropski zakonodajalci neodplačnosti praviloma ne opredeljujejo, temveč ta problem prepuščajo pravni teoriji in sodni praksi. Pravni sistemi s tradicijo *common law* razmejujev med odplačnimi in neodplačnimi pravnimi posli rešujejo z uporabo posebnega instituta *consideration*.²⁶

OZ, tako kot pred njim ZOR, neodplačnosti ne opredeljuje. ODZ sicer ni izrecno opredelil neodplačnosti, je pa v določbi § 917 opredelil odplačne pogodbe kot pogodbe, pri katerih se »dajejo ali stvari za stvari ali dejanja, h katerim spadajo tudi opuščanja, za dejanja, ali končno stvari za dejanja in dejanja za stvari«. *A contrario* je bilo mogoče šteti preostale pogodbe za neodplačne. Glede na to, da so opredelitve neodplačnosti v

²⁰ Dostavek, da obdarjenec »izjavi, da se s tem strinja«, za ta prispevek ni relevanten.

²¹ Člena 893 in 894 *Code civil*, različica veljavna na dan 25. maja 2022, dostopna na: <https://www.legifrance.gouv.fr/codes/section_lc/LEGITEXT000006070721/LEGISCTA000006118022/#LEGISCTA000006118022> (dostop: 25. maj 2022).

²² Prvi odstavek § 516 BGB, različica veljavna na dan 25. maja 2022, Dostopna na: <<https://www.gesetze-im-internet.de/bgb>> (dostop: 25. maj 2022).

²³ Markesinis idr., 1997, str. 38.

²⁴ Von Bar in Clive, 2009b, str. 382.

²⁵ Hyland, 2009, str. 11.

²⁶ Več v: prav tam, str. 135–140.

primerjalnem pravu praviloma negativne (kot odsotnost odplačnosti), pri ODZ ni šlo za primerjalnopravno posebnost.

Slovenska teorija neodplačnost šteje za odločilni razlog za posebna pravila o darilih²⁷ ter za glavno značilnost darilne pogodbe.²⁸ Kljub temu neodplačnost pojmuje preprosto, tj. kot dejstvo, da ena stranka (darovalec) v zameno za darilo ne prejme ničesar, druga stranka (obdarjenec) pa se obogati, ne da bi se čemurkoli odpovedala. Darovalčeva obveznost je opredeljena tавтоloško, kot »obdarjencu nekaj dati neodplačno«.²⁹

Tako teorija kot tudi sodna praksa sta prisiljeni v reševanje posameznih primerov, ki so prav zaradi pomanjkanja opredelitve potencialno problematični. Gre predvsem za primere daril, ki so izpolnitve prej obstoječih darovalčevih pravnih (iztožljivih ali naturalnih) ali pa moralnih obveznosti (534. člen OZ),³⁰ vzajemna oziroma mešana darila (535. člen OZ) ter darila, pri katerih obstaja kakšna obveznost obdarjenca, na primer darila z nalogom (lat. »*donatio sub modo*«).

Francoski *Code civil* neodplačnosti na splošno ali pa za primer darila ne opredeljuje. Kljub očitni odsotnosti meril za opredelitev in presojanje (ne)odplačnosti v *Code civil* so teoretiki francoskega prava pri razmejitvi daril od drugih pravnih poslov zgodovinsko uporabljali predvsem subjektivne elemente, (domnevno) izhajajoče iz rimskega prava,³¹ kot je na primer *animus donandi*³² oziroma darilni (altruistični) namen darovalca za dajanje darila. Težava takega pristopa je praktična in se kaže v tem, da je pri konkretnih darilih pogosto (celo večinoma) mogoče najti primesi drugih, nedarilnih, celo sebičnih nagibov darovalca. Posledica izključitve daril, pri katerih obstajajo primesi nedarilnih nagibov, bi bila torej izključitev večine pravnih poslov iz kategorije darila.³³ Poleg tega je očitna težava, da je za presojanje *animus donandi* v konkretnem primeru treba uporabiti nabor nejasnih psiholoških testov z namenom ugotovitve obstoja ali odsotnosti domnevnega »čistega« darilnega namena, zaradi česar je ta teoretičen pristop praktično celo neuporaben.³⁴ Del teorije kljub temu še vedno vztraja, da je darilni namen zadostno merilo za opredelitev in razmejitev darila od drugih pravnih poslov.³⁵ Pri tem je treba opozoriti, da darilo v francoskem pravu ni pogodba, zaradi česar ni mogoče brez ustrezne teoretične

²⁷ Plavšak idr., 2004, str. 462.

²⁸ Prav tam, str. 463.

²⁹ Prav tam, str. 462–463.

³⁰ Izpolnitve pravne obveznosti (tudi naturalne) teorija in sodna praksa ne štejeta za darilo, izpolnitev moralne obveznosti pa je lahko tako imenovano remunatorično darilo. Glej: Plavšak idr., 2004, str. 463–464.

³¹ Dawson, 1980, str. 84.

³² Cigoj, 2002, str. 65.

³³ Dawson, 1980, str. 95.

³⁴ Prav tam, str. 95–96.

³⁵ Esmein, 1953, navedeno v Hyland, 2009, str. 152.

prilagoditve uporabljati splošnejših pogodbenopravnih konceptov, kot sta soglasje strank ter kavza. Subjektivni element darila po francoskem pravu se zato nanaša predvsem na nagibe darovalca, ki so lahko kompleksni ter v praksi pogosto niso dokazljivi.

Novjša francoska teorija se je prav zaradi praktičnih težav in nejasnosti pri presojanju subjektivnih elementov darila večinoma odmaknila od čisto subjektivnih karakterizacij ter sloni na pojmovanju darila, ki ga karakterizirata tako subjektivni (čeprav še vedno nepogodbeni) kot tudi objektivni element.^{36, 37} Po mnenju te teorije noben od obeh elementov samostojno ne zadošča za opredelitev darila.³⁸ Objektivni element, ki ga *Code civil*, kot je bilo že omenjeno, nikjer izrecno ne predvideva, kaj šele opredeljuje, se po mnenju teorije kaže v pomanjkanju enakovrednosti dajatev. Del teorije je objektivni element neodplačnosti poskušal izpeljevati iz prej veljavnega³⁹ besedila 1105. člena *Code civil*, ki je opredeljeval tako imenovane dobrodelne pogodbe (fr. *contrat de bienfaisance*) kot pogodbe, pri katerih ena od strank obljubi popolnoma neodplačno korist drugi. Opredelitev je že na prvi pogled vsebinsko prazna in tавтоloška.⁴⁰ Neodplačnost se je v tem kontekstu razlagala kot voljno (načrtno) pomanjkanje enakovrednosti med vzajemnimi obveznostmi strank ali pa kot voljno ustvarjanje obveznosti brez protiobveznosti. Temu sledi veljavni *Code Civil*, ki neodplačne pogodbe⁴¹ opredeljuje v drugem odstavku 1107. člena kot pogodbe, pri katerih ena stranka drugi nakloni neko korist, ne da bi pričakovala ali prejela nasprotno koristi. V prihodnje je mogoče pričakovati sklicevanje na to določbo tudi pri presojanju neodplačnosti nepogodbenih pravnih poslov, kot je (v francoskem pravu) darilo. Niti ta definicija pa ne ponuja jasnih napotkov za presojanje mejnih primerov, zaradi česar je mogoče še naprej pričakovati dodatno uporabo nejasnih in težko dokazljivih subjektivnih elementov darila.

Nemški koncept neodplačnosti (in s tem darila) je precej ožji. Neodplačnost (nem. *Unentgeltlichkeit*) ni pojmovana kot pomanjkanje enakovrednosti (dajatev). Neodplačnost je le eden od možnih razlogov za neobstoj enakovrednosti dajatev. Neenakovrednost dajatev je na primer lahko posledica zmote stranke glede vrednosti posamezne dajatve, pri čemer upravičenost zmote ne vpliva na presojo (ne)odplačnosti pravnega posla. Tudi če je ta zmeta popolnoma iracionalna, pravni posel ni neodplačen. Stranke takega pravnega posla po mnenju nemške teorije ne potrebujejo zaščite, ki jo zagotavlja pravo. O vrednos-

³⁶ Beudant idr., 1934–1953, navedeno v Hyland, 2009, str. 141.

³⁷ Planiol in Ripert, 1957, str. 21–22.

³⁸ Hyland, 2009, str. 152.

³⁹ *Code civil* je bil temeljito spremenjen 10. februarja 2016 (z veljavnostjo 1. oktobra 2016) z aktom *Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, dostopen na: <<https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000032004939>> (dostop: 25. maj 2022).

⁴⁰ Hyland, 2009, str. 141.

⁴¹ Ob tem je treba spomniti, da darilo po francoskem pravu ni pogodba.

ti obeh dajatev so se lahko prepričale pred sklenitvijo pravnega posla. Če jih je nasprotna pogodbeno stranka spravila v zмотo, pa imajo na voljo druge zakonske mehanizme.

Bistvena za nemški koncept neodplačnosti je subjektivna povezava med dajatvama, tj. vprašanje, ali stranki darilne pogodbe dojemata darilo kot izpolnitev neke obveznosti (prvi odstavek § 516 BGB). Z drugimi besedami, obstajati mora soglasje med strankama, da je naklonitev neodplačna, pri čemer neodplačnost pomeni, da konkretno darilo ne pomeni izpolnitve neke obveznosti.⁴² Pravni posel ni neodplačen, če obstaja katera od treh možnih povezav med pravnim poslom in drugim dejanjem ali storitvijo nasprotno stranke:⁴³ sinalagmatska povezava med izpolnitvama, povezava v smislu pogoja, kar vključuje tudi ponujanje nagrade, ter vzročna povezava med (dvema) dajatvama. Iz kategorije daril so torej izključeni vsi posli, katerih namen je spodbuditi drugo osebo k nekemu ravnanju ali plačati neki dolg, tudi če ta ni izterljiv.⁴⁴

DCFR pojem neodplačnosti opredeljuje nekoliko bolj natančno in neposredno. Neodplačnost v določbi IV. H. – 1:201 pojmuje kot odsotnost plačila oziroma nagrade (angl. *reward*). Pri tem neodplačnost kot opredelilni element darila⁴⁵ načeloma ne zahteva nobenega subjektivnega elementa (namena obogatiti) niti subjektivnega izraza hvaležnosti. Pri definiranju merila *reward* je mogoče izhajati iz opredelitev DCFR, ki se nanašajo na neupravičeno obogatitev (določbi VII. – 3:101 in 102). *Reward* zajema vse vrste protidajatev oziroma protistoritev, pri čemer je njihov obstoj ali neobstoj neodvisen od (subjektivne ali objektivne) vrednosti ter je že najmanjša protidajatev oziroma protistoritev nezdržljiva s konceptom neodplačnosti in s tem darila.

Če je podana kakršnakoli, tudi trivialna⁴⁶ nagrada, DCFR izključuje pojmovanje posla kot (neodplačnega) darila ter napotuje na eventualno uporabo pravil o transakcijah, ki niso popolnoma neodplačne (določba IV.H. – 1:202).⁴⁷ Za slednje veljajo pravila o darilni pogodbi (čeprav to glede na določbo IV. H. – 1:101 v povezavi s IV. H. – 1:201 niso), če je namen darovalca med drugim okoristiti drugo stranko in če medsebojni izpolnitvi po videnju obeh strank nista vsebinsko enakovredni.⁴⁸ Komentatorji DCFR v to kategorijo transakcij uvrščajo večino mejnih in posebnih primerov daril, ki pravni teoriji in sodni praksi držav kontinentalne Evrope povzročajo težave, vendar ki so večinoma tradicionalno uvrščeni v kategorijo daril. To so zlasti delno neodplačane (mešane) transakcije, tako imenovana darila z nalogom, darila, pri katerih obstaja predhodna pravna (ne zgolj

⁴² Hyland, 2009, str. 147.

⁴³ Krüger in Westermann (ur.), 2004, str. 1234–1239.

⁴⁴ Hyland, 2009, str. 148.

⁴⁵ Von Bar in Clive (ur.), 2009a, str. 2816.

⁴⁶ Prav tam, str. 2818. *Reward* naj bi obstajala že, če darovalec izroči nekemu denar z nalogom, da se denar nakaže tretji osebi. Storitve nakazila denarja je mogoče šteti za nagrado darovalcu.

⁴⁷ Prav tam, str. 2816.

⁴⁸ Prav tam, str. 2818.

moralna) obveznost darovalca, celo darila, ki jih da darovalec s posebnim namenom, če je iz tega namena mogoče izluščiti kakršnokoli *reward* za darovalca, ipd. Vsi ti primeri so podvrženi pravnemu režimu, ki velja za darila, če prestanejo omenjeni subjektivni in objektivni test.

Sklenemo lahko, da DCFR problem definiranja neodplačnosti rešuje le navidezno, in sicer tako, da določa sicer teoretično sprejemljivo, toda zelo ozko opredelitev, ki izključuje vse mejne primere iz pojma darilne pogodbe. Nastalo pravno praznino pa zapolnjuje tako, da s posebno določbo napotuje na uporabo pravil, ki veljajo za darilno pogodbo. Opredelitev neodplačnosti iz DCFR ima zato bistveno manjši pomen kot subjektivni in objektivni test iz določbe IV.H. – 1:202, ki se uporabljata za vse tradicionalno pojmovano neodplačne transakcije, razen »čistega« darila.

Definiranje neodplačnosti kot opredelilnega elementa darila je za pravno teorijo očitno precej večji izziv kot definiranje darila. Da bi se izognili tej težavi, tako teorija kot tudi sodna praksa vztrajata pri preprostih in tavnoloških opredelitvah, od katerih sta v različnih praktičnih primerih prisiljeni odstopati oziroma jih dopolnjevati z nejasnimi subjektivnimi elementi. Gre zlasti za primere, pri katerih obstajajo posebni nagibi (celo obveznosti) darovalca za dajanje darila, ter primere, pri katerih obstajajo obveznosti obdarjenca glede sprejema darila ali po njegovem sprejemu.

Z na videz preprosto in jasno opredelitvijo neodplačnosti je skladno zgolj teoretično »čisto« darilo, pri katerem je darovalec v celoti zgolj prikrajšan (nima nobene koristi od dajanja darila, vključno s pohvalo družbe in osebnim zadoščenjem, ki sta posledici dobrodelnega dejanja), obdarjenec pa v celoti zgolj obogaten (z darilom nima nobene, tj. niti najmanjše obremenitve). Darilo je v tej teoretični situaciji darovalec dal popolnoma prostovoljno iz izključno altruističnih nagibov, pri čemer za dajanje darila s strani darovalca ali pa sprejem darila s strani obdarjenca ni obstajala nobena pravna ali moralna obveznost, družbena norma ali običaj, ki bi dajanje oziroma sprejem darila zahtevali. Zgolj pri takem darilu ni mogoče imeti nobenega pomisleka, da je zares neodplačno in s tem upravičeno podvrženo posebnemu režimu prava daril. Kot je natančneje obrazloženo v nadaljevanju, takih daril v vsakdanjem življenju pravzaprav ni.

4. Darilo kot družbeni pojav

Pravna ureditev daril temelji na razlagi in razumevanju pravnih pojmov, ki ne ustrezajo nujno pripadajočim družbenim pojavom. Za pravilno razumevanje in kritično presojo ureditve preklica darila zaradi nehvaležnosti je zato treba pojem darila in znotraj njega pojem neodplačnosti obravnavati tudi s sociološkega in antropološkega (in ne le pravnega) vidika. Neodplačnost je namreč nedvomno opredelilna lastnost darila, hkrati pa teoretična utemeljitev pravice darovalca do preklica darila ter implicitno obdarjenčeve obveznosti hvaležnosti do darovalca.

Pri tem ni mogoče izhajati iz že omenjenega teoretičnega »čistega« darila. Tipično darilo bo bodisi motivirano z željo, če ne (moralno) obveznostjo nekomu pomagati (predvsem svojcem ali prijateljem), bodisi zahtevano z družbeno normo ali običajem (šolski primer so poročna ali rojstnodnevna darila). Tipično dajanje darila ter tudi vrsto in vrednost darila torej zahtevajo konkretne družbene norme in običaji. Na videz prostovoljna in pravno nesankcionirana odločitev potencialnega darovalca, da ne bo dal darila, bo praviloma povzročila zunajpravne (družbene) posledice, sorazmerne pomenu kršene družbene norme, ki so lahko zanj bistveno bolj neugodne kot zmanjšanje premoženja, ki je nujna posledica dajanja darila.⁴⁹

Kot je bilo že omenjeno, sodobna pravna ureditev darila izhaja v skoraj nespremenjeni obliki iz velikih civilnih kodifikacij z začetka 19. stoletja. Za slovenski pravni prostor najpomembnejši kodifikaciji civilnega prava, francoski *Code civil* in avstrijski ODZ, sta bili sprejeti v družbenem in gospodarskem kontekstu časa, ki je sledil industrijski revoluciji, za katerega je značilen začetek razvoja tržnega gospodarstva.⁵⁰ Temu skladno je tudi takrat kodificirano civilno pravo natančno urejalo, poudarjalo in spodbujalo odplačna pogodbeno razmerja kot izraz tržnega gospodarstva, neodplačne pravne posle kot posle zunaj tržnega gospodarstva pa je bodisi zanemarjalo bodisi je pravne subjekte od njih odvrčalo. Pri tem je pomembno poudariti, da nezaupljivost kodifikacij 19. stoletja do daril ni posledica (le) tradicije rimskega prava, temveč predvsem utilitaristične miselnosti tega časa ter odnosa do družbenega in ekonomskega življenja,⁵¹ ki je povzročil industrijske revolucije s konca 18. stoletja ter prehod evropskih držav v tržna gospodarstva. Koncept darila kot neodplačne naklonitve s to miselnostjo ni bil združljiv, saj darila ni bilo mogoče racionalizirati kot uporabnega ali koristnega za takratno družbo.⁵² Čeprav se je dajanje daril in (storitvenih) uslug skupaj z vsemi implikacijami in posledicami tudi v tem času nadaljevalo, je darilo takrat zavzelo predvidljivo podrejeno mesto znotraj dojemanja države in gospodarstva.⁵³ Darilo je bilo po tem dojemanju vsaj irelevantno,

⁴⁹ Če misel uporabimo na omenjenem šolskem primeru poročnega darila: povsem družbeno nesprejemljivo bi bilo, da se oseba udeleži poročnega praznovanja, ne da bi prinesla poročno darilo, ki ustreza vsebini in vrednosti, ki se pričakuje glede na ta dogodek ter glede na razmerje med obdarjencem in darovalcem. Vsebinsko omenjenega razmerja določa več dejavnikov, ki so lahko posledica dejstev, na katere stranki nimata vpliva (na primer stopnja sorodstva med njima), ali pa dejstev, ki izhajajo iz dejanj strank (na primer predhodno poročno darilo določene vrste in vrednosti, ki ga je dal obdarjenec darovalcu). Razmerje med strankama bo v nekaterih primerih darovalcu celo onemogočilo, da se poročnega praznovanja ne bi udeležil. Neudeležba, odsotnost darila ali celo odsotnost darila ustrezne vrste in vrednosti bi imeli hude posledice na razmerje med darovalcem in obdarjencem ter na družbeno dojetje darovalca. Kot bo razvidno v nadaljevanju, ta načela veljajo za pravzaprav vsa darila.

⁵⁰ Zasebno in znotraj njega civilno pravo sta bili takrat kodificirani za urejanje tržnih dejavnosti ter se primarno ukvarjajo z njimi. Glej: Hyland, 2009, str. 9–10.

⁵¹ Liebersohn, 2011, str. 28.

⁵² Prav tam, str. 27.

⁵³ Prav tam, str. 5.

če ne nevarno za delovanje moderne družbe. Današnje pravo daril torej temelji na 200 let starih teoretičnih utemeljitvah, da je darilo prostovoljna dajatev, pri kateri dajalec ne pričakuje ničesar v zameno,⁵⁴ čeprav ni bilo tako niti takrat, gotovo pa ni tako danes.

Kot bo razvidno iz nadaljevanja tega razdelka, so darila kot družbeni pojavi vzajemna in ne enostranska ter so pogosto za darovalce obvezna (v smislu, da darovalci glede na družbene norme nimajo povsem proste izbire, ali bodo dali darilo ali ne). Sodobne evropske pravne ureditve pa izhajajo – ravno nasprotno – iz prostovoljnosti dajanja in sprejemanja darila ter iz teoretično nejasnega koncepta neodplačnosti.

Sociološka in antropološka teorija sta se namreč drugače kot evropski zakonodajalci (vnovič)⁵⁵ začeli zavedati kompleksnosti darila kot družbenega pojava. Prelomnica je esej francoskega sociologa in antropologa Marcela Maussa,⁵⁶ eden temeljnih virov kulturne antropologije,⁵⁷ ki utemeljuje zaključek, da je medsebojno (tj. recipročno) dajanje daril eno od osnovnih načel medčloveških (družbenih) odnosov.

Darila skoraj nikoli niso prostovoljno dana niti prostovoljno sprejeta, temveč družbene norme zahtevajo od darovalca dajanje darila, enako pa od obdarjenca zahtevajo sprejem darila. Mauss je v svojem prispevku prav tako utemeljil, da so darila vedno vzajemna⁵⁸ ter so del družbene mreže kompleksnih in trajajočih vzorcev dajanja, sprejemanja in vračanja.⁵⁹ Šele od konkretne družbe, družbene norme in konkretnega darila je odvisno, ali je darilo sploh v korist obdarjenca. S sistemom družbenih norm dajanja in prejemanja daril je namreč možno ustvariti dolgove, spreminjati družbene statuse, *ad absurdum* v nekaterih družbah celo zaslužjevati obdarjence.⁶⁰ Mauss tako zaključuje, da darilo vselej zajema tri osnovne obveznosti: dati, sprejeti in povrniti (fr. *donner-recevoir-rendre*).⁶¹ Darila tako ne obstajajo kot neodvisne transakcije, temveč je tipično darilo odgovor na neko prejšnje darilo, hkrati pa ustvarja novo obveznost, ki mora biti družbeno sprejemljivo izpolnjena, da lahko udeleženca konkretnega razmerja to razmerje ohranita. Zanikanje vzajemnosti daril pomeni zanikanje samega izhodiščnega medčlo-

⁵⁴ Prav tam, str. 6.

⁵⁵ Prav tam, str. 7. Darilo kot zgodovinsko uveljavljena in pomembna kategorija medčloveških odnosov izgine (tudi) iz socioloških in antropoloških strokovnih razprav v času med koncem 18. in začetkom 20. stoletja. Uveljavljeni teoretiki Mill, Tocqueville, Marx, Weber in Durkheim tako o darilu v bistvenem niso pisali. Razprava o darilu je vnovič zaživela šele po omenjenem Maussovem eseju.

⁵⁶ Mauss, 2002, str. 5–6. Eseg je bil prvič objavljen leta 1925. Gre za študijo običajev, povezanih z dajanjem in prejemanjem daril v netrziških družbah Polinezije, Melanezije ter severozahodnega Pacifika s primerjavami s sodobnimi zahodnimi pravnimi sistemi.

⁵⁷ Hyland, 2009, str. 14–15.

⁵⁸ Liebersohn, 2011, str. 1.

⁵⁹ Prav tam.

⁶⁰ Prav tam, str. 2.

⁶¹ Mauss, 2002, str. 50.

veškega (družinskega, prijateljskega ali celo poslovnega) razmerja, znotraj katerega je bilo predhodno darilo dano.⁶²

Posamezni poznejši teoretiki so del Maussovih stališč sicer problematizirali,⁶³ zlasti na primeru dobrodelnih donacij, pri katerih gre za posredno in neosebno dajanje daril osebam, ki darovalcu niso znane. Te donacije na prvi pogled ne zahtevajo recipročnosti. Tudi to pa ni povsem res. Recipročnost se v tem primeru lahko nanaša na družbo kot celoto. Zelo premožen posameznik bo pogosto po dojetanju družbe svoj uspeh in premoženje »dolgoval«⁶⁴ družbi, iz katere je svoje bogastvo črpal, zaradi česar se za dobrodelna dejanja teh oseb pogosto uporablja fraza »vračanje družbi«⁶⁴ (angl. *giving back to the community*). V tem kontekstu je družba kot celota (ali pa njen del – na primer rojstni kraj tega posameznika) tista, ki (utemeljeno) pričakuje povrnitev »podarjenega«⁶⁴ od tega posameznika. Čeprav slednje gotovo ni najbolj tipično darilo, ki ga ureja OZ, je upravičen pomislek glede veljavne tavitološke in na videz samoumevne utemeljitve neodplačnosti daril na splošno, posledično pa tudi široke in posplošene ureditve razlogov za vračanje daril in znotraj njih implicirane splošne obveznosti hvaležnosti obdarjenca.

Sociološka in antropološka ugotovitev je, da je družbeni pojav dajanja, prejemanja in vračanja daril odvisen od konteksta (okolščin) primera, predvsem pa vseh kompleksnosti razmerja⁶⁵ med konkretnim darovalcem in konkretnim obdarjencem.

Verjetno je sicer mogoče pri nekaterih konkretnih darilih glede na okoliščine utemeljiti pričakovanje hvaležnosti od obdarjenca, ampak nikakor na splošno pri vseh darilih, zlasti pa ne, če je že samo dajanje darila izraz hvaležnosti darovalca v razmerju do obdarjenca, ali pa nasprotno, v primerih, ko je obdarjenec svojo obveznost hvaležnosti že »izpolnil«⁶⁶ na drug način pred prejemom darila ali po njem.

Glede na omenjeno ne preseneča, da je tudi ureditev preklica darila, ki temelji na omenjenih teoretičnih izhodiščih (zlasti pojmovanju neodplačnosti) z več vidikov problematična. Kot je razvidno iz nadaljevanja, posploševanje obveznosti hvaležnosti na ravni abstraktnega zakonskega pravila lahko pelje v povsem neživljenjsko zanikanje kompleksnosti izhodiščnega medčloveškega razmerja, znotraj katerega je bilo darilo dano.

5. Pojem in *ratio legis* preklica darila zaradi hude nehvaležnosti

Pričakovana (in zahtevana) hvaležnost obdarjenca, ki je utemeljena z neodplačno naravo darilne pogodbe,⁶⁶ se najbolj izrazito kaže v obliki preklica darila zaradi hude

⁶² Hyland, 2009, str. 18.

⁶³ Godelier, 2006, str. 106–107.

⁶⁴ Hyland, 2009, str. 22–23.

⁶⁵ Weiner, 1992, navedeno v Hyland, 2009, str. 19.

⁶⁶ Plavšak idr., 2004, str. 462.

nehvaležnosti. Gre za primerjalnopravno najpogosteje urejen, zgodovinsko pa najstarejši preklicni razlog.⁶⁷

Prvi odstavek 540. člena OZ določa, da lahko darovalec prekliche darilno pogodbo zaradi hude nehvaležnosti, če se po njeni sklenitvi obdarjenec proti njemu ali njegovemu bližnjemu obnaša tako, da bi bilo po temeljnih moralnih načelih nepravilno, da bi obdarjenec prejel obdržal.

Francoski *Code civil* v 953. členu določa, da daril (*inter vivos*) ni mogoče preklicati, razen zaradi neizpolnitve pogoja, pod katerim je bilo darilo dano, zaradi nehvaležnosti ali pa zaradi rojstva otroka. Po izrecni zakonski izjemi iz 959. člena ni mogoče preklicati zaradi nehvaležnosti daril, ki so bila dana zaradi sklenitve zakonske zveze. Tudi nemški BGB v določbi § 530 določa, da je mogoče darilo preklicati, če je obdarjenec proti darovalcu ali njegovemu bližnjemu sorodniku storil resno dejanje, ki ustreza pravnemu standardu hude nehvaležnosti. Podobno ta preklicni razlog vsebuje tudi DCFR v določbi IV. H.– 4:201.

Ratio kogentno⁶⁸ urejene pravice darovalca do preklica ni povsem jasen. Zdi se, da je v primerjalnem pravu enotno stališče, da je uzakonitev tega preklicnega razloga nedvomno upravičena s splošnim načelom pravičnosti. Tako slovenska kot tudi tuja pravna teorija pa imata težavo s klasifikacijo in teoretično utemeljitvijo tega zakonskega mehanizma z uporabo drugih (splošnih) pravil in načel civilnega prava.

Slovenska pravna teorija zagovarja stališče, da gre za moralna pravila, ki so bila povzeta v zakon.⁶⁹ To posredno potrjuje tudi sam OZ, ki v 534. členu hvaležnost (darovalca) navaja kot primer moralne obveznosti. Stališče večinoma podpira tudi tuja pravna teorija, ki poudarja, da so pravila o preklicu darila (zaradi nehvaležnosti) nujno povezana z moralnimi vprašanji ter družbenimi normami, pri čemer hvaležnosti naj ne bi bilo mogoče uvrstiti v kategorijo pravnih obveznosti, že zaradi izhodiščne nezmožnosti opredelitve pojma hvaležnosti.⁷⁰

Glede preklica darila zaradi nehvaležnosti (drugače kot pri drugih razlogih)⁷¹ naj bi šlo poleg tega tudi za neko obliko kaznovanja obdarjenca.⁷² Podobne pomisleke je mogoče zaslediti tudi v primerjalnopravni teoriji. Francoska teorija tako na primer utemeljuje, da preklic v tem primeru pomeni sankcijo za kršitev moralne obveznosti hvaležnosti.⁷³

⁶⁷ Hyland, 2009, str. 514.

⁶⁸ OZ v 544. členu določa, da je odpoved preklicu nična. Zanimivo vprašanje, ki sicer presega meje tega prispevka, je primerjava omenjenega 544. člena OZ, ki izključuje možnost odpovedi pravici do preklica, ter četrtega odstavka 540. člena, ki onemogoča preklic, če je darovalec obdarjencu dejanje oprostil.

⁶⁹ Plavšak idr., 2004, str. 486 in 493.

⁷⁰ Von Bar in Clive (ur.), 2009a, str. 2867.

⁷¹ Preklica zaradi stiske iz 539. člena ter preklica zaradi pozneje rojenih otrok iz 541. člena OZ.

⁷² Plavšak idr., 2004, str. 486.

⁷³ Planiol in Ripert, 1957, str. 636.

Preklic darila zaradi hude nehvaležnosti obdarjenca je po *ratio legis* in posledicah uveljavljanja podoben nekaterim drugim institutom pogodbenega in širše, obligacijskega prava, pri čemer se od vseh teh drugih institutov vendarle v bistvenem razlikuje.

Del teorije, na primer poskuša preklicni razlog utemeljiti prek instituta kavze, saj naj bi darovalčeva zaznava obdarjenčevega nehvaležnega ravnanja izničila kavzo darilne pogodbe (tako imenovana *causa donandi*). Posledično naj bi bila darilna pogodba zaradi odsotnosti podlage nična na podlagi četrtega odstavka 39. člena OZ. Ne gre za univerzalno sprejeto stališče, saj se kavza pogodbe v splošnem povezuje s sklenitveno fazo, preklic darila pa v poštevilni praviloma ne pride le po sklenitvi pogodbe, temveč celo po njeni izpolnitvi.⁷⁴ Zagovarjanje možnosti naknadnega prenehanja kavze je še zlasti problematično pri neodplačnih pogodbah, saj pri njih pogosto ni mogoče ločiti od nagiba darovalca oziroma naj bi lahko nagib darovalca prešel v kavzo darilne pogodbe.⁷⁵ Ničnost kot skrajna sankcija se zdi nesorazmerna posledica za naknadno prenehanje nagiba za sklenitev pogodbe na strani ene pogodbene stranke, pri čemer je razlog za prenehanje nagiba lahko popolnoma zunaj sfere vpliva nasprotne pogodbene stranke. Novejša praksa Vrhovnega sodišča Republike Slovenije je že zavzela stališče, da je v nasprotju s pravno logiko (pogodbenega prava), da bi lahko pogodbeni podlaga odpadla potem, ko pogodba ni bila le sklenjena, temveč tudi realizirana.⁷⁶

Kljub izhodišču, da naj bi šlo pri obveznosti hvaležnosti za moralno obveznost, obstaja tudi stališče, da naj bi šlo za zakonsko določeno sestavino darilne pogodbe (in s tem nekakšno pravno obveznost), saj mora obdarjenec izpolniti pogoj zadostne stopnje hvaležnosti, če želi obdržati darilo.⁷⁷ Tudi komentatorji DCFR funkcionalno enačijo preklic darila zaradi nehvaležnosti s prenehanjem (darilne) pogodbe zaradi neizpolnitve. *Ratio legis* preklica darila zaradi nehvaležnosti ter prenehanja pogodbe zaradi neizpolnitve naj bi bil enak, le da hvaležnosti naj ne bi bilo mogoče klasificirati kot pravne obveznosti, zaradi česar naj ne bi bilo mogoče uporabiti splošnih pravil o neizpolnitvi pogodbe.⁷⁸ Ta utemeljitev je lahko problematična z vidika avtonomije pogodbenih strank. Če bi šteli, da vsako darilo velja pod molče dogovorjenim pogojem (obveznosti) hvaležnosti na strani obdarjenca, ni videti, zakaj se pogodbeni stranki ne bi mogli dogovoriti drugače oziroma to obveznost izrecno (ali celo konkludentno) izključiti. Preklic darila zaradi nehvaležnosti je namreč urejen kogentno. Tudi če bi lahko (na splošno) šteli, da bi bilo nepravilno, da nehvaležni obdarjenec obdrži darilo, ni samoumevno, da je dogovor med darovalcem in obdarjencem, da se od slednjega hvaležnosti ne pričakuje, tako zavržen, da nasprotuje javni morali, kar bi utemeljilo kogentnost ureditve preklica darila. Pravni

⁷⁴ Možina, 2014, str. 839.

⁷⁵ Sodba Vrhovnega sodišča RS II Ips 206/2010 z dne 20. junija 2010, točka 10 obrazložitve.

⁷⁶ Sodba Vrhovnega sodišča RS II Ips 218/2017 z dne 23. avgusta 2016, točka 14 obrazložitve.

⁷⁷ Plavšak idr., 2004, str. 462.

⁷⁸ Von Bar in Clive (ur.), 2009a, str. 2867.

sistemi s tradicijo *common law* prav s pogodbeno avtonomijo utemeljujejo odsotnost ureditve preklica darila zaradi nehvaležnosti, saj je prevladujoče stališče, da naj bi darovalci, ki so prostovoljno izbrali svoje obdarjence, trpeli (pozitivne in negativne) posledice svojih odločitev.⁷⁹

Do enakega pomisleka je mogoče priti pri primerjavi preklica zaradi hude nehvaležnosti in preklica daril z bremenom oziroma nalogom (lat. *donatio sub modo*). Pri darilu z bremenom gre za darilo, ki ga je darovalec dal s posebnimi pričakovanji,⁸⁰ s katerimi naj bi bil obdarjenec seznanjen (s čemer je tudi pogojeno darovalčevo preklicno upravičenje), pri preklicu zaradi hude nehvaležnosti pa gre za zakonski mehanizem, ki ni le onkraj dogovora, temveč celo velja kljub morebitnemu drugačnemu dogovoru pogodbenih strank. Podobno velja za kondikcijski zahtevek: *conditio causa data causa non secuta*, ki izhaja iz rimskega prava, za vrnitev tistega, kar je bilo (v primeru neodplačnih pravnih poslov) dano v pričakovanju, ki se ni uresničilo.⁸¹ Tudi v tem primeru je predpostavka neko neuresničeno pričakovanje darovalca, ki naj bi se ga obdarjenec zavedal. Če posebna namena darovalca ne bi bilo ali če darovalčev namen obdarjencu ne bi bil znan, preklicnega upravičenja naj ne bi bilo mogoče upravičiti.

Preklic darilne pogodbe zaradi hude nehvaležnosti je treba razmejiti tudi od instituta razveze pogodbe zaradi spremenjenih okoliščin (112. člen OZ). Določba se ne uporablja za darilno pogodbo, saj je umeščena v 5. odsek 1. oddelka II. poglavja OZ, ki ureja »dvostranske« (tj. dvostransko zavezujoče) pogodbe. Razvezo pogodbe je treba zahtevati (prvi odstavek 112. člena OZ), preklic darilne pogodbe pa je enostransko oblikovalno upravičenje. Razveze pogodbe ni mogoče zahtevati, če je stranka, ki se na spremembo okoliščin sklicuje, v zamudi z izpolnitvijo njene obveznosti (tretji odstavek 112. člena OZ), preklic darilne pogodbe pa je možen po njeni izpolnitvi. Nasprotna stranka pri razvezi pogodbe zaradi spremenjenih okoliščin je v ugodnejšem položaju kot obdarjenec pri preklicu darilne pogodbe, saj lahko ponudi, da se ustrezni pogodbeni pogoji pravično spremenijo tako, da ustrezajo spremenjenim okoliščinam (četrti odstavek 112. člena OZ) ter je celo upravičena do odškodnine za del škode, ki ji je nastala zaradi razveze pogodbe (peti odstavek 112. člena OZ). Tudi če bi preklic darilne pogodbe zaradi naknadne premoženjske stiske darovalca (539. člen OZ) ter pozneje rojenih otrok (540. člen OZ) šteli za posebni obliki upoštevanja spremenjenih okoliščin, preklic zaradi hude nehvaležnosti ne predvideva izrecno sprememb okoliščin ter je ta preklic možen tudi takrat, ko je obdarjenec nehvaležno ravnal že pred sklenitvijo darilne pogodbe, pa je nehvaležno ravnanje le nadaljeval.

Ratio legis preklica darila zaradi hude nehvaležnosti je zato precej lažje utemeljiti z zakonodajalčevim prizadevanjem *sui generis* po kaznovanju nehvaležnosti obdarjencev, ob (utemeljenem ali neutemeljenem) sklicevanju na načela morale in pravičnosti.

⁷⁹ Hyland, 2009, str. 516.

⁸⁰ Možina, 2014, str. 833.

⁸¹ Možina, 2017, str. 143.

6. Opredelitev (hude) nehvaležnosti

Glede na splošno nezmožnost opredelitve pojma (ne)hvaležnosti, ne preseneča, da je v primerjalnem pravu več različnih načinov (poskusa) določanja okvirjev, v katerih je nehvaležnost utemeljen razlog za preklic darila. Zakonodajne pristope je mogoče razdeliti v dve temeljni skupini:

1. uporabo splošno opredeljenega pravnega standarda nehvaležnosti v obliki generalne klavzule ter
2. bodisi taksativno bodisi primeroma naštevanje pojavnih oblik nehvaležnosti.

Slovenski zakonodajalec pojavnih oblik nehvaležnosti ni določil. Huda nehvaležnost obdarjenca kot pravni standard spada med manj jasno urejene razloge za preklic darilne pogodbe. Že na prvi pogled ni dvoma, da je OZ v 541. členu, v katerem ureja položaj, ko se darovalcu rodi prvi otrok, ali celo v 539. členu, ko je ogroženo darovalčevo preživljanje, bistveno bolj jasen kot v 540. členu, v katerem ureja preklic zaradi hude nehvaležnosti obdarjenca. Nujna posledica te pomenske odprtosti 540. člena je povečan pomen sodne prakse. Slovenska sodna praksa se torej precej več ukvarja z razlago pojma hude nehvaležnosti kot z drugimi razlogi za preklic darilne pogodbe, ki so urejeni v OZ.

Standarda hude nehvaležnosti po sodni praksi tako ne izpolnjujejo hudi prepiri med zakoncema dve leti po daritvi,⁸² enkratno prerivanje, zaradi katerega sta bili obe pogodbeni stranki spoznani za odgovorni storitve prekrška ogrožanja varnosti osebe v zaprtem prostoru,⁸³ napetosti in nesoglasja med strankama, ki niso prerasli lažje verbalne ravni in običajnih družinskih zamer,⁸⁴ ali pa okoliščina, da je toženec začel poslovati samostojno, ob čemer je tožniku zaradi obojestranskega omejevanja poslovanja preprečil sodelovanje pri poslu.⁸⁵ Huda nehvaležnost pa obstaja, če je obdarjenec darovalko žalil, jo pretepal in ji s prisilo omejeval možnost razpolaganja s premoženjem, ki ga je imela na svojem bančnem računu ali ga je ustvarila za gradnjo.⁸⁶

Že glede na obseg prakse Vrhovnega sodišča (torej tudi če ne upoštevamo precej obsežnejše prakse višjih sodišč) pri zapolnjevanju pravnega standarda hude nehvaležnosti je mogoče ugotoviti, da so z ureditvijo tega razloga za preklic darilne pogodbe precejšnje praktične težave. Sodna praksa Vrhovnega sodišča doslej očitno ni ponudila ustreznega (splošnejšega) testa, po katerem bi lahko nižja sodišča preprosteje presodila, ali konkretne okoliščine primera spadajo v pojem hude nehvaležnosti, temveč se je samo ukvarjalo s posameznimi konkretnimi primeri. Zato se utemeljeno postavlja vprašanje, ali pravna

⁸² Sodba Vrhovnega sodišča RS II Ips 315/2011 z dne 3. novembra 2011.

⁸³ Sodba Vrhovnega sodišča RS II Ips 1207/2008 z dne 9. decembra 2010.

⁸⁴ Sodba Vrhovnega sodišča RS II Ips 685/2008 z dne 14. oktobra 2009.

⁸⁵ Sodba Vrhovnega sodišča RS II Ips 4/2006 z dne 27. avgusta 2008.

⁸⁶ Sklep Vrhovnega sodišča RS II Ips 22/2006 z dne 18. maja 2006.

varnost ne zahteva zakonodajne spremembe 540. člena OZ, ki bi omogočila vsaj naštevaje primeroma temeljnih upoštevnih oblik hude nehvaležnosti.

Podobno določbo je vseboval ODZ, ki je veliko nehvaležnost opredeljeval kot »poškodbo na telesu, na časti, na svobodi ali na imovini, da se sme zoper poškodovanca postopati po kazenskem zakonu uradoma ali na poškodovančevo zahtevo.« Pri tem je treba opozoriti, da je sodna praksa Republike Slovenije pri uporabi standarda »velike oziroma hude nehvaležnosti« namesto ODZ analogno uporabljala določbe zakona o dedovanju, ki urejajo vprašanje dedne nevrednosti ali vzrokov za razdedinjenje.⁸⁷ Po uveljavitvi OZ pa je obveljalo stališče, da uporaba take analogije ne pride (več) v poštev ter da je treba to zakonsko določbo razlagati strožje.⁸⁸ Po eni strani je torej preklic zaradi hude nehvaležnosti po OZ urejen precej širše kot po ODZ (glede na zakonsko besedilo ODZ), saj zadošča že »nepravičnost, po temeljnih moralnih načelih« in ni govora o kazenskem pregonu ali pa o taksativno naštetih pojavnih oblikah (hude) nehvaležnosti, po drugi strani pa naj bi OZ glede na prakso, ki se je izoblikovala pred njegovim sprejetjem, omejil uporabo instituta preklica zaradi nehvaležnosti.

Francosko pravo (955. člen *Code civil*) taksativno našteva tri oblike nehvaležnosti, ki so lahko podlaga za preklic darila, in sicer: če je obdarjenec darovalcu poskusil odvzeti življenje, če je obdarjenec darovalca zlorabljal, zoper njega storil kaznivo dejanje ali pa ga je hudo razžalil ali pa če obdarjenec darovalca ne preživlja, čeprav darovalec to potrebuje.

Nemško pravo drugače kot francosko in podobno kot slovensko ne našteva oblik nehvaležnosti. BGB v določbi § 530 določa le, da je darilo mogoče preklicati, če je obdarjenec zagrešil hudo nehvaležnost proti darovalcu ali pa njegovem bližnjem sorodniku.

Naštevaje pojavnih oblik nehvaležnosti je bolj zastopljeno v romanskih pravnih sistemih kot v germanskih. Odgovor na vprašanje, kateri od omenjenih dveh zakonodajnih pristopov je ustrežnejši, ni popolnoma preprost. Po eni strani naštevaje oblik nehvaležnosti zagotavlja večjo stopnjo pravne varnosti, tj. predvidljivosti tako za darovalca kot tudi za obdarjenca, čeprav določba ni namenjena varovanju slednjega. Po drugi strani pa se zdi, da vsakršno naštevaje oblik tako nedoločenega in subjektivnega pojma (pojma, odvisnega od konkretnega darila, darovalca in obdarjenca), kot je nehvaležnost, nujno pripelje do dveh negativnih posledic: nepopolnosti ureditve, saj ne bodo zajeti vsi primeri nehvaležnosti, ki bi utemeljili preklicnost darila, ter odvečnosti ureditve posameznih oblik nehvaležnosti, ki mogoče v konkretni situaciji ne bi bile dovolj zavržne, da bi utemeljile poseg v sklenjeno (in izpolnjeno) pogodbo.

⁸⁷ Gre za pristop, ki ga je mogoče najti tudi danes v primerjalnem pravu. Italijanski *Codice civile* na primer našteva oblike nehvaležnosti v 801. členu. Določba se delno sklicuje na pravila dednega prava, ki urejajo dedno nevrednost (463. člen *Codice civile*). Dostopno na: <https://www.altalex.com/documents/news/2014/02/03/delle-donazioni> (dostop 25. maj 2022).

⁸⁸ Zupančič, 2002, navedeno v: Plavšak idr., 2004, str. 495.

DCFR podobno kot nemško in slovensko pravo opredeljuje ta preklicni razlog v obliki generalne klavzule (določba IV. H. – 4:201). Darilna pogodba je preklicljiva, če je bil obdarjenec hudo nevhvaležen tako, da je namenoma storil resno dejanje (angl. *serious wrong*) proti darovalcu. Za uporabo instituta preklica darila zaradi nevhvaležnosti po DCFR naj bi bila izpolnjena dva pogoja, in sicer da je bilo resno dejanje nevhvaležnosti storjeno proti darovalcu na zaznaven način ter da je obstajal namen obdarjenca storiti to dejanje. Malomarnost ali nepremišljenost obdarjenca naj ne bi zadoščali. Prav tako darila naj ne bi bilo mogoče preklicati pri dejanjih, ki jih je darovalec dojel kot izraz nevhvaležnosti, obdarjenec pa kot dejanje, ki bi koristilo darovalcu.⁸⁹

7. (Ne)upoštevanje okoliščin konkretnega darila v slovenskem pravu

Iz opisanih ureditev preklica darila zaradi nevhvaležnosti izhaja, da posamezni zakonodajni pristopi zgolj delno in posredno upoštevejajo okoliščine konkretnega darila.

V slovenskem pravu ostajajo odprta številna vprašanja. OZ ne ureja posebej vprašanja, ali naj ima darovalec možnost preklica, če je obdarjenec nevhvaležno ravnal do njega tudi pred prejemom darila (obdarjenec torej ni spremenil svojega obnašanja, darovalec pa se je tega obnašanja zavedal). Besedilo 540. člena OZ v veljavni obliki zajema tudi te primere, saj z ničimer ne upošteva darovalčevega morebitnega zavedanja o okoliščinah, ki pomenijo nevhvaležnost obdarjenca. Če pa je bil darovalec seznanjen s temi relevantnimi okoliščinami, je lahko vprašljivo, ali je utemeljeno, da ohrani enostransko upravičenje preklicati darilno pogodbo ob nespremenjenem ravnanju obdarjenca.

Neodgovorjeno ostaja vprašanje upoštevanja konkretnega nagiba darovalca, kot je to storilo Vrhovno sodišče v sklepu II Ips 23/2018 z dne 11. aprila 2019 v primeru preklica zaradi razveze zakonske zveze.⁹⁰ Darovalci imajo najrazličnejše nagibe za sklenitev darilne pogodbe, zaradi česar si je mogoče predstavljati primere, ko bi bila lahko nevhvaležnost v razmerju do darovalca manj pomembna (če ne irelevantna). Če bi darovalec sklenil darilno pogodbo z nagibom, ki ni zgolj dobrodelnost ali nesebičnost v razmerju do obdarjenca, bi bilo mogoče smiselno upoštevati ta nagib pri ugotavljanju, ali je neko ravnanje obdarjenca mogoče šteti za izraz hude nevhvaležnosti. Če je darovalec denimo sklenil darilno pogodbo zato, da bi upošteval nezavezujoče želje tretjih oseb (na primer darilo je

⁸⁹ Von Bar in Clive (ur.), 2009a, str. 2867–2868.

⁹⁰ Vrhovno sodišče je s tem sklepom odstopilo od ustaljene sodne prakse glede vprašanja (načina) upoštevanja spremenjenih okoliščin na primeru prenehanja nagiba darovalca za sklenitev darilne pogodbe zaradi razveze zakonske zveze (načelno mnenje občne seje Vrhovnega sodišča SR Slovenije z dne 21. in 22. decembra 1987). Današnja ureditev se od ureditve iz leta 1987 razlikuje po tem, da je zakonodajalec v OZ (drugače kot v ZOR) uredil darilno pogodbo (in znotraj določb o darilni pogodbi razloge za preklic darila) ter mednje ni vključil tudi primera odpadlosti pogodbene podlage iz načelnega mnenja iz leta 1987.

dal po želji svojega zakonca ali partnerja nekemu sorodniku tega zakonca oziroma partnerja), bi bilo mogoče bolj smiselno upoštevati morebitno nehvaležnost obdarjenca do te tretje osebe (in ne do darovalca) oziroma vsaj bolj restriktivno razlagati, kdaj je podana huda nehvaležnost do darovalca (kot manj relevantna v konkretnem primeru). V takem primeru bi bilo namreč mogoče ugotoviti, da obdarjenec dolguje hvaležnost primarno (tj. bolj kot darovalcu) tretji osebi, ki je darovalca spodbudila do tega, da je dal darilo.

OZ ne zahteva upoštevanja morebitne hvaležnosti darovalca zaradi obdarjenčevih preteklih ravnanj, ki bi darovalca motivirala za dajanje darila. Določba 534. člena OZ ne pušča dvoma, da gre tudi pri teh naklonitvah za darila, ki so torej lahko podvržena preklicu po 540. členu OZ. Pri tem je treba opozoriti, da OZ v 258. členu izključuje darila, dana iz hvaležnosti iz režima izpodbijanja dolžnikovih pravnih dejanj s strani darovalčevih upnikov (tako imenovana *actio Pauliana*), če so sorazmerna premoženjskim možnostim dolžnika (darovalca). Takega pravila pa OZ ne določa za preklic darila s strani samega darovalca. Zahteva po obdarjenčevi hvaležnosti po prejemu takega remunerativnega darila se ne zdi utemeljena, kar potrjuje tudi tuja pravna teorija.⁹¹

Končno, zanimivo je tudi vprašanje, ali lahko obdarjenec s kakšnim svojim drugim dejanjem izpolni svojo obveznost hvaležnosti ter s tem izključi obveznost vzdržati se nadaljnjih ravnanj, ki pomenijo hudo nehvaležnost. S tega vidika je utemeljen pomislek, da je obveznost vzdržati se dejanj, ki so izraz nehvaležnosti, za obdarjenca bolj obremenjujoča, kot bi bila (pozitivno oblikovana) obveznost hvaležnosti. Slednjo bi namreč obdarjenec lahko izpolnil z nekim hvaležnim dejanjem, ki bi ustrezalo okoliščinam in vrednosti prejetega darila (na primer z dajanjem drugega darila). Po drugi strani se zdi, da se obdarjenec obveznosti vzdržati se dejanj nehvaležnosti ne more izogniti s kakršnikoli aktivnim ravnanjem ter ga ta obveznost obremenjuje ne glede na njegovo morebitno siceršnjo hvaležnost.

Rok, ki ga OZ v 543. členu predvideva za preklic darilne pogodbe, je subjektiven in teče od dneva, ko je darovalec zvedel za razlog za preklic. OZ torej ne določa niti objektivnih časovnih okvirjev zahtevane odsotnosti nehvaležnosti obdarjenca.

Edino podlago za upoštevanje okoliščin konkretnega darila v OZ je mogoče najti v diktiji prvega odstavka 540. člena, ki se sklicuje na »temeljna moralna načela« kot merilo, po katerem je treba presoјati, ali bi bilo »nepravično, da bi obdarjenec preјeto obdržal.« Pri tem zakon ne pojasnjuje, ali naj bi se omenjeno merilo uporabilo (le) za presoјo obdarjenčevega potencialno nehvaležnega ravnanja ali pa tudi za druge okoliščine konkretnega darila (zlasti nagib darovalca ter obdarjenčeva druga ravnanja). Restriktivna razlaga 540. člena OZ kot možnosti enostranskega posega v sklenjeno pogodbo bi zahtevala upoštevanje moralnosti in pravičnosti preklica glede na vse okoliščine konkretnega darila in ne samo glede na nehvaležno ravnanje obdarjenca. Sodna praksa se v zvezi s 540. členom OZ večinoma osredinja na razlago pravnega standarda velike nehvaležnosti (tj.

⁹¹ Von Bar in Clive (ur.), 2009a, str. 2804.

na presojo konkretnega ravnanja obdarjenca), lahko pa zasledimo tudi nekaj odločb, ki zagovarjajo omenjeno razlago standarda temeljnih moralnih načel (tj. presojo celotnega razmerja med darovalcem in obdarjencem).⁹² Natančnejše razlage pravnega standarda temeljnih moralnih načel na primeru 540. člen OZ v sodni praksi ni mogoče zaslediti.

8. Sklep

Preklic darila zaradi (hude) nehvaležnosti temelji na izhodiščih in konceptih, ki jih pravni sistemi ne zmorejo natančno opredeliti. Moralna obveznost hvaležnosti, katere kršitev je (vsaj po stališču dela teorije) sankcionirana z zakonsko urejenim enostranskim upravičenjem darovalca preklicati darilo, izhaja iz neodplačnosti darila. Sam pojem neodplačnosti pa se izogiba natančni opredelitvi in teoretični utemeljitvi. V teoriji je predvsem sporno, ali je treba pri tem upoštevati objektivno plat darila, ki naj bi se kazala v neenakovrednosti dajatev (oziroma odsotnosti dajatve obdarjenca), subjektivno plat, ki naj bi se nanašala bodisi na darovalčev nagib bodisi soglasje pogodbenih strank, ali pa neko kombinacijo obeh pristopov.

Upošteva težavnost opredelitve darila ter primerjalnopravno neenotnost ureditve daril in neodplačnih pravnih poslov ne preseneča, da se pri uporabi instituta preklica darila zaradi nehvaležnosti pojavljajo praktične težave. Te izhajajo prav iz omenjenega neopredeljenega teoretičnega izhodišča, najizraziteje pa se kažejo pri remuneracijskih darilih (darilih, danih s strani darovalca zaradi njegove hvaležnosti ali neke druge moralne obveznosti), darilih, danih iz drugih posebnih nagibov, ter v okoliščinah, v katerih je obdarjenec svojo moralno obveznost hvaležnosti že izpolnil.

Del teorije in nekatere pravne ureditve zgoraj opisane težave rešujejo bodisi z delnim izključevanjem uporabe instituta preklica zaradi nehvaležnosti (zlasti na primerih remuneracijskih daril) bodisi s sklicevanjem na nedoločne standarde morale in pravičnosti, ki naj bi sodiščem omogočali upoštevanje vseh okoliščin konkretnega primera.

Glede na dognanja sociološke in antropološke stroke je utemeljeno vprašanje, ali je koncept neodplačnosti (ter s tem zahtevana hvaležnost obdarjenca, ki se kaže v preklicnem upravičenju darovalca) družbeno gledano smiselna in uporabna kategorija. Glede na opisana stališča bi bilo mogoče neodplačnost, vsaj na primeru darilne pogodbe,⁹³

⁹² Glej na primer sodbo Vrhovnega sodišča RS II Ips 1207/2008 z dne 9. decembra 2010, točka 9 obrazložitve, sodbo Višjega sodišča v Ljubljani II Cp 2924/2013 z dne 5. marca 2014, točka 9 obrazložitve, ter sodbo Višjega sodišča v Mariboru I Cp 1641/2011 z dne 13. marca 2012, točka 14 obrazložitve.

⁹³ Drugače je pri odplačnih pogodbah, pri katerih je neodplačnost nedvomno koristna kategorija: ob primerjanju vrednosti dveh dajatev je povsem preprosta in smiselna ugotovitev, da je neka dajatev »v presežku« neodplačna, kar omogoča uporabo posameznih institutov, kot so na primer čezmerno prikrajšanje iz 118. ali pa oderuška pogodba iz 119. člena OZ.

šteti celo za pravno fikcijo, ki utemeljuje zgodovinska prizadevanja evropskih zakonodajalcev odvracati pravne subjekte od dajanja daril. Prav v tem je mogoče najti razlog za opisane težave. Pri darilni pogodbi namreč ni mogoče uporabiti jasnega merila primerjanja (vrednosti) izpolnitev pogodbenih strank, tako imenovane *cause donandi* pa pravzaprav ni mogoče ločiti od drugih teoretičnih konceptov, zlasti od nagiba darovalca ter soglasja pogodbenih strank. Zdi se, da poskušajo pravni sistemi neuspešno uporabiti splošne pogodbenopravne (tržne) režime na darilih, ki so nedvomno zunajtržna in s tem, v bistvenem, nepogodbena kategorija. Posebna pravila, ki naj bi kazala posebnost daril kot neodplačnih pravnih poslov, so pravzaprav zgolj izraz nezaupljivosti prava do daril. Bistveno odprto vprašanje pa je, ali je ta nezaupljivost utemeljena ali pa je zgolj posledica zastarelih zgodovinskih teoretičnih izhodišč.

Glede na zgoraj podane ugotovitve bi bilo morda smiselno OZ spremeniti tako, da so pri uporabi instituta preklica darilne pogodbe upoštevane vse okoliščine konkretnega darila, pri čemer bi moral biti preklic zaradi nehvaležnosti splošno in izhodiščno izključen vsaj pri remunatoričnih darilih.⁹⁴ K jasnosti in pravni varnosti bi pripomoglo eksemplifikativno naštevanje pojavnih oblik hude nehvaležnosti, ki bi omogočilo uporabo analogije *intra legem* pri razlagi (dopolnjene) generalne klavzule.

Poleg teh zakonodajnih sprememb bi bilo smiselno v pravno teorijo vključiti razpravo o dognanjih drugih družboslovnih strok ter postaviti vprašanje, ali so zgodovinsko uveljavljeni režimi odvracanja pravnih subjektov od dajanja daril sploh utemeljeni ter ali ni bolj utemeljeno prepustiti sankcioniranje kršitev moralnih obveznosti družbi sami, tj. te kršitve sankcionirati z moralnimi in ne pravnimi posledicami. Odgovor na to vprašanje bi lahko pripeljal do ugotovitve, da je sodobno pravo daril, vključno z ureditvijo preklica darilne pogodbe zaradi hude nehvaležnosti, v pretežnem delu nepotrebno in preseženo, saj temelji na abstraktni ugotovitvi, da je darilo (v celoti in vedno) dano neodplačno. Če tako pojmovane neodplačnosti v konkretnem primeru ni, ni mogoče niti s sklicevanjem na pravičnost upravičiti konstrukcije moralne obveznosti hvaležnosti na strani obdarjenca. Slednja pa je nedvomno temeljna teoretična utemeljitev preklica darila zaradi hude nehvaležnosti.

Literatura

Von Bar, C., in Clive, E. (ur.) (2009a) *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law: Draft Common Frame of Reference (DCFR), Full Edition, Volume 3*. München: Sellier, European Law Publishers.

⁹⁴ Dober zgled jasnejšega zakonskega besedila je, vsaj glede remunatoričnih daril, mogoče najti v nemškem BGB, ki iz režima preklica zaradi nehvaležnosti po določbi § 534 izrecno izključuje darila, ki jih je darovalec dal zaradi neke svoje moralne dolžnosti ali zaradi podobnih nagibov. Ob tem je treba spomniti, da BGB že izhodiščno izključuje posamezne kategorije daril iz režima pravil o darilih (na primer določba § 1624 BGB, ki izključuje določena darila dana otrokom).

- Von Bar, C., in Clive, E. (ur.) (2009b) *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference (DCFR), Outline Edition*, <https://www.law.kuleuven.be/personal/mstorme/2009_02_DCFR_OutlineEdition.pdf> (dostop: 25. maj 2022).
- Beudant, L. C. A., Beudant, R., in Lerebours-Pigeonnière, P. (1934–1953) *Cours de droit civil français*, 2. Izdaja. Pariz: Rousseau & Cie.
- BGB, različica veljavna na dan 2. maja 2022, <<https://www.gesetze-im-internet.de/bgb>> (dostop: 2. maj 2022).
- Cigoj, S. (2002) *Institucije obligacij: posebni del obligacijskega prava, kontrakti in reparacije*, tretji ponatis. Ljubljana: Uradni list Republike Slovenije.
- Code civil*, različica veljavna na dan 29. aprila 2022, <https://www.legifrance.gouv.fr/codes/section_lc/LEGITEXT000006070721/LEGISCTA000006118022/#LEGISCTA000006118022> (dostop: 2. maj 2022).
- Codice civile*, <<https://www.altalex.com/documents/news/2014/02/03/delle-donazioni>> (dostop 2. maj 2022).
- Dawson, J. P. (1980) *Gifts and Promises: Continental and American Law Compared*. London: Yale University Press.
- Esmein, P. (1953) *Cours de droit civil. Licence 3me année*. Pariz: Cours de droit.
- Godelier, M. (2006) *Uganka daru*. Ljubljana: Študentska založba.
- Hyland, R. (2009) *Gifts: A Study in Comparative Law*. New York: Oxford University Press.
- Kranjc, J. (2010) *Rimsko pravo*, 2. pregledana in dopolnjena izdaja. Ljubljana: GV Založba.
- Krüger, W., in Westermann, H. P. (ur) (2004) *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 3.: Schuldrecht, Besonderer Teil I*, 4. izdaja. München: C. H. Beck.
- Liebersohn, H. (2011) *The Return of the Gift: European History of a Global Idea*. New York: Cambridge University Press.
- Malenica, A. (1981) *Poklon u rimskom pravu*. Beograd: Savremena administracija.
- Markesinis, B. S., Lorenz, W., in Dannemann, G. (1997) *The German Law of Obligations, Volume I, The Law of Contracts and Restitution: A Comparative Introduction*. Oxford: Oxford University Press.
- Mauss, M. (2002) *The Gift: The form and reason for exchange in archaic societies*. London: Taylor & Francis e-Library.
- Michel, J. H. (1962) *Gratuité en droit romain*. Bruselj: Université libre de Bruxelles.
- Možina, D. (2014) 'So diamanti res večni? Darilna pogodba, družinska razmerja in spremenjene okoliščin', *Podjetje in delo*, št. 5/2014, str. 833–846.

- Možina, D. (2017) 'Vsebina in obseg obogatitvenega zahtevka' *Razsežnosti zasebnega prava: liber amicorum Ada Polajnar Pavčnik*. Ljubljana: Pravna fakulteta Univerze v Ljubljani, str. 143–167.
- Načelno pravno mnenje občne seje Vrhovnega sodišča SR Slovenije z dne 21. in 22. decembra 1987.
- Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, <<https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000032004939>> (dostop: 25. maj 2022).
- Planiol, M., in Ripert, G. (1952) *Traite pratique de droit civil français, tome VI: obligations*, 2. Izdaja. Pariz: Libraire Générale de Droit et de Jurisprudence.
- Planiol, M., in Ripert, G. (1957), *Traite pratique de droit civil français, tome V: donations et testaments*, 2. Izdaja. Pariz: Libraire Générale de Droit et de Jurisprudence.
- Plavšak, N., in Juhart, M. (ur.) (2004) *Obligacijski zakonik (OZ) (posebni del) s komentarjem, 3. knjiga (435. do 703. člen)*. Ljubljana: GV Založba.
- Sklep Vrhovnega sodišča RS II Ips 22/2006 z dne 18. maja 2006.
- Sklep Vrhovnega sodišča RS II Ips 23/2018 z dne 11. aprila 2019.
- Sodba Višjega sodišča v Ljubljani II Cp 2924/2013 z dne 5. marca 2014.
- Sodba Višjega sodišča v Mariboru I Cp 1641/2011 z dne 13. marca 2012.
- Sodba Vrhovnega sodišča RS II Ips 206/2010 z dne 20. junija 2010.
- Sodba Vrhovnega sodišča RS II Ips 218/2017 z dne 23. avgusta 2016.
- Sodba Vrhovnega sodišča RS II Ips 315/2011 z dne 3. novembra 2011.
- Sodba Vrhovnega sodišča RS II Ips 1207/2008 z dne 9. decembra 2010.
- Sodba Vrhovnega sodišča RS II Ips 685/2008 z dne 14. oktobra 2009.
- Sodba Vrhovnega sodišča RS II Ips 4/2006 z dne 27. avgusta 2008.
- Weiner, A. B. (1992) *Inalienable Possessions: The Paradox of Keeping-While-Giving*. Berkeley: University of California Press.
- Zupančič, K. (2002) »Obligacijske pogodbe, ki so imele pravni temelj v zakonu o dedovanju«, *pisni prispevek za seminar o novem slovenskem OZ*.

*Anže Dobelšek**

Zgodovinski razvoj pojma javnih služb in storitve splošnega gospodarskega pomena v pravu EU – javne službe med konkurenčnostjo in solidarnostjo

»The legitimate object of government is to do for a community of people whatever they need to have done but cannot do at all, or cannot do so well for themselves in their separate and individual capacities. In all that people can individually do for themselves, government ought not to interfere.«

Abraham Lincoln (1854)

1. Uvod

V tem prispevku bomo spoznali in obravnavali zanimivo spreminjanje in nagel razvoj enega najpomembnejših oziroma temeljnih pojmov ter postulatov upravnega prava, in sicer javnih služb oziroma storitev splošnega pomena.¹ Njihova pomembnost se kaže v izpolnjevanju dnevniških potreb ljudi in so bistvene za dobro počutje vseh ljudi. Poenostavljeno bi lahko rekli, da je od teh storitev odvisna kakovost življenja, saj so bistvene za trajnostni gospodarski razvoj ter socialno in regionalno kohezijo v Evropi.

* *Magister prava, asistent na Fakulteti za upravo, doktorski kandidat na Pravni fakulteti Univerze v Ljubljani; anze.dobelsek@fu.uni-lj.si.*

¹ Pri tem pojmu gre za zelo raznolike zgodovinske, politične in kulturne specifične zelo generičnega koncepta javnih služb (angl. *public services*) na evropskem kontinentu. V pravu Evropske unije ne zasledimo enovitega pojma javna služba, ampak le pojem storitve splošnega pomena, ki je bil prvič uporabljen v Commission Communication on Services of General Interest in Europe, Uradni list EU, št. C 281, 26. september 1996, str. 3–12.

Storitve splošnega pomena pomembno pripomorejo k doseganju ciljev solidarnosti in enakega obravnavanja, na katerih je utemeljen evropski model družbe.² Gre za institut, ki se umešča v sistem javnega prava, kot smo že omenili, v upravno pravo. Upravno pravo kot znanstveno področje bi lahko najširše opredelili kot skupek vseh pravil, ki se nanašajo na organizacijo in delovanje javne uprave, ki pri svojem delovanju nastopa s pozicije oblasti. Prvo pojmovno opredelitev javnih služb najdemo v francoski pravni teoriji,³ ki jo šteje kot temelj za razmejitev upravnega prava od drugih pravnih vej, saj je njeno izhodišče pojmovanje države kot institucionalnega okvira zbira javnih služb, ki v funkcionalnem smislu pomenijo dejavnosti v javnem interesu, v organizacijskem smislu pa so to organizacije, ki te dejavnosti izvajajo.⁴ Razlike od drugih pravnih vej so pri upravnem pravu videli predvsem v posebnosti in specifičnosti pravil, ki urejajo razmerja med upravo in državljeni oziroma drugimi pravnimi subjekti, pri čemer naj bi imela uprava v teh razmerjih močnejši položaj.⁵ Upravno pravo lahko naprej delimo na materialno in formalno upravno pravo, slednjega pa še naprej na procesno in organizacijsko. Organizacijsko upravno pravo obravnava in ureja organizacijo ter pristojnosti organov javne uprave, saj v ta del spadajo predpisi o vladi in državni upravi, lokalni samoupravi in organizaciji javnih služb. Organizacijsko upravno pravo ureja organizacijo javnih služb.⁶ Sistem javnih služb ima tako ob vsebinskem tudi organizacijski vidik, ki se kaže v organizacijskih oblikah izvajanja javnih služb. Javne službe z zagotavljanjem javnih dobrin in storitev omejujejo na eni strani konkurenco na trgu,⁷ vendar so pomemben dejavnik zagotavljanja ali celo omejevanja svoboščin.⁸ Slednje pomeni, da je umestitev javnih služb v ta precep vse prej kot lahka naloga, saj je omejevanje namenjeno dejavnosti javne oblasti, zagotavljanje pa nastopanju subjektov na prostem trgu. Javna služba je torej dejavnost, za katero se razume, da je nujna za zagotavljanje najpomembnejših javnih dobrin in storitev,⁹ ki jih zato v javnem interesu zagotavlja država, lokalna skupnost ali zasebni

² Commission Communication on Services of General Interest in Europe, Uradni list EU, št. C 17, 19. januar 2001, str. 4.

³ Pojem javne službe je največji pomen dobil v francoski pravni ureditvi, v kateri so se javne službe kot pravni pojem tudi najprej pojavile.

⁴ Trpin, 2013, str. 45.

⁵ Rakočević in Bekeš, 1994, str. 135.

⁶ Pečarič in Bugarič, 2011, str. 1.

⁷ Tako med posameznimi državami kot tudi med državami članicami EU.

⁸ Lahko bi rekli, da je pravni režim gospodarskih dejavnosti splošnega pomena (gospodarske javne službe) omejevalni režim, ki trči ob ustavno pravico do svobodne gospodarske pobude iz 74. člena Ustave RS, saj ustvarja monopol. Glej Ustavo RS (URS), Uradni list RS, št. 33/91-I do 92/21.

⁹ Javne dobrine razlikujemo od drugih dobrin in storitev po nekaterih lastnostih oziroma značilnostih. Za javne dobrine je bistveno, da se zagotavljajo širši skupini prebivalcev na nekem širšem območju. Dobavljajo se lahko skupno ali kolektivno. Financirajo se solidarno, kar pomeni, da v družbi obstaja splošen konsenz, da vsak posameznik prispeva sredstva za zagotavljanje javnih

izvajalec.¹⁰ Za javne službe torej velja, da so tiste dejavnosti, ki se morajo zaradi različnih razlogov izvrševati v javnem interesu pod posebnim režimom. Gre za take dejavnosti, ki jih ni mogoče delno ali v celoti opravljati na trgu v okviru tržnih zakonitosti in mehanizmov predvsem iz dveh razlogov, bodisi, da ta dejavnost na trgu ne deluje, bodisi je ne smemo prepustiti delovanju trga.

Pojem storitve oziroma službe splošnega pomena pa zajema tako tržne (gospodarske javne službe) kot tudi ne tržne storitve (negospodarske javne službe), ki jih nacionalne oblasti opredelijo kot tiste, ki so splošnega pomena in za katere veljajo posebne obveznosti zagotavljanja storitev, torej zajemajo neki splošen interes. Opredelitev tako zlahka zajame več različnih dejavnosti, od obsežnih mrežnih gospodarskih panog (energija, telekomunikacije, promet, poštna in avdiovizualne storitve) do izobraževanja, oskrbe z vodo, ravnanja z odpadki, zdravstvenih in socialnih storitev.¹¹

Upravno pravo torej ureja razmerja med organi in organizacijami, ki imajo javno oblast nad drugimi subjekti, ki te oblasti nimajo. Tako je mogoče reči, da je upravno pravo »pravo javne uprave« oziroma sistem pravnih norm ter samostojna pravna panoga, ki spada v okvir javnega prava.¹² V okviru razvoja prihaja do spremembe v klasičnem razmerju med državo, izvajalci in uporabniki. Pravni režim gospodarskih javnih služb se namreč pod vplivom prava Evropske unije spreminja v pravni režim gospodarskih dejavnosti splošnega pomena, in sicer na podlagi posebnih ali izključnih pravic za njihovo izvajanje in postopkov njihovega podeljevanja. Dotedanje monopolne dejavnosti, ki jih je neposredno regulirala država, so namreč začele dobivati nov položaj, in sicer tako, da je v njihov pravni režim vstopil element konkurenčnosti, kar pomeni, da se je na tem področju deloma vzpostavila evropska pravna ureditev konkurence. Žal nam pa doslej na ravni Evropske unije ni uspelo določiti skupnega pojma, ki bi povsem nedvoumno definiral javne službe, saj še vedno prihaja do nerazumevanja in do kolizij osnovnih institutov, kar je iritirajoče.¹³

Eden od razlogov za takšno stanje je gotovo preplet nacionalnega prava in prava EU. Odnos med nacionalnimi javnimi službami in pravom EU se nam lahko zdi napet in pogosto v nekem konfliktu, saj govorimo o službah, za katere je posamezna skupnost ocenila, da so še posebej pomembne, ker imajo pomembno vlogo v družbenoekonomskem življenju članov te skupnosti.¹⁴ Priznati je treba bistveno vlogo učinkovitih javnih

dobrin, čeprav neke javne dobrine morebiti ne uporablja. Slednje pomeni, da morajo biti financirane kolektivno in neodvisno od posameznika. So nekonkurenčne v smislu, da njihova uporaba ne izključuje drugih uporabnikov. Njihova bistvena značilnost je v tem, da se jim posameznik ne more odreči tako, da za njihovo uporabo ne bi plačeval. Seldon, 1977, str. 108–109.

¹⁰ Pečarič, 2019, str. 17.

¹¹ Prav tam, str. 296.

¹² Več o tem glej Brezovnik, Trpin in Pličanič, 2019, str. 109.

¹³ Glej tudi Monti, 2010, str. 71.

¹⁴ Pedreschi, 2021, str. 1 in nasl.

služb pri varovanju temeljnih vrednot demokracije in pravne države v Evropski uniji.¹⁵ Evropska unija se je vse od ustanovitve osredinjala le na gospodarsko povezovanje držav članic. Njen namen je bil odstranitev vseh ovir, ki bi škodovala trgovini, in omogočiti pogoje za poslovanje ter delovanje na enotnem trgu. Ta proces je zahteval pomembne spremembe v nacionalnih zakonodajah držav članic, vendar je vsaka od njih imela najrazličnejše državne monopole, katerih namen je bil zagotavljanje različnih storitev. Tako so v številnih od teh držav nekatere socialne potrebe zadovoljevali z gospodarskimi dejavnostmi, ki jih je izvajala država. Vendar pa je ekonomsko povezovanje pomenilo, da se je morala vloga različnih držav članic bistveno spremeniti. Uvedba pravil konkurence je omejila sposobnost državnih monopolov zadovoljiti različne potrebe. Neodvisni subjekti so začeli opravljati dejavnosti v panogah, kot so telekomunikacije, poštna storitve in oskrba z električno energijo v nekdanjih monopolnih državnih dejavnostih.¹⁶ Kljub liberalizaciji zakonodaje Evropske unije v različnih gospodarskih panogah pa je vloga posameznih držav članic ostala enaka, in sicer v prizadevanju za zadovoljevanje različnih socialnih potreb. Liberalizacija je običajno povezana s privatizacijo, ki označuje proces spreminjanja javnega kapitala (kapitala v lastnini oseb javnega prava) v zasebni kapital, vendar ta povezava nikakor ni nujna.¹⁷ Gre namreč za označitev procesa širitve uporabe konkurenčnih pravil v gospodarskih javnih službah in, kot smo že omenili, zlasti za odpravo ali zmanjšanje obsega monopolnega položaja določenih izvajalcev kakor tudi drugo zmanjšanje obsega posebnih ali izključnih pravic.¹⁸ Zakonodajalci Evropske unije so te potrebe prepoznali in ustvarili navedeni izraz, ki pa je potreben večje terminološke jasnosti, saj je skladen sistem pravnih opredelitev bistven. Pravne posledice se lahko namreč močno razlikujejo glede na to, v kateri pravni koncept bo posamezna dejavnost uvrščena. Dejansko lahko opredelitve na koncu vplivajo na prihodnjo organizacijo nacionalnih držav blaginje in v povezavi s tem na razdelitev pristojnosti in stopnjo liberalizacije, ki jo spodbuja in ustvarja Evropska unija.¹⁹

Storitve oziroma službe splošnega pomena so torej pojem, ki je bil uveden v pravo EU in je v samem bistvu socialne države. V tem kontekstu je treba omeniti, da se pojavljajo in uporabljajo različni pojmi, ki se uporabljajo kot sopomenke in netočno, in sicer: »obveznosti storitev splošnega pomena«, »obveznosti storitev splošnega gospodarskega pomena« ter »posebne obveznosti javne službe«. Vprašljivo je, ali je oblikovanje izraza »storitve splošnega pomena« povečalo jasnost skupnih vrednot med državami članicami. Kritiziranje pravnega izrazja Evropske unije bi lahko obravnavali kot prepiranje in dila-

¹⁵ Glej Mnenje Evropskega ekonomsko-socialnega odbora – Načela javnih služb za stabilnost demokratskega reda, Uradni list EU, št. C 56, 16. februar 2021, str. 29–35.

¹⁶ Maziarz, 2016, str. 16.

¹⁷ Več v Parker, 1999, str. 9–35.

¹⁸ Pirnat, 2007, str. 63–64.

¹⁹ Neergaard, 2009, str. 17.

koceptstvo glede semantike.²⁰ Kljub temu bi morali biti evropski zakonodajalci pozorni na ustvarjanje novih pravnih konceptov, ki zamegljujejo in ne poudarjajo osnovnih vrednot v konceptu javne službe.²¹ V tem prispevku bomo torej osvetlili pojem javne službe na nacionalni ravni, ga povezali z evropskim izrazjem, ki se je razvilo na nadnacionalni ravni in v bogati praksi Sodišča Evropske unije.²² Prav tako pa bomo obravnavali zelo pomemben ustavni okvir, ki ga je ustvarila Evropska unija na področju primarnega prava s sprejetjem Pogodbe o delovanju Evropske unije oz. Lizbonske pogodbe (PDEU),²³ in sicer v drugem odstavku 106. člena,²⁴ v katerem se pojavi pojem storitve splošnega gospodarskega pomena, ki je del Pogodb že vse od začetka in je eden najpomembnejših, toda hkrati tudi najbolj kontroverznih konceptov prava EU. Poleg tega člena pa so pomembni tudi 14. in 93. člen²⁵ PDEU, 36. člen Listine EU o temeljnih pravicah²⁶ in Protokol št. 26 o storitvah splošnega pomena.²⁷ Primarno pravo namreč zgolj navaja in uporablja navedeni koncept, ne da bi ga definiralo in pojasnilo, za kaj sploh gre. V pomoč pri ra-

²⁰ Še vedno ne premoremo enoznačnega terminološkega slovarja, ki bi določil pomen oziroma ekvivalent izraza javna služba, prav tako pa ne smemo zanemariti, da je v Evropski uniji 24 uradnih jezikov, kar še dodatno zaplete nalogo terminološkega poenotenja poleg različnih variacij in izpeljank pojma znotraj enega samega uradnega jezika.

²¹ Henning, 2011, str. 191.

²² Sodišče Evropske unije sestavljata dve sodišči, in sicer Sodišče ter Splošno sodišče (ustanovljeno leta 1988). Sodišče za uslužbenca, ki je bilo ustanovljeno leta 2004, je prenehalo delovati 1. septembra 2016, potem ko je v okviru reforme sodne strukture Unije svoje pristojnosti preneslo na Splošno sodišče. Od leta 1952 je naloga Sodišča Evropske unije, da zagotavlja spoštovanje prava pri razlagi in uporabi Pogodb. Sodišče Evropske unije v okviru te naloge nadzira zakonitost aktov institucij Evropske unije, skrbi za to, da države članice izpolnjujejo obveznosti iz Pogodb in na predlog nacionalnih sodišč razlaga pravo Evropske unije. S sodišči držav članic skrbi torej za enotno uporabo in razlago prava Evropske unije. Več v Trstenjak in Brkan, 2012, str. 121–153.

²³ Pogodba o delovanju Evropske unije, Uradni list EU, št. C 202, 7. junij 2016, str. 47–199.

²⁴ V tem prispevku člene pravnih aktov Evropske unije v skladu s priporočili slovenskih nomotehničnih smernic navajam enotno, in sicer z vrstilnimi števniki (na primer 1. člen) in ne glavnimi števnikami (na primer člen 1), kot je značilno za pravo EU. Ta dvojnost označevanja ne vpliva na načine sklicevanja v nacionalnih predpisih, saj se na člene pravnih aktov Evropske unije sklicujemo z uporabo pravil slovenske nomotehnikke. Glej Nomotehnične smernice, 3., spremenjena in dopolnjena izdaja: Služba Vlade Republike Slovenije za zakonodajo, Ljubljana, 2018, str. 32.

²⁵ Pojem javna služba je uporabljen v 93. členu PDEU, in sicer za področje prometa, ki poudarja, da so pomoči »združljive s Pogodbama, če izpolnjujejo potrebe po usklajevanju prometa ali če predstavljajo povračilo za izpolnjevanje določenih storitev, ki so del koncepta javne službe«. Navezuje se lahko na dejstvo, da se storitev zagotavlja najširši javnosti in/ali v javnem interesu, lahko pa se uporablja tudi za dejavnost subjektov v javni lasti.

²⁶ Listina Evropske unije o temeljnih pravicah, Uradni list EU, št. C 202, 7. junij 2016, str. 389–405.

²⁷ Protokol št. 26 o storitvah splošnega pomena, Uradni list EU, št. C 202, 7. junij 2016, str. 308.

zumevanju obravnavanega koncepta nam je tudi sekundarno pravo²⁸ ter tako imenovano mehko pravo EU (angl. *soft law*).²⁹ Kot smo že poudarili, niti primarna niti sekundarna zakonodaja Evropske unije ne opredeljujeta pojma storitev splošnega gospodarskega pomena, čeprav se številni pravni akti sklicujejo nanj.³⁰ Naše popotovanje s ciljem iskanja ustreznega pomena se tako lahko začne s preučevanjem sodb Sodišča EU in s številnimi navezujočimi pravnimi instrumenti, ki jih je sprejela Evropska komisija. Razumevanje Komisije glede pojma storitve splošnega gospodarskega pomena lahko preslikamo iz številnih sporočil o storitvah splošnega pomena med leti 1996 in 2007 ter njenih smernic za storitve splošnega gospodarskega pomena (doslej 2010 in 2013).³¹ Pomembno spremembo pa je prinesla tudi Direktiva 2014/23/EU o podeljevanju koncesijskih pogodb,³² saj do leta 2014 na ravni Evropske unije žal ni bilo jasnih pravil, ki bi urejala področja dejavnosti splošnega pomena. Direktiva ureja tri področja, in sicer koncesijo gradenj, koncesijo na področjih iz njene Priloge II³³ ter koncesijo na področju storitev oziroma dejavnosti splošnega pomena gospodarskega značaja, kar je pravzaprav področje gospodarskih javnih služb. Področje, ki je predmet raziskovanja, so novi pravni instituti, ki jih je uvedla Direktiva 2014/23/EU, ki je bil delno implementiran v naš pravni red z Zakonom o nekaterih koncesijskih pogodbah (ZKNP),³⁴ ki pa ni neposredno posegel v sistemsko ureditev gospodarskih javnih služb. Poleg tega so ostali v veljavi še nekateri stari pravni instituti gospodarskih javnih služb, tako da je bilo treba raziskati povezanost

²⁸ Sekundarno pravo Unije tvorijo uredbe, direktive, sklepi, priporočila in menja (prvi odstavek 288. člena PDEU). Pravne akte, ki tvorijo sekundarno pravo EU, sprejemajo institucije Unije, torej Evropski parlament, Svet (Evropske unije) in Evropska komisija. Naravo zakonodajnega in s tem zavezujočega akta imajo le uredbe, direktive in sklepi, priporočila in mnenja pa niso zavezujoča, čeprav spadajo v kategorijo pravnih aktov. Več o tem glej Trstenjak in Brkan, 2012, str. 175–199.

²⁹ Pravo EU pozna širok nabor instrumentov z različnimi poimenovanji in v različnih oblikah (smernice, sporočila, zelene knjige, bele knjige, kodeksi ravnanja, obvestila, priporočila, mnenja, sklepi, izjave, resolucije itd.), ki se imenujejo mehko pravo in niso pravno zavezujoči. Glej Neergaard, 2011, 37–57.

³⁰ Prim. Evropska komisija: Sporočilo Komisije Evropskemu parlamentu, Svetu, Evropskemu ekonomsko-socialnemu odboru in Odboru regij Okvir kakovosti za storitve splošnega pomena v Evropi, Bruselj, 20. decembra 2011, COM (2011) 900 konč., str. 3–4; Evropska komisija, Navodila za uporabo pravil Evropske unije o državni pomoči, javnih naročilih in notranjem trgu za storitve splošnega gospodarskega pomena, zlasti storitve splošnega pomena na področju socialne varnosti, Bruselj, 29. april 2013 SWD(2013) 53 final/2, str. 23–24.

³¹ Čeprav ne smemo pozabiti, da so Komisija in zakonodajalci EU politične institucije in da ti dokumenti niso pravno zavezujoči, je njihovo razumevanje pomembno.

³² Direktiva 2014/23/EU Evropskega parlamenta in Sveta z dne 26. februarja 2014 o podeljevanju koncesijskih pogodb, Uradni list EU, št. L 94, 28. marec 2014, str. 1–64.

³³ Področje oskrbe s plinom, oskrbe s toplotno energijo, električno energijo itd.

³⁴ Uradni list RS, št. 9/19 in 121/21 – ZJN-3B.

in soodvisnost med starimi in novimi instituti. Namen tega prispevka je torej predstaviti in obravnavati odprta vprašanja ter podati tudi ustrezne predloge za sistemsko ureditev.

2. Zgodovinski izvor in prvi zametki javnih služb

Da lahko razumemo sedanost in se pravilno usmerimo v prihodnost, je treba razumeti tudi preteklost. Za celovito razumevanje in sistemsko urejanje vprašanja javnih služb je vsekakor treba osvetliti in nameniti pozornost pomembnemu zgodovinskemu vidiku. Pojem javna služba je nastal in se razvil v Franciji³⁵ konec 19. stoletja³⁶ v praksi francoskega Državnega sveta.³⁷ Vsekakor pa slednje ne pomeni, da se je razvoj javnih služb začel šele takrat, saj čez čas vse do danes zasledimo različne dejavnosti, ki jih je zaradi zagotavljanja širšega, splošnega interesa, z namenom zagotavljanja dobrin prebivalcem izvajala družbena skupnost. Javne službe so bile tako razvite že pred tem obdobjem; od tu naprej lahko govorimo o označitvi dejavnosti s to besedno zvezo. V zgodovini tako lahko najdemo več dejavnosti, ki so se izvajale zaradi zagotavljanja širšega, navadno kraljevega ali splošnega interesa, z namenom zagotavljanja določenih dobrin. Za idejnega očeta pojma bi lahko šteli Léona Duguita, vendar enotne opredelitve pojma javne službe žal še vedno ni. Duguit opredeljuje javno službo kot vsako dejavnost, ki je nujna za obstoj družbe in ki jo zagotavlja javna oblast, po potrebi tudi s prisilnimi sredstvi. Ta opredelitev zajema celotno delovanje države in vse njene državne institucije, poleg tega pa tudi vse druge organizacije, ki so pri izvajanju te dejavnosti nanjo bolj ali manj vezane. Zanj je država kooperacija javnih služb, ki jih organizira in nadzira vlada. Vsak zastoj pri opravljanju teh dejavnosti lahko po mnenju Duguita pripelje do nereda in zastoja v družbi. Tako široko postavljena opredelitev javne službe ne daje pravega odgovora na vprašanje o pojmu javne službe. Poleg tega ne daje pravega odgovora niti na vprašanje pojmovne opredelitve države, ker jo preveč preprosto opredeljuje kot organizacijski mehanizem za izvajanje javnih služb oziroma dejavnosti v javnem interesu.³⁸ Ne zaplete se samo pri opredelitvi pojma,

³⁵ Francija se šteje za zibelko upravnega prava in doktrine javnih služb.

³⁶ Teorija navaja, da so se prve javne službe v sodobnem smislu pojavile v poznem 17. in v začetku 18. stoletja, kar sovpada z nastankom francoskega upravnega prava. Toda resničen nastanek javnih služb v sodobnem smislu in ureditev njihovega pravnega režima se veže na konec 19. in začetek 20. stoletja. Nicolay, 1976, str. 3 in 17, navedeno v Borković, 1993, str. 5.

³⁷ Fr. *Conseil d'Etat*. Treba je poudariti, da se francoski Državni svet zmotno šteje za začetnika pojma. Prvotno se je pojem pojavil v znameniti odločitvi Sodišča za spore (fr. *Tribunal des Conflits*), ki je odločalo o razmejitvi pristojnosti med upravnimi in rednimi sodišči v zadevi Blanco iz leta 1873. V tej zadevi je prišlo do poškodbe deklice Agnes Blanco, ki jo je poškodoval železniški voziček na območju državne tovarne tobaka. Dekličin oče je na podlagi civilnega zakonika sprožil sodni postopek. Sodišče za spore pa je odločilo, da spada ta spor v pristojnost upravnega sodišča, ki je tudi določilo odškodnino za njene poškodbe. Glej: Tribunal des conflits, 8 février 1873, Blanco.

³⁸ Trpin, 2013, str. 46.

ampak že pri jezikovnem pomenu izraza, neenotno uporabljenem izrazju in različnem razvoju instituta.³⁹ Pojem javna služba se tako v teoriji kakor tudi v pozitivnem pravu uporablja in razlaga zelo neenotno, in sicer enkrat bolj drugič manj široko. Teoretiki,⁴⁰ ki so preučevali in opredeljevali ta pojem, so k temu pristopali s formalnega ali z materialnega vidika. V skladu s tem sta se oblikovala organizacijski in funkcionalni pojem javne službe. Za prvega je izhodišče služba – organizacija, za drugega pa dejavnost.⁴¹

Sicer pa je koncept javne službe star že stoletja, lahko bi rekli celo tisočletja, saj čez čas zasledimo različne dejavnosti, ki jih je zaradi zagotavljanja širšega družbenega, splošnega interesa, z namenom zagotavljanja dobrin prebivalcem izvajala družbena skupnost. Varovanje pred poplavami je zahtevalo gradnjo nasipov, predvsem na območju rodovitnega polmeseca.⁴² Prav tako so na primer že Kitajci v antiki upravljali namakalne sisteme, kanale in vodne naprave. Inki so gradili ceste in tako zagotavljali dobavo različnih dobrin, in sicer v tistem času je bila zelo pomembna dobava vode. Pri tem je mogoče šteti transport kot eno najstarejših javnih služb, in sicer v najširšem pomenu te besede. Rimska država je bila z vidika javnih služb osredinjena na zagotavljanje osnovnih življenjskih potrebščin, kot je oskrba s pitno vodo in žitom, prav tako pa so upravljali gledališča in penzije.⁴³

V zvezi s tem je Karl A. Wittfogel preučeval prve visoke kulture in okoliščine, ki so zahtevale vzpostavitev tako imenovane »hidravlične družbe« oziroma »irigacijske-namakalne družbe«.⁴⁴ Glavna teza, ki se je razvila, je, da geografski položaj in potrebne naloge glede regulacije vode ustvarjajo potrebo po oblikovanju absolutističnih in totalitarnih organizacij. Celotna organizacija je usmerjena k močnemu centraliziranemu nadzoru in izrabljanju človeških in drugih virov. Organizacija teh nalog pa zahteva koncentracijo in centralizacijo oblasti, kar bi lahko imenovali orientalske despotije. Wittfogel je preučeval območje orientalskih civilizacij, ki so se razvile na območju rodovitnega polmeseca. Wittfogel osvetljuje zgodovinski izvor velikih birokratskih organizacij v teh zgodnjih civilizacijah rečnih dolin s številnimi skupnimi značilnostmi, ki se niso razvile le v Aziji

³⁹ Ferk in Ferk, 2008, str. 32.

⁴⁰ Krbek, 1932, str. 13.

⁴¹ Rakočević in Bekeš, 1994, str. 135.

⁴² Rodovitni polmesec je torej območje Bližnjega vzhoda, ki se začne v Perzijskem zalivu ter poteka skozi Mezopotamijo ob rekah Evfratu in Tigrisu (današnji Irak), se nadaljuje čez današnjo Sirijo do južne Turčije, kjer se obrne proti jugu in ob vzhodni obali Sredozemskega morja poteka preko današnje severozahodne Sirije, Libanona ter vzdolž reke Jordan preko današnje Jordanije, palestinskega Zahodnega brega in Izraela vse do Egipta. Ta območja imajo vse leto dovolj sonca prav tako pa so velike reke naplavljalne mnogo blata, ki se je spreminjalo v rodovitno prst. Ker pa je primanjkovalo padavin, je kmalu prišlo do procesa, ki se imenuje namakalno poljedelstvo oziroma irigacija. Joshua, 2018.

⁴³ Brezovnik, Trpin in Pličanič, 2019, str. 272.

⁴⁴ Vprašanja namakanja in posledično moči so imela pomembno vlogo pri razvoju materialne podzati medkulturne teorije, in sicer vse, odkar sta Marx in Engels prvič ugotovila, da so se azijske ekonomije, ki temeljijo na namakanju, razvile drugače kot fevdalne in kapitalistične zahodne ekonomije.

in na Blížnjem vzhodu, temveč tudi drugje v podobnih okoliščinah, na primer v civilizacijah Inkov ter Majev v Južni in Srednji Ameriki. Prav tako je treba razumeti, da se je Wittfogel zelo podrobno lotil raziskovanja številnih vidikov take družbe, in sicer vključno z naravnim okoljem, gospodarstvom, državno ureditvijo, njenim despotskim sistemom moči, vzorci lastnine in razredno strukturo. Tako je na razumljiv način podal prikaz družbene, politične in gospodarske zgodovine azijskih družb ter njihov izjemen pomen za razvoj začetnih oblik upravljanja in posledično tudi prvih zametkov javnih služb.⁴⁵ Ti veliki birokratski sistemi in prve civilizacije na območju rodovitnega polmeseca, ki so se razvili ob velikih rekah, pa svojih značilnosti niso razvili le v Aziji in na Blížnjem vzhodu, ampak tudi drugje. V mislih imamo predvsem Inkovsko civilizacijo v Južni Ameriki, prav tako jim lahko priključimo tudi Maje. Majevska civilizacija namreč ni bila organizirana v obliki centraliziranega imperija, ampak jo lahko primerjamo z grškimi polisi, saj so tudi Maji ustanavljali različne mestne države, ki so med seboj tekmovali, trgovale in izboljševale druga drugo. Znotraj njihove »hidravlične družbe« so razvili izjemne organizacijske sposobnosti, kar je bilo vidno tudi pri njihovem opravljanju javnih del. Te ameriške antične civilizacije pa niso bistveno vplivale na Zahodnoevropsko civilizacijo, saj je bil zanjo pomembnejši vpliv civilizacij rodovitnega polmeseca, Egipta in sredozemskih mestnih držav, ki so pozneje konvergirale v rimskem imperiju.⁴⁶

Pomemben prispevek k prvim upravnim sistemom so dali tudi tako imenovani »centralizirani zgodovinski birokratski imperiji«.⁴⁷ Tako jih je poimenoval Shmuel N. Eisenstadt, kjer je povezoval klasične politične režime s sodobnejšimi, ki se srečujejo in imajo enake težave kot tisti sistemi pred njimi. Problem odnosov med verskimi in političnimi organizacijami ter sistemi je že dolgo prisoten na širokem področju komparativnih zgodovinskih študij in v sociologiji religije. Znotraj zgoraj imenovanih »centraliziranih birokratskih imperijev« pa so ob tradicionalnih političnih institucijah obstajale tudi organizacije, ki so bile bolj raznolike ter avtonomne, čeprav so bile prav vse združene okoli enake politične aktivnosti. Poleg teh institucij so bili tudi posebni in ločeni organi namenjeni zgolj izpolnjevanju različnih upravnih in državnih funkcij ter nalog.⁴⁸ Vsi ti organi so bili utemeljeni na kadrovanju, ki je zajemalo merila, ki so se nanašala na veščine, bogastvo, dosežke in politično zvestobo, ne pa na kakršnokoli sorodstvo oziroma bivanje na točno določenem lokalnem ozemlju. Prav tako je notranja oziroma interna organizacijska avtonomija vodila do centralizacije in specializacije nalog, ki so bile vodene hierarhično ter do abstraktnih pravil za reguliranje dela. Vsi zgoraj opisani sistemi so tako pripeljali do postopne profesionalizacije upravnega aparata, ki je za svoje delo začel

⁴⁵ Več v Wittfogel, 1957.

⁴⁶ Heady, 2001, str. 156 in nasl.

⁴⁷ Primeri, ki jih je ponudil Eisenstadt in so v celoti zadostili zgoraj opisanim značilnostim, so staroegipčanski, kitajski, hindujski in perzijski imperij.

⁴⁸ Eisenstadt, 1963, str. 21.

prejemati tudi plačilo.⁴⁹ Treba je poudariti, da pride do poudarjene ideologije služenja državi in opravljanja službe zanjo in ne za osebno služenje vladarju, ki sicer še vedno predstavlja državo. Kot smo že omenili, so večino teh splošnih političnih ciljev verske skupine in organizacije uresničevale v vsakem razmeroma diferenciranem političnem sistemu, v katerem so delovale – bodisi v patrimonialni, fevdalni mestni državi ali centraliziranem imperiju.⁵⁰ Eisenstadt je ugotovil, da pogoji, ki omogočijo vzpon in razširitev birokratske institucionalizacije, niso vedno združljivi s tistimi, ki povzročijo uzurpacijo politične kontrole in premik k omogočanju storitvenih ciljev.⁵¹

V srednjeveški Evropi so države na primer skrbele za obrambo, javni red in pravosodje, ceste, mostove, pristanišča in svetilnike, izsuševanje in namakanje kmetijskih zemljišč, zagotavljanje socialnega skrbstva, zdravstva, šolstva itd. V 18. in 19. stoletju zasledimo razvoj novih dejavnosti, za katere so skrbele države, kot so bile na primer upravljanje kanalov, železnice, plinovodi, vodovodi in električno omrežje, ki so se sicer sprva izvajale v zasebni, pozneje pa v javni sferi. V 18. stoletju sta se gradnja infrastrukture in izvajanje dejavnosti v splošnem interesu pretežno zagotavljala s podeljevanjem koncesij⁵² zasebnim podjetjem, s čimer so se sicer ustvarili prvi monopoli, ki pa so jih države zaradi čedalje večje korupcije in nenadzorovanega izkoriščanja kmalu odpravile, dejavnosti pa prenesle v izvajanje javnim oblastem. V stoletju, ki je sledilo, so države star in neučinkovit zasebni sistem izvajanja dejavnosti v splošnem interesu skoraj v celoti nadomestile z novim, javnopravnim sistemom. K temu je pripomoglo ustanavljanje ožjih – samoupravnih lokalnih skupnosti z demokratično izvoljenimi predstavniki, ki so prevzele infrastrukturo ter izvajanje dejavnosti v splošnem interesu v lastno režijo ter tako vzpostavile lasten javnopravni sistem z učinkovitim nadzorom nad izvajanjem dejavnosti.⁵³ Od konca 19. stoletja je razvoj javnih služb potekal vzporedno z razvojem meščanske države in bil tudi predmet zakonodaje. V zgodnji fazi pravne ureditve je zakonodaja urejala predvsem način upravljanja in lastništvo nad javnimi službami. Zakonodaja je torej celo stoletje temeljila na drugih vrstah javnega delovanja, tako glede pravnih orodij kot tudi temeljnih predpostavk in vsebinskih vrednot. V tem obdobju je bilo izvajanje dejavnosti javnih služb prepuščeno zlasti osebam javnega prava, osebe zasebnega prava pa so izvajale dejavnosti javnih služb pod nadzorom javnih oblasti na podlagi posameznih upravnih aktov, kot so koncesije in odredbe.⁵⁴

⁴⁹ Heady, 2001, str. 156 in nasl.

⁵⁰ Eisenstadt, 1962, str. 282.

⁵¹ Eisenstadt, 1963, str. 299.

⁵² Beseda koncesija izhaja iz latinske besede *concessio, onis* f. nom (*concendo*), kar pomeni dopuščanje, odpuščanje kazni na splošno. Ta izraz je ostal koren za izraz koncesija v številnih jezikih (na primer francosko *concession*, nemško *Konzession*, angleško *concession* itd.) Glej Borkovič, 1993, str. 4.

⁵³ Wickwar, 1938, str. 66, navedeno v Brezovnik, Trpin in Pličanič, 2019, str. 272.

⁵⁴ Della Cananea, 2002, str. 73–74.

2.1. Nacionalne tradicije javne službe in pravo EU

Izraz splošni interes se pogosto enači z javnim interesom in njegovimi inačicami v državah članicah Evropske unije (niz. *algemeen belang*, fr. *d'intérêt public* itd.).⁵⁵ V nemški doktrini se pojem splošnega interesa pogosto povezuje z izrazom *Daseinsvorsorge*,⁵⁶ ki ga je skoval Forsthoff,⁵⁷ v Franciji pa se pogosto enači s konceptom javne službe *service public*. Naslikal je podobo sveta, ki ga je opustošila prva svetovna vojna in v katerem so propadle vse družbene in politične institucije. V taki konstelaciji sta morala uprava in njeno pravo prevzeti nalogo zagotavljanja osnovnih funkcij političnega reda, in sicer prek javnih služb.⁵⁸ Ta koncepta sta pozneje postala podlaga za sprejetje koncepta storitev splošnega gospodarskega pomena, ki je skupen vsem državam članicam Evropske unije in ga bomo obravnavali v nadaljevanju prispevka. Pravni in politični konflikti v zvezi z organizacijo, financiranjem in zagotavljanjem zgoraj navedenega koncepta so tako intenzivni, da povzročajo zmedo. To velja še toliko bolj, ker je dosežen konsenz, da so kšitve prava EU upravičene, če je to potrebno za zagotovitev izpolnjevanja nalog v javnem interesu. Ključ za razumevanje izzivov so tako različna pojmovanja koncepta javnih služb, ki so se v zadnjem stoletju razvila na evropskem kontinentu, in sicer kot odziv na praktični pomen razvoja infrastrukture, ki ga je usmerjala država.⁵⁹

Na evropskem kontinentu je gotovo k miselni tvorbi pojma javne službe največ pripomogla francoska pravna teorija, ki je svoje postulate gradila na pojmu javne službe. Precejšnja razlikovanja med državami članicami EU so vplivala tudi na razvoj in raznoliko ureditev v Evropski uniji. V francoskem pravnem prostoru so različni avtorji⁶⁰ iskali merila, ki bi bila razmeroma natančna in bi dovoljevala klasifikacijo določenih pravil v materiji javnega napredka.⁶¹ Ključen je bil razlikovalni element za razmejitve pristoj-

⁵⁵ Malaret Garcia, 1998, str. 57.

⁵⁶ Nemški koncept izvira iz 19. stoletja, ko so bile lokalne oblasti dolžne zagotavljati številne storitve. Značilno je, da naj bi bilo izvajanje storitev v skupnem interesu lokalne skupnosti. Izraz *Daseinsvorsorge* dobesedno pomeni določbe, ki se nanašajo na obstoj, kar pomeni, da mu je pripisal pomen. Vključuje zlasti določbe v zvezi z različnimi storitvami, katerih cilj je bil zagotoviti obstoj določene skupnosti. Podrobneje Wollmann, 2011, str. 891.

⁵⁷ Ernst Forsthoff je leta 1938 napisal temeljno delo s področja javnih služb v nemškem pravnem prostoru, *Die Verwaltung als Leistungsträger*, ki pa se ni odločil, da bi pojem *service public* prevedel. Nasprotno je uporabil pojem *die Daseinsvorsorge*, s katerim je opredelil tiste dejavnosti, ki se izvajajo za zadovoljevanje osnovnih potreb oziroma skrbi za obstoj.

⁵⁸ Meinel, 2007, str. 788.

⁵⁹ Schweitzer, 2011, str. 13.

⁶⁰ Maurice Hauriou, ki je bil prvi predstavnik (preden je spremenil svoj pogled in doktrino) šole javne službe (fr. *l'école du service public*), znane kot bordojska šola (fr. *l'école de Bordeaux*), katere pripadniki so bili tudi Léon Duguit, Gaston Jèze, Roger Bonnard, André de Laubadère. Pečarič in Bugarič, 2011, str. 20.

⁶¹ Pečarič, 2019, str. 51.

nosti med sodnim nadzorom s strani civilnih sodišč in upravnim s strani francoskega Državnega sveta, kar smo že poudarili. Francija je vsekakor bila in je vodilna sila na področju razvoja javnih služb, druge države na evropskem kontinentu ji sledijo, v anglosaških državah pa je šel razvoj v drugo smer.⁶² Dileme in terminološka razhajanja pri prevodu pojma v jezike drugih držav so velike, največ preglavic pri poimenovanju pa imajo v Nemčiji, ki je prva sledila francoski doktrini in razvoju.⁶³ Pojem javne službe zasledimo tudi v anglosaški upravnopravni teoriji⁶⁴ in praksi. V državah s tradicijo *common law*⁶⁵ pojma javne službe ne razumejo kot pravnega, temveč bolj kot pretežno politični pojem. Vsekakor lahko trdimo, da je v teh državah opazna ideja o dejavnostih, ki jih neposredno ali posredno izvajajo javne oblasti v splošnem interesu, vendar pa so te dejavnosti in razumevanje pojma zelo pragmatični. V pravni ureditvi Velike Britanije ali Irske tako ne zasledimo enotne opredelitve pojma javne službe, pa vendar lahko zasledimo več predpisov, ki vzpostavljajo in urejajo javne službe.⁶⁶ Institut javne službe se je iz francoskega prava širil v nemško pravno teorijo, vendar kljub teoretičnim opredelitvam v nemški pravni ureditvi vse do danes ne zasledimo enotnega pojma javne službe.⁶⁷ Nemški pravni teoriji pa je sledila tudi avstrijska normativnopravna šola,⁶⁸ ki si je pojem javne službe razlagala najširše.⁶⁹ Osnovna zamisel te šole je identičnost prava in države, iz česar izhaja tudi pojmovanje javnih služb. Izhajajoč iz slednjega, je vsak izvrševalec prava javni organ in vsaka služba javnega organa javna služba.⁷⁰

Kratka primerjava intelektualnih korenin francoskega in nemškega koncepta je pokazala pomembne razlike, vendar pa če koncepta obravnavamo z vidika prava EU, se pokažejo opazne skupne značilnosti, saj storitve splošnega gospodarskega pomena obravnavata z vidika države. Ne glede na to, ali gre za legitimacijsko funkcijo javnih storitev ali za stališče, da je država po svoji naravi odgovorna za zagotavljanje vseh bistvenih storitev, je temeljna ideja naravni antagonizem med javnim interesom in tržnim režimom. V nasprotju z idejo procesa decentraliziranega usklajevanja zasebnih interesov, ki naj bi v okviru pravil deloval v korist vseh. Gre za idejo, ki je zajeta v znani prisposobi Adama

⁶² Več v Prosser, 2005.

⁶³ Ferik in Ferik, 2008, str. 27 in nasl.

⁶⁴ Velika Britanija velja za zibelko demokracije in tudi za zibelko industrijske revolucije, kjer so se posledično ustvarili ustrezni pogoji (izjemen razmah proizvodnje) za razvoj javnih služb.

⁶⁵ Parpworth, 2016, str. 250 in nasl.

⁶⁶ Brezovnik, Trpin in Pličanič, 2019, str. 274.

⁶⁷ Pojem javna služba v nemški pravni ureditvi namreč ni enoten. Izraz *öffentliche Anstalt* (javna ustanova) ima zlasti organizacijski vidik in obsega javne ustanove, torej organizacije, ki opravljajo javne službe, izraz *öffentliche Dienst* (javna služba) pa se uporablja v smislu posebnega pravnega odnosa med javnopravnimi subjekti. Borković, 1993, str. 6.

⁶⁸ Njen utemeljitelj je znameniti Hans Kelsen.

⁶⁹ Krbek, 1932, str. 12.

⁷⁰ Rakočević in Bekeš, 1994, str. 137.

Smitha o nevidni roki trga in kliče po predpostavki, da je za uresničevanje javnega interesa potrebna racionalnost načrtovanja in vodilna institucija za uresničevanje teh načrtov. Nasprotno pa je trg veljal za anarhični proces, ki proizvaja arbitrarne rezultate. Kadar je zagotavljanje blaga ali storitev v močnem javnem interesu, država običajno izključi konkurenco. V kontinentalni evropski tradiciji je odločitev države, da neko storitev obravnava kot javno storitev, tako upravičevala kakršnokoli državno posredovanje. Državna razmejitev področja trga in področja države ni bila podvržena pravnemu nadzoru. Koncepta *service public* in *Daseinsvorsorge* sta državo opolnomočila, nista pa je omejevala.⁷¹

Njihovo zagotavljanje pogosto zahteva koncesije, ki so v nasprotju z načelom nezakrivljene konkurence in prostega trga. Tako pravo EU in njegov ustavni okvir pretežno zaznamuje in oblikuje potreba po usklajevanju potencialno nasprotujočih si interesov, in sicer na vsaj dveh ravneh. Prvič, interesi EU in interesi različnih držav članic se ne ujemajo nujno in jih je zato treba uravnotežiti. Drugič, na bolj vsebinski ravni je treba pravila za zagotavljanje delovanja notranjega trga, zlasti pravila o konkurenci, prilagoditi, tako da bodo ustrezala javnim službam. Z drugimi besedami, interese trga in blaginje je treba uravnotežiti.⁷²

2.2. Izhodiščna ureditev javnih služb v Sloveniji

Stara jugoslovanska pravna ureditev je poznala pojem javne službe vse do začetka šestdesetih let prejšnjega stoletja, ko se je začela spreminjati tedanja ustavna ureditev. Te spremembe so se končale s sprejetjem nove Ustave Socialistične federativne republike Jugoslavije (SFRJ)⁷³ leta 1974, s katero je bil dokončno uveden sistem socialističnega samoupravljanja, ki je temeljil na družbeni lastnini kot temeljnem družbenoekonomskem razmerju in na sistemu samoupravnega odločanja kot temeljnem procesu družbenega upravljanja. V tem okviru je tedanja ureditev popolnoma opustila pojem javne službe in ga nadomestila s pojmom svobodne menjave dela in pojmom dejavnosti posebnega družbenega pomena. Svobodna menjava dela je uvedena kot upravljavski mehanizem za izvajanje dejavnosti, ki so se do tedaj izvajale kot javne službe. Institucionalno podlago tega mehanizma so tvorile samoupravne interesne skupnosti, ki so imele v svojih skupščinah kot najvišjih organih upravljanja dvodomni sistem odločanja.⁷⁴ Podjetja so upravljali delavci prek delavskih svetov kot najvišjih organov upravljanja, upravljanje teh organizacij pa je bilo tripartitno. Svet kot najvišji organ upravljanja teh organizacij so sestavljali predstavniki zaposlenih v tej organizaciji, predstavniki uporabnikov njenih storitev in

⁷¹ Schweitzer, 2011, str. 15–16.

⁷² Glej tudi Melcher, 2019, str. 2.

⁷³ Uradni list SFRJ, št. 9/74.

⁷⁴ V prvem domu so odločali predstavniki izvajalcev teh dejavnosti, v drugem pa njihovi uporabniki, pri čemer je morala biti vsaka odločitev v enakem besedilu sprejeta v obeh domovih.

predstavniki družbene skupnosti, pri čemer je morala biti vsaka odločitev sprejeta v enakem besedilu z večino glasov predstavnikov vsake interesne skupine posebej. To pomeni, da je imela vsaka interesna skupina nasproti drugi pravico veta, kar naj bi onemogočilo prevlado interesov posamezne skupine v razmerju do drugih.⁷⁵ Tako zapleten način upravljanja teh dejavnosti je lahko deloval samo v okviru velike koncentracije družbene moči v rokah tedanje politične strukture, ki je prek svojih mehanizmov zagotavljala razmeroma nekonfliktno sprejemanje potrebnih odločitev.⁷⁶

Prehod v novo pravno ureditev javnih služb je prvi omogočil Zakon o zavodih (ZZ),⁷⁷ ki je bil uveljavljen 30. marca 1991. Ta zakon je bil sprejet pred sprejetjem temeljnih ustavnopravnih aktov.⁷⁸ S tem spada v okvir zakonodaje, ki je predhodno oblikovala ustrezne organizacijske strukture za vzpostavitev nove države. Odpravil je sistem svobodne menjave dela in organizacij združenega dela posebnega družbenega pomena samo na področjih tedanjih družbenih dejavnosti, kar bi ustrezalo današnjemu pojmu negospodarskih javnih služb. Dejavnosti posebnega družbenega pomena na področju gospodarske infrastrukture, kar bi ustrezalo današnjemu pojmu gospodarske javne službe,⁷⁹ se je dotaknil le posredno in je njihovo podrobnejšo ureditev prepustil poznejšemu urejanju.⁸⁰

Veljavni Zakon o gospodarskih javnih službah (ZGJS)⁸¹ je bil sprejet kot tranzicijski zakon, ki je ukinil sistem svobodne menjave dela na področju dejavnosti posebnega družbenega pomena materialne infrastrukture in uvedel novo pravno kategorijo na tem področju, to je gospodarske javne službe. Glede na to je tranzicijska tudi celotna njegova struktura, saj je besedilo njegovih prehodnih določb, ki urejajo preoblikovanje celotnega tega področja, pravzaprav obsežnejše kot ves preostali del njegovega normativnega besedila. To je razumljivo, saj je moral ob ukinitvi samoupravnih interesnih skupnosti oblikovati nov upravljavski in izvajalski sistem, poleg tega pa tudi podati pravne podlage za izvedbo lastninjenja na tem področju.

Kljub tej svoji tranzicijski naravnosti je ZGJS sistemsko in tudi dokaj dobro uredil celotno področje gospodarskih javnih služb, kar se je potrdilo tudi v praksi vsaj na področju prehoda na novo ureditev, saj preoblikovanje celotnega zelo pomembnega področja ni povzročilo prevelikih težav. Nova normativna ureditev tega področja pa je bila vendarle

⁷⁵ Podrobneje o pojmu interesnih skupnosti v Bučar, 1969, str. 127–155.

⁷⁶ Trpin, 2011, str. 98–99.

⁷⁷ Uradni list RS, št. 12/91.

⁷⁸ Ustava Republike Slovenije (URS), Uradni list RS, št. 33/91-I; Temeljna ustavna listina o samostojnosti in neodvisnosti Republike Slovenije, Uradni list RS, št. 1/91-I.

⁷⁹ V tem prispevku se osredinjamo na gospodarske javne službe oziroma storitve splošnega gospodarskega pomena.

⁸⁰ Zakon o zavodih je v prehodnih določbah, in sicer prvem odstavku 64. člena, dejansko omogočil enkratni in sočasni prehod iz starega v novi pravni režim, pri čemer je njegovo podrobnejšo ureditev in vsebino prepustil področni zakonodaji. Glej tudi Trpin, 2011, str. 100.

⁸¹ Uradni list RS, št. 32/93.

deloma pomanjkljiva, kar je razumljivo, saj ob uvajanju povsem novih kategorij v našo pravno ureditev zakonodajalec ni imel prav veliko izkušenj. To še zlasti velja za postopek oddaje koncesije gospodarske javne službe ter za pravno organizacijsko obliko javnega podjetja kot dveh temeljnih kategorij za izvajanje teh služb. Pri vseh teh svojih pomanjkljivosti pa je bil ZGJS zelo stabilen zakon, saj je bil v skoraj tridesetletnem trajanju komaj kaj spremenjen, pa še to ne sam, ampak so ga spreminjali drugi pozneje sprejeti zakoni. Prvo tako spremembo je prinesel Zakon o zaključku lastninjena in privatizaciji pravnih oseb v lasti Slovenske razvojne družbe (ZZLPPO),⁸² ki je razveljavil njegovo tretjo alinejo 78. člena, vendar s tem ni posegel v novo ureditev gospodarskih javnih služb. Drugo, precej pomembnejšo spremembo je prinesel Zakon o javno zasebnem partnerstvu (ZJZP),⁸³ ki je odpravil vlaganje javnega kapitala v pravne osebe zasebnega prava kot eno od oblik izvajanja gospodarske javne službe in jo nadomestil s celotnim sistemom kapitalskega vlaganja v okviru novega instituta javno zasebnega partnerstva. Še pomembnejše pa so dopolnitve, ki jih je ZJZP uvedel na tem področju, pri čemer ni v ničemer posegal v samo ureditev ZGJS. Tako imamo na precejšnjem delu ureditve gospodarskih javnih služb dva zakona, ki se dopolnjujeta in se hkrati tudi oba uporabljata. Gospodarske javne službe se vedno bolj izvajajo v konkurenčnih razmerah, pri čemer pa pri njih ni mogoče zagotoviti konkurence na enak način kot pri običajnih tržnih dobrinah ali storitvah, ker so njihove dobrine ali storitve praviloma monopolne. Zato se konkurenca na tem področju zagotavlja predvsem v konkurenčnih postopkih pridobivanja posebnih ali izključnih pravic, čemur sledi tudi nova pravna ureditev na tem področju.⁸⁴

3. Obveznosti javne službe

Bistvena prvina opredelitve javne službe v pravu EU so torej posebne obveznosti, ki jih imajo ti izvajalci in ki so jim naložene pri izvajanju posamezne dejavnosti. V pravu EU ni nobene vnaprejšnje opredelitve javne službe, temveč pod pravni režim, ki zadeva gospodarske javne službe po pravu EU, pade vsaka gospodarska dejavnost, pri kateri je mogoče najti z oblastnimi akti določene posebne obveznosti v javnem interesu.⁸⁵ Koncept posebnih obveznosti je v praksi in teoriji obravnavan manj (dosledno), kot bi lahko pričakovali. Razloge lahko iščemo tudi v tem, da ga nekateri enačijo s storitvami splošnega gospodarskega pomena, pri čemer ga razlagajo bodisi kot nalogo, ki omogoča konkreten rezultat, bodisi kot (javno) službo, katere bistvo je sistem posebnih nalog oziroma obveznosti v javnem interesu. Dejstvo pa je tudi, da pregled prakse Sodišča EU

⁸² Uradni list RS, št. 30/98.

⁸³ Uradni list RS, št. 127/06.

⁸⁴ Trpin, 2011, str. 115.

⁸⁵ Pirnat, 2007, str. 66.

pokaže, da to v večini primerov ni poudarilo razlike med konceptoma storitev splošnega gospodarskega pomena in posebnih obveznosti.⁸⁶

Te obveznosti pa morajo biti naložene v skladu z načeli in pravili prava EU, in sicer z ustreznim aktom nacionalne zakonodaje. Pri tem je treba upoštevati zlasti naslednja načela:

- načelo zanesljivosti prava: obveznosti javne službe morajo biti določene jasno in določno. Pri tem morajo biti povezane s storitvami javne službe, na katero se nanašajo;
- načelo prepovedi diskriminacije: čeprav je v pravu EU ta prepoved razmeroma široka, je po naravi stvari glede obveznosti javne službe uporabna prepoved diskriminacije na podlagi nacionalnosti. Obveznosti javne službe morajo biti določene enako za vse izvajalce javne službe, ne glede na njihov sedež v državah članicah EU;
- načelo transparentnosti: obveznosti javne službe morajo biti določene v objavljenem aktu in pregledno;
- načelo sorazmernosti: gre za razmerja med obveznostmi javne službe in javnim interesom, zaradi katerega so naložene; obveznosti javne službe morajo biti določene, tako da objektivno prispevajo k javnemu interesu, zaradi katerega so vzpostavljene, da pomenijo najblažje breme izvajalcev in da so po svojih posledicah primerljive s pomenom javnega interesa.⁸⁷

Ob tem pa je mogoče v panožnih predpisih, zlasti v smernicah, najti številne določbe, ki bodisi neposredno nalagajo državam članicam, da določijo nekatere obveznosti javne službe, ali pa jim to vsaj dovoljujejo.⁸⁸ Komisija je že v Zeleni knjigi iz leta 2003 navedla, da si prizadeva za razvoj enotnega koncepta storitev splošnega gospodarskega pomena na ravni EU. Koncept se lahko nanaša na velike sisteme oziroma področja, kot so na primer promet, poštna storitve, energetika, komunikacije, lahko pa se razprostira tudi na katerokoli drugo tržno dejavnost, ki je uvrščena pod poseben režim obveznosti javnih storitev glede na merilo javnega interesa.⁸⁹

V teh predpisih zasledimo skupen nabor obveznosti javne službe v pravu EU, in sicer gre za naslednje obveznosti:⁹⁰

- univerzalne storitve: pod tem pojmom razumemo posebno obveznost izvajalcev javne službe, da zagotovijo določene storitve vsem uporabnikom na nekem ozemlju, ne glede na njihovo lokacijo in po sprejemljivi ceni;
- trajnost zagotavljanja javnih dobrin: obveznost trajnega, to je nepretrganega izvajanja dejavnosti javne službe in zagotavljanja javnih dobrin;

⁸⁶ Ferčič, 2010, str. 563.

⁸⁷ Pirnat, 2007, str. 66 in nasl.

⁸⁸ Tako tudi Brezovnik, Trpin in Pličanič, 2019, str. 285–289.

⁸⁹ Green paper on services of general interest, COM(2003) 270 final, Bruselj, 21. maj 2003, str. 7, točka 17.

⁹⁰ Več o tem glej prav tam, str. 16–18.

- kakovost storitev: ob zagotavljanju enakosti uporabnikov in načelu prepovedi diskriminacije je treba zagotavljati kakovost po sprejemljivih cenah;
 - dostopnost: nanaša se na ceno javne dobrine, ki se zagotavlja z izvajanjem dejavnosti javne službe, saj gre za obveznost izvajalca dejavnosti javne službe, da zagotavlja javne dobrine po ceni, ki je dostopna vsakomur;
 - varstvo uporabnikov: v razmerju med izvajalcem dejavnosti javne službe in uporabnikom javne dobrine pa je varstvo uporabnikov javnih dobrin obveznost javne službe le, kadar in kolikor presega splošna pravila o varstvu potrošnikov.
- Seveda pa je mogoče na posameznih področjih najti še dodatne obveznosti javne službe, kot so na primer varnost, zanesljivost oskrbe, pluralizem medijev itd.⁹¹

4. 106. člen (PDEU): Storitve splošnega gospodarskega pomena in drugi cilji javnega interesa

V središču razprave je vsekakor 106. člen (PDEU), predvsem njegov drugi odstavek:

»Podjetja, pooblaščenca za opravljanje storitev splošnega gospodarskega pomena, oziroma podjetja, ki imajo značaj dohodkovnega monopola, ravnajo po pravilih iz Pogodb, zlasti po pravilih o konkurenci, kolikor uporaba takšnih pravil pravno ali dejansko ne ovira izvajanja posebnih nalog, ki so jim dodeljene. Razvoj trgovine ne sme biti prizadet v takšnem obsegu, ki bi bil v nasprotju z interesi Unije.« (Poudaril A. D.).

Treba je poudariti, da je besedilo člena zapleteno in deloma tudi dvoumno, kar pomeni, da ga je težko razlagati in uporabljati. Prav tako pa je sodna praksa⁹² Sodišča EU nedosledna in ponekod celo protislovna, saj 106. člen določa razmerje med konkurenco in podjetji, ki opravljajo storitve splošnega gospodarskega pomena (gospodarske javne službe), in je eden od temeljev razmerja med pravom EU in nacionalnimi javnimi službami.⁹³

Koncept storitve splošnega gospodarskega pomena je dobil prvi sodni epilog v zadevi *Muller (Port de Mertert)*,⁹⁴ v kateri je Sodišče EU analiziralo vsebino prvega in drugega odstavka 106. člena.⁹⁵ Sodišče EU je obravnavni koncept razlagalo zelo široko in izrecno poudarilo, da podjetje, ki uživa določene privilegije za izvajanje nalog, ki so mu zaupane

⁹¹ Prav tam, str. 19 in nasl.

⁹² Sodna praksa se je razvila iz razprave, ki je bila sprva osredinjena na področje zakonitih monopolov ter izključnih in posebnih pravic v skladu s 37. in 106. členom PDEU v zadevah, kot sta C-6/64 *Costa/E.N.E.L.* z dne 15. julija 1964, ECLI:EU:C:1964:66 (*Costa*), in C-155/73 *Giuseppe Sacchi* z dne 30. aprila 1974, ECLI:EU:C:1974:40 (*Sacchi*).

⁹³ Pečarič, 2019, str. 370.

⁹⁴ C-10/71 *Ministère public luxembourgeois/Madeleine Muller in drugi* z dne 14. julija 1971, ECLI:EU:C:1971:85 (*Port de Mertert*). Na več mestih je za to zadevo mogoče zaslediti poimenovanje *Port de Mertert*.

⁹⁵ Prav tam, točki 9 in 10.

z zakonom in je v ta namen tesno povezano z javno oblastjo ter je odgovorno za zagotavljanje plovnosti najpomembnejše rečne plovne poti, lahko pomeni izjemo po drugem odstavku 106. člena.⁹⁶ Poleg tega se je Sodišče EU v primerih, ki zadevajo pristanišča, doke in vodne poti, osredinilo na vprašanje varnosti. Ugotavlja namreč, da je treba nekatere storitve zagotoviti za vse in da je zaradi javne varnosti take storitve mogoče razvrstiti kot storitve splošnega gospodarskega pomena. V takih primerih namreč tržna nepopolnost ni ključni dejavnik, ki se upošteva. Bolj pomembno je, da se nekatere storitve izvajajo dosledno po določeni ceni, tako da jih lahko uporabljajo vsi.⁹⁷

Praksa Sodišča EU glede koncepta storitve splošnega gospodarskega pomena se v teoriji pogosto deli na obdobje do pomembne zadeve *Corbeau*⁹⁸ iz leta 1993 in po njej. Ta zadeva je bila namreč znanilec novega trenda, ki naj bi se okrepil v poznejših zadevah,⁹⁹ in sicer da se državam članicam Evropske unije prizna široka pristojnost za določanje posebnih nalog v državi članici oziroma pristojnost za vsebinsko zapolnjevanje koncepta storitev splošnega gospodarskega pomena s poudarkom na posebnih nalogah oziroma obveznostih.¹⁰⁰ Splošni učinek zadeve *Corbeau* je bil preprosto obrnitev dokaznega bremena, saj je bilo do zadeve *Corbeau* izhodišče, da so bile izključne pravice *prima facie* zakonite.¹⁰¹ V nasprotju s prvim odstavkom 106. člena in 102. členom bi bile le, če bi se izkazalo, da so vodile podjetja k zlorabam ali če bi pomenile razširitev prevladujočega položaja.¹⁰² Po zadevi *Corbeau* so bile izključne pravice domnevno nezakonite, če jih ni bilo mogoče objektivno utemeljiti ali če niso bile potrebne za zagotovitev učinkovite izvedbe projekta splošnega gospodarskega pomena. To pomeni, da so bile omejitve trgovine in

⁹⁶ Prav tam, točka 11.

⁹⁷ Maziarz, 2016, str. 24.

⁹⁸ C-320/91 *Corbeau* z dne 19. maja 1993, ECLI:EU:C:1993:198 (*Corbeau*). Zadeva je bila neposredno povezana s tekočim procesom liberalizacije na področju poštних storitev in je deloma posegla tudi v telekomunikacijski sektor.

⁹⁹ C-393/92 *Commune d'Almelo in drugi proti NV Energiebedrijf Ijsselmij* z dne 27. aprila 1994, ECLI:EU:C:1994:171 (*Almelo*).

¹⁰⁰ Ferčič, 2010, str. 548.

¹⁰¹ C-155/73 *Giuseppe Sacchi* z dne 30. aprila 1974, ECLI:EU:C:1974:40 (*Sacchi*).

¹⁰² Glej C-41/90 *Klaus Höfner in Fritz Elser proti Macrotron GmbH* z dne 23. aprila 1991, ECLI:EU:C:1991:161 (*Höfner*); C-260/89 *Elliniki Radiophonia Tileorassi AE in Panellinia Omospondia Syllogon Prossopikou proti Dimotiki Etairia Pliroforissis in Sotirios Kouvelas in Nicolaos Avdellas in drugim* z dne 18. junija 1991, ECLI:EU:C:1991:254 (*ERT*); C-179/90 *Merci convenzionali porto di Genova SpA proti Siderurgica Gabrielli SpA* z dne 10. decembra 1991, ECLI:EU:C:1991:464 (*Porto di Genova*); C-18/88 *Régie des télégraphes et des téléphones proti GB-Inno-BM SA* z dne 13. decembra 1991, ECLI:EU:C:1991:474 (*RTT proti GB-Inno-BM*); C-271/90, 281/90, 289/90 *Kraljevina Španija, Kraljevina Belgija in Italijanska republika proti Komisiji Evropskih skupnosti* z dne 17. novembra 1992, ECLI:EU:C:1992:440 (*Španija in drugi proti Komisiji*).

svobodne konkurence načeloma prepovedane, razen če so obstajale zaradi obveznih zahtev splošnega interesa in so bile v skladu z načelom sorazmernosti.¹⁰³

4.1. Zadeva *Corbeau*

V zadevi *Corbeau* je podjetnik Paul Corbeau opravljal storitve zbiranja in dostave pošte v mestu Liège v Belgiji. Čeprav so bile ponujene storitve boljše od storitev državne pošte *Régie des postes*, so bile cene nekoliko nižje. Belgijska zakonodaja¹⁰⁴ je podeljevala državni pošti, ki je bila pravna oseba javnega prava, izključno pravico do pobiranja, odpošiljanja in razdeljevanja vse pošte na celotnem ozemlju Belgije, ne glede na njeno naravo, in je določila kazni za vsako kršitev te izključne pravice.¹⁰⁵ Belgijska zakonodaja je torej državni pošti naložila splošno obveznost zagotavljanja osnovnih poštnih storitev na celotnem belgijskem ozemlju, in sicer po enotni tarifi. V zameno je državna pošta *Régie des postes* dobila ekskluzivno pravico do poštnih storitev brez razlikovanja med osnovnimi poštnimi storitvami in donosnejšimi storitvami, kot so kurirske storitve. Državna pošta *Régie des postes* je zaradi kršitve zakona, ki je urejal poštno dejavnost, in s tem kršitve državnega poštnega monopola, sprožila kazenski postopek¹⁰⁶ zoper podjetnika Paula Corbeaua. V delu Belgije je podjetnik Corbeau organiziral pobiranje poštnih pošilk in zagotavljal njihovo dostavo ter razdeljevanje do poldneva naslednji dan, če je bil naslov naslovnika na območju njegovega poslovanja. Za pošiljanje pošte, ki je bila naslovljena na naslovnike zunaj tega območja pa je uporabljal storitve državne pošte *Régie des postes*. Sodišče EU je nedvomno ugotovilo, da je bilo državni pošti *Régie des postes* zaupano izvajanje storitev splošnega gospodarskega pomena, ki vsebuje zbiranje, pobiranje, odpošiljanje in razdeljevanje pošte v korist vseh uporabnikov na celotnem ozemlju države članice Belgije po enotnih tarifah in ob zagotavljanju podobnih pogojev kakovosti, ne glede na posebne okoliščine ali stopnjo ekonomske donosnosti posameznega opravila. Državni monopol je v smislu drugega odstavka 106. člena opravičljiv, saj zagotavlja uravnoteženje sektorjev, ki povzročajo izgubo s tistimi, ki dosegajo dobiček. Za tako presojo je treba izhajati iz domneve, da je obveznost imetnika take naloge, da svoje storitve zagotavlja pod pogoji gospodarske uravnoteženosti, ki predpostavljajo možnost kompenzacije med področji donosnih dejavnosti in področji, ki so manj donosna, ter tako upravičuje omejevanje konkurence posameznih podjetnikov na ravni ekonomsko donosnih področij.

¹⁰³ Buendia Sierra, 2014, str. 832.

¹⁰⁴ *Les lois du 26 décembre 1956 sur le service des postes (Moniteur du 30-31 décembre 1956, p. 8619) et du 6 juillet 1971 portant création de la Régie des postes (Moniteur du 14 août 1971, p. 9510).*

¹⁰⁵ C-320/91 *Corbeau* z dne 19. maja 1993, ECLI:EU:C:1993:198 (*Corbeau*), točka 3.

¹⁰⁶ *Tribunal correctionnel de Liège*, ki je bilo predložitveno sodišče, se je obrnilo na Sodišče EU s postavitvijo štirih vprašanj za predhodno odločanje, in sicer glede na svoje pomisleke o združljivosti belgijske ureditve s pravom EU. C-320/91 *Corbeau* z dne 19. maja 1993, ECLI:EU:C:1993:198 (*Corbeau*). Glej točko 5.

Sodišče EU pa je opozorilo, da izključitev konkurence ni upravičena glede posebnih (ločljivih) storitev, ki jih je mogoče ločiti od storitev splošnega gospodarskega pomena in ki zadovoljujejo posebne potrebe gospodarskih subjektov ter zahtevajo določene dodatne storitve, ki jih tradicionalna poštna služba ne zagotavlja, kot so na primer pobiranje pošte na naslovu pošiljatelja, večja hitrost ali zanesljivost razdeljevanja ali možnost spremembe naslova med odpošiljanjem, kolikor take storitve po svoji naravi in pod pogoji, pod katerimi so ponujene, kot so na primer geografsko področje, na katerem se zagotavljajo, ne ogrožajo gospodarske uravnoteženosti storitve splošnega gospodarskega pomena, ki jo izvaja nosilec izključnih pravic.¹⁰⁷

Iz tega lahko izluščimo, da je po mnenju Sodišča EU pri presojanju bistveno dvoje. Prvič, da se ne le za celotno poštno dejavnost, temveč za vsako storitev posebej presoja, ali je posamezna omejitev konkurence nujna za doseganje javnega interesa. Drugič, da izvajanje teh storitev ne ogrozi ekonomske stabilnosti nosilca posebnih ali izključnih pravic, ki mora skrbeti za zagotavljanje storitev v javnem interesu. V zadevi *Corbeau* je Sodišče EU prvič sprejelo argument »pobiranja smetane«¹⁰⁸ oziroma argument *écremage*¹⁰⁹ ali *cherry-picking*,¹¹⁰ po katerem je monopol nujen za zagotovitev gospodarske in finančne stabilnosti podjetja, ki zagotavlja izpolnjevanje cilja javne službe, torej skrbi za zagotavljanje storitev v javnem interesu, ki ga sicer na področju prostega pretoka blaga Sodišče EU strogo zavrača.¹¹¹ Sodišče EU je tako sprejelo načelo, da je možno ustvariti monopole v dejavnostih, ki ne pomenijo storitev splošnega gospodarskega pomena, če so ti monopoli v nekem trenutku potrebni za zagotavljanje ekonomske stabilnosti izvajanja drugih storitev, ki pa so storitve splošnega gospodarskega pomena.¹¹²

4.2. Zadeva *Almelo*

V energetskega sektorju je bila distribucija električne energije priznana kot storitev splošnega gospodarskega pomena. Sodišče EU je navedlo, da je treba energijo nemoteno dobavljati po celotnem ozemlju držav članic, poleg tega pa izpolnjevati tudi vse potrebe

¹⁰⁷ C-320/91 *Corbeau* z dne 19. maja 1993, ECLI:EU:C:1993:198 (*Corbeau*), točke 15–19. Prim. C-340/99 *TNT Traco SpA proti Poste Italiane SpA in drugim* z dne 17. maja 2001, ECLI:EU:C:2001:281 (*TNT Traco*), točka 53 in nasl.

¹⁰⁸ Buendia Sierra, 2014, str. 856 in nasl.

¹⁰⁹ Ta pristop je splošno znan pod francoskim imenom *écremage*: novonastali konkurenti odvzamejo najboljše stranke v mestnih območjih, navadno mleko pa prepustijo monopolistu.

¹¹⁰ V angleščini je ta praksa znana kot *cherry-picking*: konkurenca pobere najboljše češnje, manj okusne pa pusti monopolistu.

¹¹¹ C-72/83 *Campus Oil Limited in drugi proti ministre pour l'Industrie et l'Energie in drugi* z dne 10. julija 1984, ECLI:EU:C:1984:256 (*Campus Oil*), točki 45 in 46.

¹¹² Tako tudi Buendia Sierra, 2014, str. 858.

glede zahtevanih količin po enotnih tarifnih stopnjah in pod enakimi pogoji.¹¹³ Ena najpomembnejših sodb Sodišča EU je bila sprejeta v zadevi *Almelo*,¹¹⁴ v kateri je Sodišče EU vnovič sprejelo argument »pobiranja smetane« kot utemeljitev nekaterih omejitev konkurence, vendar drugače kot v zadevi *Corbeau* te omejitve niso bile pravnega izvora, ampak so bile posledica neodvisnega ravnanja podjetij, ki jim je bilo zaupano upravljanje javne službe. V okviru sodnega spora na Nizozemskem med občino Almelo¹¹⁵ in drugimi različnimi lokalnimi podjetji za distribucijo električne energije na eni strani ter regionalnim distribucijskim podjetjem (N. V. Energiebedrijf IJsselmij) na drugi strani so se lokalna podjetja spraševala, ali so klavzule o izključnem nakupu in prodaji iz pogodb o dobavi, ki jih je vsako od njih sklenilo z regionalnim distributerjem, združljive s konkurenčnim pravom EU. Distribucija električne energije je bila organizirana na regionalni in lokalni ravni, in sicer na območjih, ki so jim bila dodeljena, so dobavljala podjetja za regionalno distribucijo podjetjem za lokalno distribucijo, ki so bila v lasti občin, in v nekaterih primerih tudi končnim potrošnikom. Podjetja za proizvodnjo in distribucijo pa so bila v neposredni ali posredni lasti pokrajin in občin.¹¹⁶ Leta 1988 so podjetja za lokalno distribucijo pri Komisiji vložila pritožbo proti regionalnemu distribucijskemu podjetju, ki je temeljila na treh točkah, in sicer na izrecni prepovedi uvoza električne energije, na obveznosti izključne nabave, ki je izhajala iz sporazumov, in pravice podjetja, da enostransko določi cene in uvede izravnalni dodatek. V vmesnem času je bila nacionalna zakonodaja, ki je določala pravila za proizvodnjo, uvoz, transport in prodajo električne energije, spremenjena, tako da je dopuščala njen uvoz z napetostjo manjšo od 500 V.¹¹⁷ Čeprav zakonodaja, ki je takrat veljala na Nizozemskem, ni določala monopola ali kakršnekoli omejitve uvoza električne energije, je bil učinek teh klavzul tak, da so lokalnim podjetjem onemogočila neposreden uvoz električne energije iz drugih držav članic. Problematičen je bil sporazum z regionalnim distributerjem. Nacionalno sodišče je zadevo predložilo Sodišču EU v predhodno odločanje o združljivosti pogodbenih omejitev s pravili EU o konkurenci.

Sodišče EU je ugotovilo, da gre za vertikalni sporazum, ki pomeni omejitev konkurence in kršitev prvega odstavka 101. člena ter zlorabo prevladujočega položaja po 102. členu, vendar so te omejitve opravičljive po drugem odstavku 106. člena PDEU, če so nujne za izvajanje javnega interesa. Sodišče EU je potem, ko je vnovič poudarilo uporabo načela sorazmernosti, izpostavilo, da je treba to načelo razlagati z določeno mero pro-

¹¹³ C-159/94 *Komisija Evropskih skupnosti proti Francoski republiki* z dne 23. oktobra 1997, ECLI:EU:C:1997:501 (*Komisija proti Franciji*).

¹¹⁴ C-393/92 *Commune d'Almelo in drugi proti NV Energiebedrijf IJsselmij* z dne 27. aprila 1994, ECLI:EU:C:1994:171 (*Almelo*).

¹¹⁵ Gre za nizozemsko občino v bližini meje z Nemčijo, ki je izpodbijala obveznost po nizozemskem pravu, da kupuje električno energijo izključno od regionalnega distributerja.

¹¹⁶ Prav tam, točke 2, 3 in 4.

¹¹⁷ Prav tam, točke 11, 12 in 13.

žnosti.¹¹⁸ Koncept storitve splošnega gospodarskega pomena namreč zajema aktivnosti podjetja, ki mora zagotoviti neprekinjeno oskrbo z električno energijo na celotnem koncesijskem ozemlju za vse potrošnike, tako lokalne distributerje kot tudi končne uporabnike, v zadostnih količinah, da zadovolji potrebe ob kateremkoli času, po enotnih tarifah in pod pogoji, ki se lahko spreminjajo le na podlagi objektivnih meril, ki se uporabljajo za vse stranke. Omejitve konkurence drugih gospodarskih subjektov se smejo dovoliti samo, kolikor so potrebne za to, da se podjetju, ki mu je zaupana naloga splošnega pomena, omogoči izpolnjevanje te naloge. V zvezi s tem je treba upoštevati gospodarske razmere, v katerih to podjetje deluje, zlasti stroške, ki jih mora nositi, in predpise, ki jih mora upoštevati, še posebej s področja okolja.¹¹⁹

Tako se zdi, da Sodišče EU v zadevi *Almelo* priznava, da je treba univerzalno distribucijo električne energije organizirati kot monopol, sicer bi konkurenca izločila dobičkonosne sektorje in izvajalec, zadolžen za zagotavljanje univerzalne storitve, ne bi mogel ohraniti svoje gospodarske stabilnosti. Vprašanje, ali obstajajo manj omejevalne alternative, je bilo žal komaj obravnavano. Razlog za to je, da se v zadevi *Almelo* problem ne obravnava z vidika države članice, temveč z vidika izvajalca, in da nekatere rešitve, ki so na voljo državam članicam, niso na voljo izvajalcem. Tako lahko država članica pri organizaciji univerzalne storitve razmisli o alternativah, kot so zunanje financiranje s subvencijami, financiranje sektorjev prek sklada za univerzalno storitev ali notranje financiranje, podprto z izključnimi pravicami. Vendar pa ima gospodarski subjekt ob odsotnosti državnega posredovanja veliko manj manevrskega prostora.¹²⁰

4.3. Razmerja v 106. členu PDEU

Posebne pozornosti je vredno najprej dejstvo, da prvi odstavek 106. člena ni neposredno povezan s pojmom storitve splošnega gospodarskega pomena. Ta odstavek namreč obravnava določeno vrsto ukrepa držav članic, in sicer je to podelitev izključnih in posebnih pravic, ki na konkurenco delujejo negativno in jo omejujejo. Posledično obravnavani člen pomeni pomembno komponento konkurenčnega prava EU, kar je precej paradoksalno, saj omogoča, da prihaja do monopolnih položajev. Temeljna sprememba uporabe tega člena je povzročila veliko zaskrbljenost držav članic in veliko preglavic ter odstopanje s pomembnimi ustavnimi posledicami.

Problem opredelitve storitev splošnega gospodarskega pomena nikakor ni le teoretičen. Glede na konkreten primer je namreč od te opredelitve bistveno odvisna uporaba drugega odstavka 106. člena PDEU in posledično uporaba konkurenčnega prava

¹¹⁸ Tako tudi Buendia Sierra, 2014, str. 858.

¹¹⁹ C-393/92 *Commune d'Almelo in drugi proti NV Energiebedrijf Ijsselmij* z dne 27. aprila 1994, ECLI:EU:C:1994:171 (*Almelo*), točka 48 in nasl.

¹²⁰ Buendia Sierra, 2014, str. 859.

Evropske unije.¹²¹ Strogi režim, ki ga uveljavlja prvi odstavek 106. člena PDEU glede protikonkurenčnih ukrepov držav članic, mora biti uravnotežen z izjemami, saj so te omejitve lahko opravičljive zaradi zasledovanja ciljev v javnem interesu.¹²² Namen drugega odstavka 106. člena PDEU je tudi v tem, da na neki način natančneje opredeli meje, znotraj katerih so zlasti podjetja, pooblaščenca za opravljanje storitev splošnega gospodarskega pomena, podvržena pravilom iz Pogodb.¹²³

Izjemo po drugem odstavku 106. člena PDEU lahko uveljavljajo zgolj subjekti, ki te storitve izvajajo kot podjetja, saj se države članice nanjo ne morejo sklicevati. To pomeni, da morajo zadevni subjekti opravljati gospodarske dejavnosti, da bi se lahko sklicevali na izjemo. Načeloma lahko na področje uporabe spadata dve različni vrsti podjetij, in sicer tista podjetja, ki jim je zaupano upravljanje storitev splošnega gospodarskega pomena, in podjetja, ki so monopoli, ki ustvarjajo prihodke.¹²⁴ Na splošno je uporaba pravil EU o konkurenci odvisna od gospodarske narave dejavnosti. Izraz (gospodarski) kot del pojma storitev splošnega gospodarskega pomena je treba razlagati kot sklicevanje na (gospodarsko naravo) storitve in ne resničnega gospodarskega interesa. V konkurenčnem pravu je razumevanje, kaj je gospodarska dejavnost, neločljivo povezano s pojmom podjetja, ki ga ustaljena sodna praksa opredeljuje kot – vsak subjekt, ki opravlja gospodarsko dejavnost, ne glede na njegov pravni status in način, na katerega se financira.¹²⁵

Ali se pravila o konkurenci, vključno z državno pomočjo, uporabljajo za posamezno dejavnost, je torej odvisno samo od narave te dejavnosti in ni odvisno od zasebnega ali javnega statusa subjekta.¹²⁶ V zvezi s tem Sodišče EU obravnava vsako dejavnost, ki sestoji iz ponudbe blaga ali storitev na posameznem trgu kot gospodarsko dejavnost.¹²⁷ Glede na to široko opredelitev se zdi, kot da bi bila zajeta skoraj katerakoli dejavnost, zlasti glede na to, da so vključene tudi nabavne dejavnosti, dokler poznejša uporaba kupljenega blaga ali storitev pomeni gospodarsko dejavnost, denimo nadaljnja prodaja po predelavi.¹²⁸

Samo storitve, ki se štejejo za storitve splošnega gospodarskega pomena v smislu drugega odstavka 106. člena PDEU, so lahko namreč predmet odstopanja, predvidnega v

¹²¹ Ferčič, 2010, str. 547.

¹²² Buendia Sierra, 2014, str. 846.

¹²³ Glej C-72/83 *Campus Oil Limited in drugi proti ministre pour l'Industrie et l'Energie in drugi* z dne 10. julija 1984, ECLI:EU:C:1984:256 (*Campus Oil*), točka 19.

¹²⁴ Buendia Sierra, 2014, str. 846.

¹²⁵ C-41/90 *Klaus Höfner in Fritz Elser proti Macrotron GmbH* z dne 23. aprila 1991, ECLI:EU:C:1991:161 (*Höfner*). Glej točko 26.

¹²⁶ Enako tudi Melcher, 2019, str. 4.

¹²⁷ Prim. C-118/85 *Komisija Evropskih skupnosti proti Italijanski republiki* z dne 16. junija 1987, ECLI:EU:C:1987:283, točka 7; C-437/09 *AG2R Prévoyance proti Beaudout Père et Fils SARL* z dne 3. marca 2011, ECLI:EU:C:2011:112 (*AG2R Prévoyance*), točka 42.

¹²⁸ C-205/03 *Federación Española de Empresas de Tecnología Sanitaria (FENIN) proti Komisiji Evropskih skupnosti* z dne 11. julija 2006, ECLI:EU:C:2006:453 (*Fenin*).

njem.¹²⁹ V ta namen mora zadevna dejavnost, prvič, zasledovati, ali služi cilju splošnega gospodarskega pomena, ki ima posebne značilnosti v primerjavi s tisto, ki ji služijo druge gospodarske dejavnosti,¹³⁰ in drugič, za doseg tega cilja je treba zadevnemu podjetju naložiti obveznost javne službe, običajno z aktom o pooblastitvi. Odstopanje se lahko uveljavlja le, če sta izpolnjena oba pogoja – zasledovanje cilja splošnega interesa in naložitev obveznosti javne službe. Zato storitve, ki je splošnega gospodarskega pomena, vendar ji ni (ali ne bi smela) biti zaupana določena obveznost javne službe, v pravu EU ni mogoče opredeliti kot storitev splošnega gospodarskega pomena.¹³¹

5. Financiranje storitev splošnega gospodarskega pomena – pomen zadeve *Altmark*

Financiranje storitev splošnega gospodarskega pomena je lahko način za nevtralizacijo negativnih stranskih učinkov procesa liberalizacije nekaterih gospodarskih sektorjev. Ne glede na to, kakšna oblika ali mehanizem financiranja se uporabi v konkretnem primeru, je javno financiranje storitev splošnega gospodarskega pomena podrejeno znatnim omejitvam. Pri tem je ključno, ali je akt financiranja le nadomestilo stroškov ali več kot to – državna pomoč, in ali je, če se izkaže, da gre za državno pomoč, ta dopustna oziroma združljiva z notranjim trgov. Odgovora na obe vprašanji sta nujno pogojena z razlago relevantnih določb prava EU, zlasti pa prvega odstavka 107. člena¹³² in drugega odstavka 106. člena PDEU.¹³³ Države članice lahko praviloma po svoji presoji določajo organiziranost in financiranje svojih storitev splošnega gospodarskega pomena, saj v zvezi s tem ni posebnih pravil, po drugi strani pa so lahko podjetja, ki opravljajo take storitve, predmet manipulacij, s čimer postanejo predmet regulacije z vidika notranjega trga. Konkurenco na notranjem trgu je mogoče izkrivljati ne le z dejanji podjetij, ampak tudi z dejanji držav. Državno poseganje je sicer orodje nacionalne ekonomske politike, vendar lahko hitro postane zaviralni dejavnik razvoja, vzdrževanja notranjega trga, saj

¹²⁹ Avtorji po navadi poudarjajo tristopenjsko analizo, kakor izhaja iz drugega odstavka 106. člena PDEU, saj naj bi bili vsi trije pogoji izpolnjeni, da je izjemo mogoče uporabiti. Craig in De Búrca, 2020, str. 1157–1160.

¹³⁰ Glej T-461/13 *Kraljevina Španija proti Evropski komisiji* z dne 26. novembra 2015, ECLI:EU:T:2015:891 (*Španija proti Komisiji*), točka 62; T-219/14 *Regione autonoma della Sardegna proti Evropski komisiji* z dne 6. aprila 2017, ECLI:EU:T:2017:266 (*Regione autonoma della Sardegna proti Komisiji*), točka 154.

¹³¹ Melcher, 2019, str. 7–8.

¹³² Razen če Pogodbi ne določata drugače, je vsaka pomoč, ki jo dodeli država članica, ali kakršna koli vrsta pomoči iz državnih sredstev, ki izkrivlja ali bi lahko izkrivljala konkurenco z dajanjem prednosti posameznim podjetjem ali proizvodnji posameznega blaga, nezdržljiva z notranjim trgov, kolikor prizadene trgovino med državami članicami.

¹³³ Ferčič, 2010b, str. 1335.

enostranska dejanja držav vodijo v podobne ukrepe s strani drugih držav, kar vodi v zapiranje in ne odpiranje trgov. Pravila o državni pomoči se na splošno uporabljajo le, kadar je prejemnik podjetje, zato je opredelitev izvajalca storitve splošnega gospodarskega pomena temeljnega pomena za (ne)uporabo pravil o državni pomoči, vendar to žal še ni dovolj, saj mora izvajalec izvajanje storitev upravičiti na podlagi drugega odstavka 106. člena PDEU, sicer gre za državno pomoč.¹³⁴ Za opredelitev nekega nacionalnega ukrepa kot državne pomoči v smislu prvega odstavka 107. člena PDEU mora po mnenju Sodišča EU obstajati več kumulativno izpolnjenih pogojev, in sicer mora biti poseg državen ali iz državnih sredstev, drugič, biti mora tak, da lahko vpliva na trgovino med državami članicami, tretjič, pomeniti mora prednost za upravičenca in četrtič, izkrivljati mora konkurenco ali groziti z izkrivljanjem konkurence.¹³⁵

5.1. Zadeva *Altmark*

Za razvoj obravnavanega področja je bila pomembna praksa Sodišča EU. Zlasti je ključna sodba v zadevi *Altmark*,¹³⁶ v kateri je postopek v glavni stvari za avtobusni cestni promet potekal v okrožju Stendal v Nemčiji. Regionalna vlada za Magdeburg *Regierungspräsidium Magdeburg* je podelila družbi *Altmark Trans* licenco za opravljanje linijskega cestnega prometa z avtobusi v okrožju Stendal. Družbi *Altmark Trans* so bile licence najprej podeljene za obdobje od 25. septembra 1990 do 19. septembra 1994. Z novo odločbo z dne 27. oktobra so mu bile podeljene nove licence do 31. oktobra 1996. Regionalna vlada za Magdeburg je hkrati zavrnila predlog podjetja *Nahverkehrsgesellschaft* za podelitev licenc za opravljanje teh storitev linijskega cestnega prometa. V obrazložitvi je regionalna vlada za Magdeburg navedla, da *Altmark Trans* izpolnjuje vse pogoje, ki so predvideni po veljavni nacionalni zakonodaji. Družba *Altmark Trans* kot staro, vpeljano podjetje, je namreč uživalo varstvo pridobljenega položaja v skladu s takrat veljavno nacionalno zakonodajo. To varstvo je pomenilo, da lahko podjetje, ki mu je trenutno naloženo redno opravljanje prevoza, ponudi boljšo ponudbo za prevoz od novega ponudnika. Vendar take ponudbe v tem konkretnem primeru ni bilo. Družba *Altmark*

¹³⁴ Pečarič, 2019, 398 in nasl.

¹³⁵ C-399/08 *Evropska komisija proti Deutsche Post AG* z dne 2. septembra 2010, ECLI:EU:C:2010:481 (*Komisija proti Deutsche Post*), točka 39. Prim. zadeve C-237/04 *Enirisorse SpA proti Sotacarbo SpA* z dne 23. marca 2006, ECLI:EU:C:2006:197 (*Enirisorse*), točki 38 in 39; C-451/03 *Servizi Ausiliari Dottori Commercialisti Srl proti Giuseppe Calafiori* z dne 30. marca 2006, ECLI:EU:C:2006:208 (*Servizi Ausiliari Dottori Commercialisti*), točka 56; C-169/08 *Presidente del Consiglio dei Ministri proti Regione Sardegna* z dne 17. novembra 2009, ECLI:EU:C:2009:709 (*Presidente del Consiglio dei Ministri*), točka 52.

¹³⁶ C-280/00 *Altmark Trans GmbH in Regierungspräsidium Magdeburg proti Nahverkehrsgesellschaft Altmark GmbH, ob udeležbi Oberbundesanwalt beim Bundesverwaltungsgericht* z dne 24. julija 2003, ECLI:EU:C:2003:415 (*Altmark Trans in Regierungspräsidium Magdeburg*).

Trans naj bi pri izgubi 0,58 DEM na kilometer proge potrebovala tudi najnižje nadomestilo od javnih organov. Regionalna vlada za Magdeburg je zavrnila predlog podjetja Nahverkehrsgesellschaft in na podlagi pritožbe družbe Altmark Trans temu podaljšala veljavnost licenc za obdobje vse do 31. oktobra 2002. Podjetje Nahverkehrsgesellschaft je zoper odločbo z dne 27. oktobra 1994 vložilo pritožbo, pri čemer je navedlo, da družba Altmark Trans ne izpolnjuje zahtev iz 13. člena PbefG (*Personenbeförderungsgesetz*), ki je bil takrat veljavna nacionalna zakonodaja. Podjetje naj namreč ne bi bilo v dobrem gospodarskem stanju, saj ne bi moglo preživeti brez državne podpore. Zato naj bi bile licence, ki so mu bile podeljene, nezakonite. Prav tako naj ne bi bilo točno, da potrebuje Almark Trans najnižje subvencije. Regionalna vlada za Magdeburg je ta ugovor zavrnila. Posledično je podjetje Nahverkehrsgesellschaft nadaljevalo postopek pred Upravnim sodiščem v Magdeburgu, ki je tožbo zavrnilo. V pritožbenem postopku na Višjem upravnem sodišču za zvezno deželo Saška-Anhalt pa je bilo podjetje Nahverkehrsgesellschaft uspešno, saj je tožbenemu zahtevku pritožbeno sodišče ugodilo in odpravilo podelitev licenc družbi Altmark Trans. Postopek se je na to nadaljeval pred Zveznim upravnim sodiščem (*Bundesverwaltungsgericht*), ki pa je menilo, da pomen pravil prava EU v tej zadevi ni jasen in je postopek prekinilo ter se obrnilo na Sodišče EU.¹³⁷ V praksi Sodišča EU je mogoče odkriti različne pristope, ki so se oblikovali do vprašanja, ali nadomestilo, ki ga dodeli država članica za izvajanje gospodarske javne službe, pomeni nedovoljeno državno pomoč. Komisija je dolgo menila in zagovarjala stališče, da finančna nadomestila, ki jih države dodelijo izvajalcem z namenom, da se krijejo stroški izvajanja obveznosti javnih služb, ne pomenijo državnih pomoči. Sodišče EU pa se s tem stališčem ni strinjalo, kar je pojasnjevalo s tem, da se po PDEU za ukrepe, ki bi lahko pomenili državno pomoč, ne presojajo povodi ali cilji, temveč zgolj njihov učinek.¹³⁸ Ključen preobrat v zvezi s financiranjem izvajanja gospodarskih javnih služb pa je prinesla sodba v zadevi *Altmark*, v kateri je Sodišče EU določilo, da če želi država dodeliti nadomestilo za izvajanje obveznosti storitev splošnega gospodarskega pomena in hkrati zagotoviti, da nadomestilo ne bi pomenilo državne pomoči po prvem odstavku 107. člena PDEU ter s tem ne bi vplivalo na notranji trg, mora zagotoviti, da so izpolnjeni kriteriji testa iz zadeve *Altmark*.¹³⁹ Test *Altmark* sicer vsebuje naslednja štiri merila:¹⁴⁰

¹³⁷ Prav tam, točke 19–29. Več o tem glej tudi Ferk in Ferk, 2008, str. 100 in nasl.

¹³⁸ C-310/85 *Deufil GmbH & Co. KG proti Komisiji Evropskih skupnosti* z dne 24. februarja 1987, ECLI:EU:C:1987:96 (*Deufil*), točka 8. Enako tudi C-56/93 *Kraljevina Belgija proti Komisiji Evropskih skupnosti* z dne 29. februarja 1996, ECLI:EU:C:1996:64 (*Belgija proti Komisiji*), točka 79; C-241/94 *Francoška republika proti Komisiji Evropskih skupnosti* z dne 26. septembra 1996, ECLI:EU:C:1996:353 (*Francija proti Komisiji*), točka 20.

¹³⁹ Enako velja tudi za občino in regijo.

¹⁴⁰ C-280/00 *Altmark Trans GmbH in Regierungspräsidium Magdeburg proti Nahverkehrsgesellschaft Altmark GmbH, ob udeležbi Oberbundesanwalt beim Bundesverwaltungsgericht* z dne 24. julija 2003, ECLI:EU:C:2003:415 (*Altmark Trans in Regierungspräsidium Magdeburg*), točke 89–93.

1. podjetje, ki prejema nadomestilo, mora dejansko izpolnjevati obveznosti javne službe, te obveznosti pa morajo biti jasno opredeljene;
2. merila, na podlagi katerih se izračuna nadomestilo, morajo biti določena vnaprej ter objektivno in pregledno, da bi se preprečila ekonomska ugodnost, ki bi prejemniku dajala prednost v primerjavi s konkurenčnimi podjetji;
3. nadomestilo ne sme presežati tistega, kar je potrebno za kritje vseh ali dela stroškov, ki so nastali z izpolnjevanjem obveznosti javne službe ob upoštevanju realiziranih prejemkov in razumnega dobička zaradi izpolnjevanja teh obveznosti;
4. če podjetje, ki se mu naloži izpolnjevanje obveznosti javne službe, v konkretnem primeru ni izbrano s postopkom oddaje javnega naročila, ki omogoča, da se izbere tisti ponudnik, ki lahko te storitve opravlja z najnižjimi stroški za skupnost, se mora raven potrebnega nadomestila določiti na podlagi analize stroškov, ki bi jih povprečno, dobro vodeno podjetje, ki je ustrezno opremljeno s prevoznimi sredstvi, zato da lahko zadosti zahtevam javne službe, imelo pri izpolnjevanju teh obveznosti ob upoštevanju realiziranih prejemkov in razumnega dobička zaradi izpolnjevanja teh obveznosti.

Te pogoje je treba obravnavati kumulativno. Če so izpolnjeni vsi pogoji iz zadeve *Altmark*, nadomestilo za izvajanje gospodarske javne službe ne pomeni državne pomoči. Če ti kumulativni pogoji niso izpolnjeni, lahko pride do ugotovitve obstoja državne pomoči, vendar še vedno obstaja možnost, da se ta pomoč lahko razglasi za združljivo z notranjim trgov, in sicer na podlagi izjeme po drugem odstavku 106. člena PDEU kot storitve splošnega gospodarskega pomena.¹⁴¹

Na evropski ravni lahko pri financiranju javnih služb razberemo tri pristope, in sicer državno pomoč (angl. *the state aid approach*),¹⁴² kompenzacijo (angl. *the compensation approach*)¹⁴³ in pristop *quid pro quo* (daj, dam) (angl. *the quid pro quo approach*).¹⁴⁴ Prvi pristop obravnava financiranje države, ki je dodeljeno podjetju za izvedbo dejavnosti v javnem interesu. Tako financiranje se razume kot državna pomoč v okviru prvega odstavka 107. člena PDEU, ki je sicer lahko opravičljiva na podlagi drugega odstavka 106.

¹⁴¹ Sauter, 2015, str. 140–142.

¹⁴² C-387/92 *Banco de Crédito Industrial SA, postala Banco Exterior de España SA proti Ayuntamiento de Valencia* z dne 15. marca 1994, ECLI:EU:C:1994:100 (*Banco Exterior de España proti Ayuntamiento de Valencia*).

¹⁴³ C-240/83 *Procureur de la République proti Association de défense des brûleurs d'huiles usagées (ADBHU)* z dne 7. februarja 1985, ECLI:EU:C:1985:59 (*Procureur de la République proti ADBHU*); C-53/00 *Ferring SA proti Agence centrale des organismes de sécurité sociale (ACOSS)* z dne 22. novembra 2002, ECLI:EU:C:2001:627 (*Ferring*); C-280/00 *Altmark Trans GmbH in Regierungspräsidium Magdeburg proti Nahverkehrsgesellschaft Altmark GmbH, ob udeležbi Oberbundesanwalt beim Bundesverwaltungsgericht* z dne 24. julija 2003, ECLI:EU:C:2003:415 (*Altmark Trans in Regierungspräsidium Magdeburg*).

¹⁴⁴ C-126/01 *Ministère de l'Économie, des Finances et de l'Industrie proti GEMO SA* z dne 20. novembra 2003, ECLI:EU:C:2003:622 (*GEMO SA*).

člena PDEU, če gre za izpolnjevanje pogojev za omejevanje konkurence, še zlasti ko je financiranje skladno z načelom sorazmernosti. Pri drugem pristopu gre za kompenzacijo kot namenska sredstva oziroma za primerno nadomestilo za izvedene storitve ali stroške pri izvedbi teh storitev. Pri tem pristopu državno financiranje storitev splošnega interesa ustreza državni pomoči v okviru 107. člena PDEU le, če je ekonomska korist, ki jo zagotavlja storitev, presegla nadomestilo oziroma stroške – obratno državno financiranje javnih služb ni državna pomoč, če ugodnosti, ki jih podelijo javni organi, ne presegajo stroškov, ki nastanejo z izpolnjevanjem obveznosti javne službe.¹⁴⁵ Državna intervencija ne pomeni državne pomoči, če jo je treba šteti za nadomestilo, ki pomeni plačilo za storitve – stroške, ki so jih opravila podjetja, ki prejemajo nadomestilo za izpolnjevanje obveznosti javne službe, če ta podjetja ne pridobijo nobene dejanske finančne koristi in da torej učinek omenjene intervencije ni postavil podjetja v ugodnejši konkurenčni položaj v primerjavi z drugimi konkurenčnimi podjetji. Tretji pristop razlikuje med dvema kategorijama državnega financiranja, in sicer v primerih, v katerih gre za neposredno in jasno povezavo med državnim financiranjem in jasno določenimi zavezami javne službe (*quid pro quo*), sredstva dodeljena s strani države ne bodo pomenila državne pomoči v okviru pomena Pogodbe. Po drugi strani pa takrat, ko povezava oziroma zaveze opravljanja javnih storitev ni razvidna, bo vsota, dodeljena s strani javne službe, pomenila državno pomoč.¹⁴⁶

V tej zadevi gre za edinstven primer, pri katerem bi imeli teorija, praksa, Komisija, Sodišče EU in celo generalni pravobranilci težko tako različne poglede na mogočo rešitev obravnavanega vprašanja. Posledično iz tako široke palete različnih pogledov izhaja tudi edinstvenost rešitve, ki vsekakor ni dokončna. Sodišče EU je v tej zadevi odločilo drugače, kot je v svojih sklepnih predlogih predlagal generalni pravobranilec Léger,¹⁴⁷ vendar pa je Sodišče EU pri odločanju črpalo tudi iz teh sklepnih predlogov, kakor tudi iz drugih.¹⁴⁸ Pri odločitvi je Sodišče EU izbralo pristop kompenzacije, in sicer iz zadeve *Ferring*, ki ga je dopolnilo, pri čemer ni podrobno argumentiralo in dalo natančnejše usmeritve nacionalnim sodiščem in državam članicam, kar je pustilo prostor za razprave. Prav tako pa tudi poznejša sodna praksa obravnavanih meril ni natančneje določila.

¹⁴⁵ C-53/00 *Ferring SA proti Agence centrale des organismes de sécurité sociale (ACOSS)* z dne 22. novembra 2002, ECLI:EU:C:2001:627 (*Ferring*).

¹⁴⁶ Pečarič, 2019, sr. 414 in nasl. Glej tudi Bovis, 2011, str. 163–167.

¹⁴⁷ Sklepni predlogi generalnega pravobranilca Légerja z dne 19. marca 2002, ECLI:EU:C:2002:188; sklepni predlogi generalnega pravobranilca Légerja z dne 14. januarja 2003, ECLI:EU:C:2002:188.

¹⁴⁸ Sklepni predlogi generalnega pravobranilca Jacobsa z dne 30. aprila 2002, ECLI:EU:C:2002:273; sklepni predlogi generalnega pravobranilca Tizziana, ki je v zadevi C-53/00 *Ferring SA proti Agence centrale des organismes de sécurité sociale (ACOSS)* z dne 22. novembra 2002, ECLI:EU:C:2001:627 (*Ferring*), zagovarjal pristop kompenzacije.

5.2. Zadeva GEMO

V zadevi *GEMO*¹⁴⁹ je Sodišče EU presodilo, da je šlo pri francoskem sistemu financiranja javne službe za odlaganje živalskih trupel za državno pomoč. Ne da bi se neposredno sklicevalo na merila sodbe v zadevi *Altmark*, je Sodišče EU ugotovilo, da storitev, ki jo zagotavljajo farmarji in klavnice z brezplačnim zbiranjem in odlaganjem živalskih trupel in klavniških odpadkov, pomenijo prednost za ta podjetja, čeprav ne prejemajo nadomestila. Jasno je, da je posebna vrsta tega posrednega financiranja izpolnjevanja obveznosti javne službe preprečevala Sodišču EU, da bi se sklicevalo na pogoje sodbe v zadevi *Altmark*, posledica tega pa je bilo neposredno financiranje brezplačne storitve s strani države, ki se šteje kot državna pomoč. V tej zadevi je na Sodišče EU vprašanje za predhodno odločanje posredovalo sodišče iz Lyona (*Cour administrative d'Lyona*). S proračunskim zakonom glede prodaje mesa je francoska vlada namreč uvedla poseben davek na prodajo mesa kot ukrep na dogodke v zvezi z virusom. Namen tega ukrepa je bilo zbiranje in odstranjevanje mrhovine in nevarnih odpadkov klavnic, kar je bilo financirano predvsem s pomočjo tega posebnega davka na dobiček od prodaje mesa, ki so ga plačevali predvsem supermarketi, ki so prodajali meso, majhni trgovci z mesom pa ne. GEMO je bil srednje velik supermarket, ki je prodajal meso in mesne izdelke v Franciji ter je bil s svojimi zmogljivostmi davčni zavezanec po davčnem zakonu glede prodaje mesa. Prepričan je bil, da tak davek nasprotuje pravu EU in pred pristojnimi francoskimi organi zahteval povračilo davka. V tej zadevi je generalni pravobranilec Jacobs zagovarjal pristop *quid pro quo*.¹⁵⁰ S svojimi sklepnimi predlogi je generalni pravobranilec Jacobs nakazal, da bi bilo smiselno ubrati srednjo pot med pristopom državne pomoči in pristopom kompenzacije, za kar se je odločilo tudi Sodišče EU.¹⁵¹

6. Sklep

Storitve splošnega gospodarskega pomena so univerzalne. Njihova naloga je predvsem zadovoljevanje osnovnih potreb posamezne skupnosti. Način zagotavljanja storitev splošnega gospodarskega pomena je globoko zakoreninjen v zgodovinskih tradicijah in ustavnih okvirih držav članic, zato vsak pristop k storitvam splošnega gospodarskega pomena, ki ustreza vsem, vsaj za zdaj še ne bi uspel. Nacionalni, regionalni in lokalni organi, ki zastopajo interese, imajo široko diskrecijsko pravico in prosto pot glede organizacije, financiranja in uporabe različnih načinov zagotavljanja storitev splošnega

¹⁴⁹ C-126/01 *Ministère de l'Économie, des Finances et de l'Industrie proti GEMO SA* z dne 20. novembra 2003, ECLI:EU:C:2003:622 (*GEMO SA*).

¹⁵⁰ Glej Sklepni predlogi generalnega pravobranilca Jacobsa z dne 30. aprila 2002, ECLI:EU:C:2002:273, točka 119 in nasl.

¹⁵¹ Več o tem v Ferk in Ferk, 2008, str. 118–121.

gospodarskega pomena. Na splošno se zdi, kot da sta Sodišče EU in Komisija oblikovala delujoč sistem v okviru drugega odstavka 106. člena PDEU, ki usklajuje interese trga in blaginje v korist vseh – dokler se spoštujejo njegove predpostavke in omejitve. Te omejitve skupaj z uporabo ob upoštevanju njegovih različnih elementov in njegove posebne vloge v tem sistemu bodo zagotovo pomenile dodatne izzive za Sodišče EU in Komisijo, saj se bo zakonodaja EU o storitvah splošnega gospodarskega pomena razvijala in širila. Direktiva 2014/23/EU je s povsem novo ureditvijo temeljnih izhodišč pravne ureditve tega področja rešila enega poglobitvenih problemov dosedanje evropske pravne ureditve, ureditev gospodarskih javnih služb – storitev splošnega gospodarskega pomena, ki so dotlej glede na naravo svoje dejavnosti odstopale od pravil evropskega konkurenčnega prava. Uskladitev s konkurenčnim pravom je dosegla tako, da je vezanost pojma gospodarske javne službe na izvrševanje posebnih ali izključnih pravic nadgradila z določitvijo pogojev za neposredno podeljevanje teh pravic. S tem je opustila dotedanje urejanje pravnoorganizacijskih oblik izvajalcev gospodarskih javnih služb in ustanovila temeljna izhodišča za ureditev konkurenčnega postopka za podeljevanje posebnih ali izključnih pravic. Pojem gospodarskih javnih služb je opredelila tako, da je združila materialno definicijo, po kateri so gospodarske javne službe gospodarske dejavnosti, ki se izvajajo v javnem interesu, z njihovo formalno definicijo, po kateri so gospodarske javne službe tiste gospodarske dejavnosti, ki jih kot take določa pravni red in na njih vzpostavi poseben netržni pravni režim, ki se razlikuje od tržnega pravnega režima. Iz materialne definicije je vzela opredelitev po namenu in opredelitev teh dejavnosti vezala na podelitev posebne ali izključne pravice za njihovo izvajanje ter s tem prinesla nov element, ki je vezan na obvezen formalen kriterij, ki nadomešča ali dopolnjuje staro formalno opredelitev, saj je zdaj bistveni element gospodarske javne službe njeno izvajanje na podlagi podeljenih posebnih ali izključnih pravic s strani organov javne oblasti.

Literatura

- Borković, I. (1993) 'Koncesionirana javna služba u francuskom upravnom pravu'. *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu*, p.God. 30, št. 1 (1993), 3–18.
- Bovis, C. H. (2009) 'Services of General Economic Interest: The Nature of the Beast' v Krajewski, M., Neergaard, U., in Van de Gronden, J. (ur.) (2009) *The Conceptual Links Between State Aid and Public Procurement in the Financing of Services of General of Economic Interest* T.M.C. Asser Press, str. 149–170.
- Brezovnik, B., Trpin, G., in Pličanič, S. (2019) *Sistem javne uprave*. Ljubljana: Pravna fakulteta.
- Bučar, F. (1969) *Uvod v javno upravo*. Ljubljana: Uradni list SRS.

- Brkan, M., in Trstenjak, V. (2012) *Pravo EU: ustavno, procesno in gospodarsko pravo EU (EU law: constitutional, procedural and commercial law of the EU)*. Ljubljana: GV Založba.
- Buendia Sierra, J. L. (1999) *Exclusive rights and state monopolies under EC law: article 86 (formerly article 90) of the EC treaty*. Oxford: Oxford University Press.
- Buendia Sierra, J. L. (2014) 'Article 106-Exclusive or Special Rights and Other Anti-Competitive State Measures' v Faull, J., Nikpay, A., in Taylor, D. (ur.) (2014) *Faull & Nikpay, the EU law of competition*, 3rd ed. Oxford in New York: Oxford University Press, str. 809–879.
- Cananea, G. D. (2002) 'The Regulation of Public Services in Italy', *International Review of Administrative Sciences*, 68(1), str. 73–93.
- Craig, P. P. in De Búrca, G. (2020) *EU law: text, cases, and materials*, 7th ed. Oxford: Oxford University Press.
- Eisenstadt, S. N. (1962) Religious Organizations and Political Process in Centralized Empires. *The Journal of Asian Studies*, 21(3), str. 271–294.
- Eisenstadt, S. N. (1963) *The Political Systems of Empires*. New York: Free Press.
- Ferčič, A. (2010) 'Službe in storitve splošnega gospodarskega pomena: terminološke dileme in problem definicije', *Podjetje in delo*, 36(3/4), str. 539–581.
- Ferčič, A. (2010 a) 'Omejitve pri javnem financiranju storitev splošnega gospodarskega pomena: gospodarske javne službe v primežu prava EU'. V: Dnevi slovenskih pravnikov 2010 od 14. do 16. oktobra, Portorož: GV Založba, str. 1334–1342.
- Ferk, P., in Ferk, B. (2008) *Javne službe, državne pomoči in javno-zasebna partnerstva*. Ljubljana: GV Založba.
- Heady, F. (2001) *Public administration: a comparative perspective*, 6th ed. New York: Marcel Dekker.
- Hennig, M. (2011) 'Public Service Obligations: Protection of Public Service Values in a National and European Context' v Szyszczak, E., Davies, J., Andenæs, M., in Bekkedal, T. (ur.) (2011) *Developments in Services of General Interest. Legal Issues of Services of General Interest*. T.M.C. Asser Press, str. 179–193.
- Krbek, I. (1932) *Upravno pravo. knj. 2, Organizacija javne uprave*. Zagreb: Jugoslovenska štampa.
- Malaret, G. E. (1998) 'Public Service, Public Services, Public Functions and Guarantees of Rights of Citizens: Unchanging needs in a Changed Context', v Freedland, M., in Sciarra, S. (ur.) (1998) *Public Services and Citizenship in European Law: Public and labour law Perspectives*. Oxford: Clarendon Press, str. 57–82.

- Mark, J. J. *Fertile Crescent* [splet]. Dostopno na: <https://www.ancient.eu/Fertile_Crescent> (dostop: 8. marec 2022).
- Maziarz, A., (2016) 'Services of General Economic Interest'. *European state aid law quarterly*, 15(1), str. 16–30.
- Meinel, F. (2007) 'Review Essay – Ernst Forsthoff and the Intellectual History of German Administrative Law' *German Law Journal*, 8(8), str. 785–799.
- Melcher, M. (2019) 'Article 106 (2) TFEU in Case Law: Internalization and Customized Balancing of Welfare and Market Interest', *Austrian Law Journal*, 6(1), str. 1–18.
- Monti, M. (2010) *A New Strategy for the Single Market at the Service of Europe's Economy and Society, Report to the President of the European Commission Jose Manuel Barroso* [splet]. Dostopno na: <<https://ec.europa.eu/docsroom/documents/15501?locale=sl>> (dostop: 28. februar 2022).
- Neergaard, U. (2009) 'Services of General Economic Interest: The Nature of the Beast' v Krajewski, M., Neergaard, U., in Van de Gronden, J. (ur.) (2009) *The changing legal framework for services of general interest in Europe: between competition and solidarity*. T.M.C. Asser Press, str. 17–50.
- Neergaard, U. (2011) 'The Commission's Soft Law in the Area of Services of General Economic Interest' v Szyszczak, E., Davies, J., Andenæs, M., in Bekkedal, T. (ur.) (2011) *Developments in Services of General Interest. Legal Issues of Services of General Interest*. T.M.C. Asser Press, str. 37–58.
- Parker, D. (1999) 'Privatization in the European Union: A Critical Assessment of its Development, Rationale and Consequences', *Economic and Industrial Democracy*, 20(1), str. 9–38.
- Pirnat, R., (2007) 'The Liberalization of Economic Public Services'. *Javna uprava*, 43(1), str. 63–80.
- Parpworth, N. (2016) *Constitutional and Administrative Law*, 9th ed. Oxford in New York: Oxford University Press.
- Pedreschi, L. F. (2020) *Public Services in EU Trade and Investment Agreements*. T.M.C. Asser Press.
- Pečarič, M., in Bugarič, B. (2011) *Javne službe*. Ljubljana: Fakulteta za upravo Univerze v Ljubljani.
- Pečarič, M. (2019) *Javne službe: storitve splošnega pomena v službi javnosti*. Ljubljana: Beletrina.
- Prosser, T. (2005) *The Limits of Competition Law: Markets and Public Services*. New York: Oxford University Press.

- Rakočevič, S., in Bekeš, P. (1994) *Državna uprava: vloga, položaj, organizacija, delovanje*. 2. dopolnjena in spremenjena izd. Ljubljana: Uradni list Republike Slovenije.
- Sauter, W. (2015) *Public Services in EU Law*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Seldon, A. (1977) *Charge*. London: Smith.
- Schweitzer, H. (2011) 'Services of General Economic Interest: European Law's Impact on the Role of Markets and of Member States' v Cremona, M. (ur.) *Market Integration and Public Services in the European Union*. Oxford: Oxford University Press, str. 11–62.
- Trpin, G. (2013) *Področja javne uprave in pravnih oseb javnega prava*. Ljubljana: GV Založba.
- Trpin, G. (2011) 'Nastanek in razvoj javnih služb v Sloveniji' v Kovač, P., in Virant, G. (ur.) *Razvoj slovenske javne uprave: 1991–2011*. Uradni list Republike Slovenije, str. 97–117.
- Wittfogel, K. A. (1957) *Oriental Despotism: A Comparative Study of Total Power*. New Haven in London: Yale University Press in Oxford University Press.
- Wollmann, H. (2011). 'Provision of Public Services in European Countries: From Public/Municipal to Private and Reverse?', *Hrvatska i komparativna javna uprava*, 11(4), str. 889–910.
- Zhu, L. (2020) *Services of General Economic Interest in EU Competition Law*. T.M.C. Asser.

Sodna praksa

Case Notes

*Marjan Kos**

Reasserting the Principle of Legality in the Wake of the COVID-19 Pandemic: A Case Note on the Decision U-I-79/21 of the Constitutional Court of the Republic of Slovenia

1. Introduction

Just like other constitutional democracies around the world, Slovenia faced the arduous task of having to reconcile public health and civil and political liberties during the COVID-19 pandemic. It challenged the Government to find a proper balance, and, in simple terms, the Government responded by adopting measures generally comparable to those of other states.¹

* *Magister prava, teaching assistant at the Law Faculty, the University of Ljubljana, marjan.kos@pf.uni-lj.si.*

¹ These measures included: restrictions on the freedom of movement in public spaces (between municipalities, regions, at certain times of the day), restrictions and bans on the freedom of assembly in public and private spaces (schools, theatres, cinemas, stadiums, parks,

Considering the broad application of the restrictive measures and their implications for the general population, it was apparent that they would challenge the constitutional balance. The Constitutional Court (hereinafter: the Court or CC) was expected to play a significant role. The Court issued the first major substantive decision in August 2020 and was quickly perceived as a major thorn in the side of the Government.² Some saw its decisions

but also in nature including for recreational purposes) and restrictions on the general freedom to act (obligatory testing, the wearing of masks). For an overview of key measures adopted in 2020 see, Bardutzky, 2020, pp. 21–26.

² When, for example, the Court ruled on the unconstitutionality of the vaccinated or recovered (excluding tested) requirement for public service employees on 30 September 2021, the

as an important safeguard against potential abuse of power, while for others, the Court was only hindering the efforts made by the Government to tackle the pandemic effectively. Although the Court issued several important substantive decisions concerning restrictive measures,³ the Decision U-I-79/20 of 13 May 2021 was the one that crucially defined the constitutional narrative of dealing with the pandemic in Slovenia, which would subsequently predominantly revolve around the principle of legality.⁴ The premise of several of the

Court's decisions that have followed so far was the one put forward in this decision.⁵

The purpose of this case note is to discuss Decision U-I-79/20.⁶ After providing an overview of the general regulatory approach to the pandemic, I move to an overview of the Decision itself. A short discussion on the role of the principle of legality within the Slovenian constitutional system follows, and the paper concludes with a summary of the attempts to reme-

Prime Minister reacted (*via* Twitter) that from that point on, for every COVID-19 related illness or death, due to the continuing spread of the virus linked with low vaccination rates, the majority at the Constitutional Court bore part of the responsibility.

³ In total, the Court received around 900 individual petitions. The key substantive decisions on restrictive measures are the following: U-I-83/20 of 27 August 2020 (restriction of movement to municipalities); U-I-50/21 of 17 June 2021 (ban on protests, assemblies); U-I-445/20, U-I-473/20 and U-I-8/21 of 16 September 2021 (closing of public educational institutions); U-I-155/20 of 7 October 2021 (restrictions on sales of goods, services); U-I-210/21 of 29 November 2021 (RV status of public servants); U-I-793/21, U-I-822/21 of 17 February 2022 (general RVT condition); U-I-180/21 of 14 April 2022 (data processing for the purpose of RVT); U-I-132/21 of 2 June 2022 (mandatory wearing of masks, hand disinfection). For an overview of decisions issued already in 2020, see: Avbelj and Vatovec, 2020, pp. 275–278.

⁴ In the first substantive Decision U-I-83/20 of 27 August 2020, the Court explicitly left this question open and only assessed the validity

of the challenged Ordinances, already causing a split in the vote amongst the judges.

⁵ (1) In U-I-50/20, the Court expressly referred to Decision U-I-79/20 regarding the finding that Article 39(1)(3) CDA was also unconstitutional due to a violation of the principle of legality, insofar as it referred to the limitations on public gatherings (including public protests). (2) In U-I-445/20, U-I-473/20, the Court also reiterated the position from Decision U-I-79/20, finding a violation of the principle of legality, but proceeded with an evaluation of proportionality because of the systemic importance of the questions raised. (3) In U-I-8/21, the Court again applied the standards reaffirmed in U-I-79/20 in relation to a law that regulated performance of educational work at distance, finding a violation of the principle of legality. (4) In U-I-155/20, the Court once more referred to the general principles from U-I-79/20 and applied them to Article 39(1)(4) CDA, also establishing a violation of the principle of legality. (5) In U-I-132/21, the Court again referred to Decision U-I-79/20 when evaluating the respect of the principle of legality related to obligatory wearing of masks and disinfection of hands.

⁶ For case notes on the Decision in Slovene, see: Nerad, 2021, pp. I–XI; and Vuksanovič, 2021, pp. 13–17.

dy the unconstitutionality established in this Decision.

2. The General Regulatory Approach to the Pandemic in Slovenia⁷

The overarching statute regulating the framework for combating infectious diseases in Slovenia is the Communicable Diseases Act (hereinafter: the CDA).⁸ It dates back to 1995 and has not—especially when it comes to matters that would concern the COVID-19 pandemic⁹—been changed significantly. The CDA served as the backbone and basis for adopting restrictive measures to combat the COVID-19 pandemic. As the Government decided not to put forward a motion for a declaration of a state of emergency, this was never declared.¹⁰ The

⁷ For an overview of the broader regulatory context and ensuing comment, see, for example: Zagorc and Bardutzky, 2020; Bardutzky and Zagorc, 2021. For early warnings with respect to the Governmental approach, see: Kukavica, 2020.

⁸ *Zakon o nalezljivih boleznih* (ZNB), Official Gazette of the RS, Nos. 33/06 – official consolidated version, 49/20 – ZIUZEOP, 142/20, 175/20 – ZIUOPDVE, 15/21 – ZDUOP, 82/21 and 178/21 – CC Dec.

⁹ On this, see the last section below.

¹⁰ See: Articles 16 and 92 of the Constitution. *Ustava Republike Slovenije*, Official Gazette of the RS, Nos. 33/91-I, 42/97 – UZS68, 66/00 – UZ80, 24/03 – UZ3a, 47, 68, 69/04 – UZ14, 69/04 – UZ43, 69/04 – UZ50, 68/06 – UZ121,140,143, 47/13 – UZ148, 47/13 – UZ90,97,99, 75/16 – UZ70a and 92/21 – UZ62a.

Government declared an epidemic in Slovenia twice: first between 12 March and 30 May 2020 and again between 19 October 2020 and 15 June 2021.

When talking specifically about the restrictive measures, the overarching approach of the Government was to adopt governmental ordinances based on the CDA. These acts of general application adopted by the executive contained various measures restricting the rights and freedoms of individuals to serve the aim of combating the pandemic. They were adopted and changed almost daily during the peaks of the pandemic, at times late at night and published immediately so that they were already in force the next day. Although the National Assembly adopted several legislative packages (“anti-Corona packages”) that contained across-the-board measures to combat the pandemic in different policy areas, the balance of power regarding restrictive measures tilted strongly to the Governmental side.

3. The Constitutional Court of Slovenia’s Decision U-I-79/20 of 13 May 2021

3.1. *Arguments of Petitioners*

In the specific case, a petition for review of the constitutionality and legality of the CDA and several ordinances issued on its basis was made before the CC by several individuals.

They challenged ordinances implementing measures regarding the prohibitions and limitations on the movement

and the gathering of people in public places, the use of hand sanitisers in apartment buildings, the Order declaring the epidemic, the CDA as well as the Government of the Republic of Slovenia Act. Key arguments of the petitioners may be grouped into the following claims:

1. The ordinances interfered with the human rights of individuals with such intensity, that they could only be adopted in the event of war or a state of emergency.
2. The measures restricting free movement were disproportionate.
3. Measures restricting constitutionally protected human rights could (in line with Article 87 of the Constitution) only be determined by a law adopted by the National Assembly. Additionally, the ordinances overstepped the boundaries of Article 39 CDA in violation of the principle of legality (Article 120 of the Constitution).
4. The wording of Article 39 CDA was not specific enough, clear and precise, lacking the conditions and criteria for adopting restrictive measures, leaving the executive with a blanket authorisation to choose among the measures.
5. The measures lacked legal certainty and violated the principle of the rule of law (Article 2 of the Constitution).

3.2. Arguments by the National Assembly and the Government

The National Assembly argued that the CDA implements the principle of proportionality, requiring first the adoption of more lenient measures, followed by strict-

er measures, if necessary, the restriction of movement being the strictest measure. The same mechanism applied with respect to the freedom of assembly. In the view of the Assembly, Article 39 CDA contained all the necessary elements to enable a constitutionally consistent application.

The Government argued that it issued all the ordinances by referring to Article 39 CDA and, therefore, did not regulate questions reserved for a law (statute). The principle of proportionality following from Article 39 CDA was observed. It pleaded that this was an exceptional situation, where very little information existed in the initial stage of the pandemic. An introduction of a state of emergency was not required since the existence of the state was not in jeopardy, and such limitations of rights as the ones adopted were allowed in times of peace. It adopted measures to avoid the collapse of the health system.

3.3. Substantive Issues: Reasserting the Principle of Legality¹¹

Among the many legal problems raised by the challenged acts, the key question was whether Article 39 CDA, especially

¹¹ For reasons of brevity, procedural issues are omitted here. It should, however, be noted that the Court decided to admit the case, although the general procedural requirements for the assessment of an act, whose validity already expired, were not met. The Court held that in cases of periodically adopted time-limited acts, a specifically expressed public interest may warrant an exception to the mentioned procedural rule, when it comes to “important precedential constitutional questions of a systemic nature”. Decision U-I-79/20, para. 61.

points 2 and 3 of paragraph 1, were sufficiently clear and precise to regulate the interferences with human rights as provided by the ordinances.

The substance of the provision at the time read as follows:

“When the measures determined by this Act cannot prevent the introduction of certain communicable diseases into the Republic of Slovenia and the spread thereof, the Government of the Republic of Slovenia can also impose the following measures:

- (1) the determination of the conditions for travelling to a state in which there exists a possibility of infection with a dangerous communicable disease and for arriving from these states;
- (2) the prohibition or limitation of the movement of the population in infected or directly jeopardised areas;
- (3) the prohibition of the gathering of people in schools, cinemas, bars, and other public places until the threat of the spread of the communicable disease passes;
- (4) the limitation or prohibition of the sale of individual types of merchandise and products.

The Government of the Republic of Slovenia must immediately notify the National Assembly of the Republic of Slovenia and the public of the measures determined by the previous paragraph.”¹²

The Decision first extensively lays out the general principles, following the already existing case law of the Court. In line

¹² Translation from: U-I-79/20, para. 67.

with the principle of legality, the Court relies on Article 120 of the Constitution, which binds the administrative authorities—including the Government—to act within the framework and based on the Constitution and laws.¹³ It ties the principle of legality to the principles of democracy, the rule of law and the separation of powers. According to the Court, the principle sets out two key requirements:

1. implementing regulations and individual acts of the executive branch can only be adopted *on the basis of the law*, which means that they must be based on a (sufficiently precise) substantive basis in the law, and
2. they must also be *within the framework of the law*, which means that they must not exceed the possible meaning thereof.¹⁴

Accordingly, the executive needs a sufficiently clear and precise statutory regulation of those matters that fall within the exclusive competence of the legislature; all such matters may only be regulated by the legislature by law, and the legislature may only let the executive to technically supplement, break down, and determine in more detail the statutory subject matter. The intention of the legislature and the value criteria for implementing the

¹³ Terminologically, it would be more correct to use the English word “statute” to more precisely define what the Court demanded in the Decision; however, since the English translation of the Decision consistently speaks of a “law”, I also use this term throughout the article.

¹⁴ *Ibid.*, para. 69. In the present case, the first requirement was relevant according to the Court.

law must be clearly expressed in the law or undoubtedly evident therefrom.

When it comes to the regulation of rights and obligations, Article 87 of the Constitution affords exclusive competence to the legislature. While predominantly expert and technical regulation may be transferred to the executive with a broad margin of appreciation, questions of the regulation of the fundamental content and scope of rights and obligations, as well as the conditions and procedure for acquiring rights and for obligations, must be regulated by law.¹⁵ Regulation by the executive may only further break down the statutory subject matter such that it does not determine additional rights and obligations and broaden or narrow a right or obligation regulated by law.

An important factor determining the strictness of the demands of the principle of legality is whether the measure adopted determines only the manner in which human rights and fundamental freedoms are exercised or whether it restricts human rights protected by the Constitution.¹⁶ In the latter case, the requirement of the precision of the statutory basis is even stricter: human rights limitations can only be regulated by law, which must determine sufficiently precise criteria for any additional regulation by the executive.¹⁷ The degree to which the statutory authorisation is precise and accurate can vary depending on the subject matter and the intensity of

the interference. Statutory authorisation must be all the more restrictive and precise the greater the interference with or effect of the law on individual human rights. The executive can, therefore, never adopt original human rights limitations. In the view of the Court, this is “a key safeguard against arbitrary interferences by the executive power with human rights and fundamental freedoms.”¹⁸

Articles 32(2) and 42(3) of the Constitution expressly determine that freedom of movement and the right of assembly and association, respectively, may be limited by law, including to pursue the goal of protection from the spread of communicable diseases and the prevention of communicable diseases. Accordingly, the Court stipulated that the state has a positive obligation to protect human rights; these obligations are all the more emphasised, the higher the protected value is positioned in the hierarchy of human rights. Too slow or inadequate response of state authorities to an epidemic would be inconsistent with the positive obligations required by the Constitution.¹⁹ However, even such measures must be determined in the law, and the possible authorisation to the executive branch must be sufficiently precise.²⁰

¹⁵ *Ibid.*, para. 70.

¹⁶ On the distinction, see: Bardutzky, 2020, pp. 11–13.

¹⁷ U-I-79/20, paras. 71–72.

¹⁸ *Ibid.*, para. 72.

¹⁹ On the understanding of the positive obligations with respect to the right to life in Slovenia, see: Kos, 2022, pp. 21–26.

²⁰ To substantiate the latter stance, the Court draws from the case law of the European Court of Human Rights (ECtHR) on the demand for any limitations to be “prescribed by law”, specifically referencing *De Tommaso*

Applying the settled general principles to points 2 and 3 of Article 39(1) CDA, the Court outright established that the legislature decided to authorise the Government to adopt a regulation that prohibits or limits the movement and/or the gathering of people. By doing so, it left it to the Government not only to adopt the more detailed regulation of already adopted limitations concerning movement and gathering but also to decide whether, upon the occurrence of a certain communicable disease, the freedom of movement and the right of assembly and association of an indeterminate number of individuals would even be interfered with. Considering the general principles described above, the Court found that in ordinary circumstances, this would have already violated Articles 32 and 42 of the Constitution.

The Court, however, established an exception to the general principles set out before. It deemed that in the specific situation, it was not possible to deny the National Assembly the possibility of exceptionally leaving it to the executive branch to prescribe such measures to ensure the fulfilment of the positive obligations that stem from the Constitution. However, even then, the law must nevertheless determine: (1) the purpose of these measures; it must also determine with sufficient precision the admissible (2) types, (3) scope, and (4) conditions regarding the restriction of free movement and the right of assembly and association, as well as (5) other appropriate safeguards against the

arbitrary restriction of human rights and fundamental freedoms.²¹

The Court confirmed that the CDA clearly states the intention (purpose) of the limitations.²² Furthermore, it sided with the National Assembly in recognising, that an element of proportionality, namely urgency (necessity), is included in the text of the CDA.²³

The first major issue was the definition of “infected or directly jeopardised areas” in point 2 of Article 39(1) CDA. It held that the law fails to define the term “area”, nor does it provide anchors that could be of help in defining this term more precisely; the same holds for the terms “a jeopardised area” or “directly jeopardised area”. The loose definition of these terms meant that the law granted the Government unlimited discretion in determining the scope of the territory in which a prohibition or limitation of movement is declared.²⁴

As regards the precision of the manner (i.e. types) of permissible interferences with the freedom of movement, point 2 of Article 39(1) CDA only determines that the Government may prohibit or limit the movement of persons in infected and directly jeopardised areas, without further concretising such limitation. This provision does not expand the text of Article 32 of the Constitution in any way. The law does not expressly regulate any of the numerous and possibly very intensive interferences with free movement rights en-

v. Italy [GC], Application no. 43395/09, 23 February 2017.

²¹ U-I-79/20, para. 83.

²² *Ibid.*, para. 84.

²³ *Ibid.*, para. 85.

²⁴ *Ibid.*, para. 88.

abled by the exceptionally broad diction, and as a result, also does not determine the conditions for imposing them. It, therefore, fails to determine either the substantive basis for exceptions or other safeguards against excessive interferences with the rights. It leaves it up to the Government to assess which methods of limiting the rights are appropriate, necessary, and proportionate, while this assessment should be reserved for the legislature.²⁵ The CDA also fails to impose time limits on adopted acts or require periodical checks, which allows disproportionate interferences with the freedom of movement.²⁶

Turning to point 3 of Article 39(1) CDA, the Act was considered more precise in determining the manner of limitation of rights, as the authorisation to the Government was limited to public places, together with a non-exhaustive list of examples. However, since the prohibition of gatherings in different public places may have a differential effect on human rights, the law should determine the substantive criteria to choose between the measures, which it fails to do, leaving the discretion to the government.²⁷ The area in which such measures may be adopted is not specified.²⁸ A clear limitation on the duration of the measures is also lacking, again leaving the Government with too broad discretion. Other safeguards, such as obligatory consultation and cooperation with

experts, are not provided.²⁹ The Court reiterated that to guard against arbitrary interferences with human rights, clear, precise, and comprehensive informing of the public with the (expert) findings and opinions is crucial.³⁰

In conclusion, the Court opined that points 2 and 3 of Article 39(1) CDA gave the Government a “significantly too wide margin of appreciation in deciding on the measures”, because of the “substantive emptiness” of:

- The instructions as to the spatial limitation of measures,
- The determination of the types of response (*i.e.* methods),
- The criteria for the determination of the duration of measures,
- The duty to consult and cooperate with the expert community,
- The appropriate informing of the public.³¹

Accordingly, issuing a declaratory decision,³² the Court found that the provisions were inconsistent with Article 32(2) and Article 42(3) of the Constitution.³³

²⁹ *Ibid.*, para. 94.

³⁰ *Ibid.*, para. 95.

³¹ *Ibid.*, para. 96.

³² The Court obliged the National Assembly to remedy the established inconsistency within two months; until the established inconsistency is remedied, points 2 and 3 of Article 39(1) CDA continue to apply to enable the Government to adopt the necessary measures.

³³ Since the Ordonnances were adopted based on points 2 and 3 of Article 39(1) CDA, the Court found that they were also inconsistent with the Constitution without assessing their proportionality. Decision U-I-79/20, para. 106.

²⁵ *Ibid.*, para. 89.

²⁶ In view of the Court, “the longer a measure lasts, the more invasive the interference becomes.” *Ibid.*, para. 90.

²⁷ *Ibid.*, para. 91.

²⁸ *Ibid.*, para. 92.

4. Reassessing the Principle of Legality and some Methodological Quandaries

The Decision, as almost all of the other substantive ones adopted in relation to COVID-19-related restrictive measures, divided the Court. The substantive parts of the Decision were adopted by a vote of 5 to 3.³⁴ Accordingly, attached to the decision were no less than six separate opinions. This part addresses some of the most pronounced criticisms.

Firstly, concerning the general principles regarding the substance and role of the principle of legality in the Slovenian constitutional system, the Decision, bar for the newly introduced exception, follows the Court's previous case law. The use of these standards in the particular case was, however, questioned.

In academic discussions, some authors built on the separate opinion of Judge Šorli,³⁵ who pleaded for a “contextual” approach.³⁶ He argued that the Court overlooked the fact that the right to life was at stake and that it failed to balance the rights in conflict.³⁷ In fact, one of the consequences of the Court's understanding of the

principle of legality was that it did not deal with the subsequent question of whether or not the measures were proportionate to the pursued aims.³⁸ Following the constitutional doctrine, any restriction on human rights has to be (1) prescribed by law, (2) pursue a legitimate aim and (3) pass the proportionality assessment (proportionality test).³⁹ These must be met cumulatively. Therefore, if a measure lacks sufficient legal basis, the question of its proportionality, insofar as it is even possible to assess due to a lack of substantive elements, is irrelevant to the final decision.⁴⁰ To put it differently, even if all the measures adopted by the Government during the pandemic were proportionate, they would still be unconstitutional, inasmuch as they were based on legislation that does not comply with the principle of legality. This approach was followed in subsequent decisions.⁴¹ To the extent that the criticisms mentioned above

³⁴ Judge Jaklič, who in most other COVID-related cases dealing with restrictive measures supported the Government's position, did not partake in the adoption of the Decision for unspecified reasons.

³⁵ E.g., Zobec, 2021; Letnar Čeranič, 2021.

³⁶ For additional explanations on his initial position, see his dissenting opinion in U-I-135/21.

³⁷ Dissenting opinion of Judge Marko Šorli in U-I-79/20.

³⁸ Concurring opinion of Judge Šugman Stubbs in U-I-79/20, joined by Judge Čeferin. Similarly, Nerad (2021, p. III) states that the principle of legality, as a rule, precedes the question of proportionality.

³⁹ Cf. Bardutzky, 2020, pp. 14–17.

⁴⁰ This, for example, follows from U-I-445/20, U-I-473/20, paras. 30 and 35.

⁴¹ In some cases, the Court nevertheless decided to provide answers to the question of proportionality since they opened important systemic questions:

– U-I-50/21 since the case opened an important constitutional question (ban on public gatherings and protests, since there has not been any constitutional case law that refers precisely to public protests as a form of the collective expression of opinion on public matters. (para. 16);

called for a performance of the proportionality test after the Court had found that the principle of legality was not satisfied, this would, therefore, not be methodologically justified and could not have led to a different outcome.⁴² However, this argument could also be understood as a proposition that the Court should consider the aims of the legislation when setting the constitutional standards of the principle of legality. This is linked to the second line of the critical assessment of the Decision, tackling the strictness of the adopted standard of legality itself.

The COVID-19 pandemic is indeed specific. However, as seen above, the Court already considered this, providing an exception to the otherwise applicable standards under the principle of legality. Nevertheless, the criticism was directed toward such an approach, arguing that the established principles are still too strict and do not sufficiently consider that the measures adopted aimed to protect one of the most fundamental constitutional val-

ues,⁴³ namely human life, in a situation of significant uncertainty.^{44, 45} The most discernible criticism follows from the separate opinions of Judges Knez and Jadek Pensa. Essentially, they argued that the Court should have taken more seriously its position that the level of specificity and accuracy of the legislation might vary, depending on the subject matter of the regulation. Specifically, they stressed that the standards set out in the Decision might be unreasonably high for the legislature,⁴⁶ which would, including for objective reasons tied to factual uncertainties connected with the pandemic, not be able to comply. From the opposite perspective of the principle of separation of powers, problems concerning undue interference by the legislature with the powers of the executive, possibly

– U-I-445/20, U-I-473/20 since it opened a precedential question (closing of schools for children with special needs);

⁴² Arguing that if the Court balanced between the freedom of movement and assembly on the one hand and the protection of the right to life and health on the other, the final result would be obvious and in favour of the protection of the latter two rights, is therefore in my view inconsistent with the existing methodological approaches in constitutional adjudication. The principle of legality necessarily precedes the principle of proportionality. Cf. Batagelj, 2021.

⁴³ Former Constitutional Court Judge Zobec, for example, argued, that the judgment's approach was misguided: »The right to life, the highest constitutional value, should be at the centre of the assessment. The Court could then play with the principle of legality and combine it with freedom of movement and freedom of assembly and association.« (Translation by M.K.) See: Zobec, 2021.

Similarly, Letnar Černič wrote that "the Court failed to ask the question whether the value of human dignity overrides the principle of legality, or the other way around." (Translation by M.K.) Letnar Černič, 2021, p. 15.

⁴⁴ Cf. Partially concurring, partially dissenting opinion of Judge Knez in U-I-79/20; partially dissenting opinion of Judge Jadek Pensa in U-I-79/20.

⁴⁵ Cf. Partially concurring, partially dissenting opinion of Judge Šorli in U-I-79/20.

⁴⁶ Partially dissenting opinion of Judge Jadek Pensa in U-I-79/20. Cf. Avbelj, 2021.

demanded by the Court in this Decision, were also raised.⁴⁷ In more technical terms, the Court was faulted for not even trying to remedy the vagueness of the statutory regulation by appropriate methods of interpretation of legal acts (i.e., constitutionally consistent interpretation).⁴⁸ This line of argumentation can also be tied to another proposition, namely that such an approach leads to over-legislating to legal hypertrophy, causing the system to be even less effective.⁴⁹ Essentially, the standard under the principle of legality should, therefore, be looser.⁵⁰

⁴⁷ Triller Vrtovec, 2021, pp. I–VII.

⁴⁸ Avbelj, for example, writes that »the legal standards of points 2 and 3 of Article 39(1) CDA are too indeterminate and, therefore, unconstitutional, because the Constitutional Court itself made them such.« (Translated by M.K.) Avbelj, 2021. Cf. Partially concurring, partially dissenting opinion of Judge Šorli in U-I-79/20.

In my understanding of the Decision, while it is true, that by applying general constitutional principles (in good faith), the constitutionally consistent interpretation of the CDA may be possible, the Court took the position that the principle of legality simply sets a higher standard than that in cases of interferences with human rights. Only a possibility of constitutionally consistent interpretation of a law is not enough to comply with the demands of the principle of legality, when evaluating measures interfering with human rights. Cf. Dissenting opinion of Judge Pavčnik in U-I-79/20.

⁴⁹ Avbelj, 2021.

⁵⁰ Recently, in his concurring opinion in U-I-132/21, Judge Knez explained that the temporal dimension is also important. If the standards of the principle of legality should be looser at the beginning of the pandemic,

In general, the sentiment among the critics was that the Court had been overly formalistic. This is best exemplified by a statement of the Minister of the Interior, who, defending his work before the National Assembly, stated that “[t] his Government always took the position that substance matters more than some legal formalities.”⁵¹ In a way, this position expresses the sentiment that the ends may justify the means. As explained by some of the judges,⁵² as well as in some comments on the Decision,⁵³ this position, of course, overlooks the fact that the principle of legality is not, as it may seem to someone not versed in constitutional doctrine, a mere formality but an essential feature of the rule of law in any constitutional democracy.

In support of the stricter position by the Court, a systemic and pragmatic argument could additionally be put forward. In systemic terms, the relatively rigorous approach to the principle of legality maintained in the Decision could be traced back to the relative distrust towards the executive, expressed by the 1991 (post-communist) Constitution. As noted in some of the Court’s early decisions, the key purpose of the principle of the separa-

with time, this flexibility should be tightened as more information about the proper ways to combat the pandemic become known.

⁵¹ See: Transcript of the 28th regular session of the National Assembly, 20 December 2021.

⁵² Concurring opinion of Judge Šugman Stubbs in U-I-79/20, joined by Judge Čeferin; Concurring opinion of Judge Mežnar in U-I-79/20. Also see: Concurring opinion of Judge Knez in U-I-132/21.

⁵³ Vodičar, 2021, pp. 16–17.

tion of powers in the Slovenian system is, through strong mechanisms of checks and balances, to prevent a totalitarian system from ever being re-established.⁵⁴ In that sense, the Constitution, as interpreted by the Court, conforms to the “never again” principle. The strict understanding of the principle of legality could hence be understood as an extension of this idea of strict control over the powers of the executive branch to prevent arbitrary use (or abuse) of power as a specific and pronounced feature of the Slovenian Constitution.

In pragmatic terms, but also closely connected to the systemic argument, one can not rip the Decision out of its socio-political context. As discussed elsewhere,⁵⁵ examples of perceived and actual misuse (if not abuse) of power by the Government in other areas, not directly related to the pandemic, raised unfavourable sentiments in the public.⁵⁶ To add insult to injury, one could again quote from an

official submission of the Minister of the Interior in U-I-50/21, where the Minister audaciously proposed that politically motivated protests did not enjoy the protection under the Constitution.⁵⁷ It is hard not to see how perhaps one of the latent messages of the Court was to also reaffirm the strict observance of the rule of law in this specific case, by reaffirming its strict stance on the principle of legality.

5. Follow-up on the CDA: The Civil Society Steps up

The declared unconstitutionality of the CDA is primarily directed towards the legislature, namely the National Assembly. Since it is competent (and responsible) to pass legislative acts, it is also to blame for omissions to do so when necessary. Considering the division of powers and the role of the Government in the Slovenian constitutional system, the latter also bears part of the responsibility. Although any MP can propose the adoption of a law to the National Assembly, it is usually the Government who

⁵⁴ See, for example, U-I-158/94 of 9 March 1995: “16. This is why the historical mission of Slovenian Constitution has also been made to comprise the basic objective of preventing any attempt of reestablishment of a totalitarian system; and its most important direct objective remains to be the protection of fundamental human rights and freedoms of every person here and now.”

⁵⁵ Bardutzky, Bugarič and Zagorc, 2021; Vidmar, 2021.

⁵⁶ This did not go unnoticed by the EU institutions; see for example: European Parliament resolution of 16 December 2021 on fundamental rights and the rule of law in Slovenia, in particular the delayed nomination of EPPD prosecutors, OJ C 251, 30 June 2022, pp. 127–133.

⁵⁷ Decision U-I-50/21, para. 9: »The Minister of the Interior also submitted his opinion on the petition, which was accepted for consideration by Order No. U I 50/21, dated 15 April 2021. He opines that Articles 39 and 42 of the constitution do not protect freedom of expression and the right of assembly and association if the exercise of these rights is politically motivated. The motive for filing the petition at issue was allegedly the political orientation of the petitioners, which is disputed. The expression of political positions at public protests allegedly does not have greater weight than the health of citizens.»

sets the legislative agenda, since it ordinarily also possesses an absolute majority of the votes in the National Assembly. Especially where a legislative failure disabled the Government from legally and effectively implementing its responsibilities, it should be expected to do everything in its power to remedy the situation to be able to comply with the state's positive obligations under the Constitution.

The Court set a very short two-month deadline for the legislature to remedy the situation. The Government accordingly proposed a legislative amendment to the CDA on 28 June 2021.⁵⁸ The bill was first adopted by a vote of 44 in favour and 42 against. However, the National Council vetoed it. In a re-vote in the National Assembly on 17 July 2021, curiously, the amendment was almost unanimously rejected by a vote of 1 in favour, and 78 against; all MPs from coalition parties voted against the bill proposed by the Government.⁵⁹ After that, the Government failed to produce another proposal, as did all the other eligible subjects. This meant that the Decision of the Court remained unaddressed in the following months.

However, a reaction followed from the civil society (Legal Network for the Protection of Democracy), which, in co-

operation with constitutional experts, prepared a new legislative proposal. This proposal aims to comply with the demand for the precision of the legislative framework while also setting very strict standards concerning the proportionality requirement, providing for regular parliamentary scrutiny of governmental measures and a thorough informing of the public, including the publication of expert opinions, on which governmental decisions are based, in the Official Gazette. This proposal was picked up by a number of MPs, who initiated the amendment procedure on 14 December 2021;⁶⁰ However, with the general elections, the mandate of the National Assembly was concluded, and the amendment procedure was discontinued on 15 May 2022. The MPs, however, again put the proposal into the legislative procedure after the election, and the newly formed National Assembly voted in favour of the amendment on 29 June 2022.⁶¹ Two proposals to call a referendum on the newly adopted act had been filed. However, the National Assembly rejected the call in line with Article 90 of the Constitution. After the Court had rejected the appeals, lodged against the National Assembly's decision,⁶² the revised Act entered into force.⁶³

⁵⁸ The Legal Service of the National Assembly and the Human Rights Ombudsman criticized the proposal as not in compliance with the Decision of the Constitutional Court. For the text of the bill and opinions, see: documentation of the General Assembly under EPA: 1975-VIII.

⁵⁹ See: voting results of the National Assembly under EPA: 1975-VIII.

⁶⁰ See: documentation of the National Assembly under EPA 2366–VIII.

⁶¹ See: documentation of the National Assembly under EPA: 129–IX.

⁶² Order U-I-328/22 of 15 September 2022; Order U-I-330/22 of 15 September 2022; Order U-I-321/22 of 15 September 2022.

⁶³ *Zakon o spremembah in dopolnitvah Zakona o nalezljivih boleznih* (ZNB-D), Official Gazette of the RS, No. 125/22.

Bibliography

- Avbelj, M. (2021) 'Pra-odločba ustavnega sodišča', IUS-INFO [online], <<https://www.iusinfo.si/medijsko-sredisce/kolumne/284313>> (last access: 18. 7. 2022).
- Avbelj, M., and Vavovec, K. (2020) 'Slovenia' in Albert, R., Landau, D., Faraguna, P., and Drugda, S. (eds.) *2020 Global Review of Constitutional Law*. Boston: I•CONnect and the Clough Center, pp. 274–278.
- Bardutzky, S. (2020) 'Limits in Times of Crisis: on Limitations of Human Rights and Fundamental Freedoms in the Slovenian Constitutional Order', *Central European Journal of Comparative Law* 1(2), pp. 9–31.
- Bardutzky, S., Bugarič, B., and Zagorc, S. (2021) 'Slovenian Constitutional Hardball: Disruptive moves towards an illiberal democracy?', *Verfassungsblog* [online], <<https://verfassungsblog.de/slovenian-constitutional-hardball>> (last access: 18. 7. 2022).
- Bardutzky, S., and Zagorc, S. (2021) 'Slovenia: Second Wave of Challenges to Constitutionalism', *Verfassungsblog* [online], <<https://verfassungsblog.de/slovenia-second-wave-of-challenges-to-constitutionalism>> (last access: 18. 7. 2022).
- Batagelj, P. (2021) 'Ustavna debata Nove univerze: Odločba Ustavnega sodišče RS št. U-I-79/20: Pro et contra', *Dignitas* 89–90, pp. 25–44.
- Kos, M. (2022) 'O čem govorimo, ko govorimo o pozitivnih obveznostih države zaščititi življenje v kontekstu covid-19?', *Odvetnik* 1(104), pp. 21–26.
- Kukavica, J. (2020) '(Rule of) Law in the Time of Covid-19: Warnings from Slovenia', *Verfassungsblog* [online], <<https://verfassungsblog.de/rule-of-law-in-the-time-of-covid-19-warnings-from-slovenia>> (last access: 18. 7. 2022).
- Letnar Črnič, J. (2021) 'Epidemija, ustavno sodišče in pravica do življenja', *Pravna praksa* 24–25(40), pp. 14–16.
- Nerad, S. (2021) 'Pravni učinki odločbe Ustavnega sodišče o ZNB', *Pravna praksa*, 28(40), pp. I–XI.
- Triller Vrtovec, K. (2021) 'O streljanju medvedov, volkov in kozlov', *Pravna praksa*, 29(40), pp. I–VII.
- Vidmar, J. (2021) 'Slovenia's Legal Farce with the Nomination of European Delegated Prosecutors', *Verfassungsblog* [online], <<https://verfassungsblog.de/slovenias-legal-farce>> (last access: 18. 7. 2022).
- Vodičar, A. (2021) 'Odziv na ločeno mnenje sodnika Marka Šorlija k odločbi US RS št. U-I-79/20', *Pravna praksa* 24–25(40), pp. 16–17.
- Vuksanović, I. (2021) 'Ključni odločitvi Ustavnega sodišča RS v zvezi s pravnim odzivom države na epidemijo covid-19', *Odvetnik* 3(101), pp. 13–19.
- Zagorc, S., and Bardutzky, S. (2020) 'Business as Usual, but to the Unusual Extremes: Slovenia and Covid-19',

Verfassungsblog [online], <<https://verfassungsblog.de/business-as-usual-but-to-the-unusual-extremes-slovenia-and-covid-19>> (last access: 18. 7. 2022).

Zobec, J. (2021) 'Ali središče drži?' *SiolNET* [online], <<https://siol.net/siol-plus/kolumne/jan-zobec-ali-sredisce-drzi-553795>> (last access: 18. 7. 2022).

Zarja Hude*

Unilateral Termination of Employment of Pensionable Workers Held Unconstitutional Between Equal Treatment, the Principle of Legality and Pure Formalism

1. Introduction

In December 2020, during the second wave of the COVID-19 epidemic, the Slovenian parliament adopted the Act Determining Intervention Measures to Assist in Mitigating the Consequences of the Second Wave of COVID-19 Epidemic (hereinafter: The Intervention Act).¹ Its aim was, according to the legislative proposal,² to mitigate and eliminate detrimental consequences and other negative

impacts of the COVID-19 epidemic on the economy, employment relations and the labour market, the social assistance scheme, and healthcare.

In general, the Intervention Act was introduced to regulate COVID-19 related content and protect the persons' health as well as the liquidity of business entities.³ In pursuit of this aim, it was supposed to follow key principles of Slovenian constitutional law, *inter alia*, the social state principle (Article 2 of the Slovenian Constitution),⁴ the principle

* Bachelor of Law (University of Ljubljana), Master's student at University of Cambridge; hudezarja@gmail.com.

¹ *Zakon o interventnih ukrepih za pomoč pri omilitvi posledic drugega vala epidemije COVID-19* (ZIUPOPĐVE, Official Gazette of the Republic of Slovenia, Nos. 203/20 to 206/21).

² *Predlog zakona o interventnih ukrepih za pomoč pri omilitvi posledic drugega vala epidemije COVID-19* (ZIUPOPĐVE), EVA: 2020-1611-0140 (hereinafter: the Proposal).

³ The Proposal, p. 2.

⁴ *Ustava Republike Slovenije* (Official Gazette of the RS, Nos. 33/92-1 to 92/21). The social state (Germ. *Sozialstaat*) concept is inherent to the principle of solidarity that can either be vertical (among different individuals in the generation of economically active people, distinguished on grounds of their income) or horizontal (e.g., among individuals of different—young, working, and retired—gen-

of solidarity, and the principle of legality (Articles 8 and 153 of the Slovenian Constitution).⁵ However, two provisions of the Intervention Act—Articles 21 and 22—attracted particular attention because they regulated a somewhat COVID-19 non-related topic. They amended hitherto applicable arrangement for the ordinary termination of employment contracts due to business reasons set forth by the Employment Relationships Act (hereinafter: ERA)⁶ and the Public Workers Act (hereinafter: PEA).⁷

Until the adoption of the Intervention Act, an ordinary termination of the employment contract due to a business reason was governed by Article 89 ERA, applicable to the private sector, and Article 156 PEA, applicable to the public sector. Both pieces of legislation, in their essence,

provided for the same termination conditions. Firstly, they demanded the presence of a valid (business) reason, i.e., a reduction in the need to perform tasks and other work under the employment contract because of economic, organisational, technological, structural, or similar reasons on the part of the employer. Secondly, they required a substantiation of such reason. Thereby, only a substantiated notice of a reduced scope of work justified the termination of the employment contract. Such an arrangement aimed to guarantee workers the necessary level of employment protection and legal certainty.

The Intervention Act amended Article 89 ERA and Article 156 PEA by introducing a new exception to the requirement of a substantiated valid (business) reason for dismissing a worker. Employers in both private and public sectors were now enabled to terminate the employment contracts for all workers who met the conditions for acquiring the right to an old-age pension without stating or justifying a valid (business) reason whatsoever.

The amending provisions supposedly aimed to facilitate the termination of employment contracts of pensionable workers and to enable to employ younger workers instead. Presumably, by relieving the administrative burden of the employers regarding the dismissals, the competitiveness as well as the flexibility of Slovenian labour market would be improved.⁸ However, if dismissing a pensionable worker, the

erations). In the Proposal, the government stressed only the horizontal dimension of the solidarity principle (as well as mutual assistance) between the healthy and the sick, whereas it failed to mention the vertical aspect. This distinction is important because the Slovenian Government, when arguing for the constitutionality of the contested provisions before the Constitutional Court, heavily relied on the legitimate aim of employing younger people. See p. 3.

⁵ According to Article 153 on the Conformity of Legal Acts, from which the interpretation of the principle of legality can be derived, laws, regulations and other general legal acts must be in conformity with the Constitution. The Proposal, pp. 2–3.

⁶ *Zakon o delovnih razmerjih* (ZDR-1, Official Gazette of the RS, Nos. 21/13 to 54/22).

⁷ *Zakon o javnih uslužbencih* (ZJU, Official Gazette of the RS, Nos. 63/07 to 3/22).

⁸ The Constitutional Court of the RS Decision in Joint Cases Nos. U-I-27/21 and U-I-16/21-17 of 18 November 2021, para. 8.

Intervention Act did not require employers to hire a younger worker. Consequently, the alleged aim of the Intervention Act was left highly questionable.

As a safeguard for the dismissed pensionable workers, the Intervention Act envisaged a notice period of 60 days and entitled them to the same severance pay they would have received in case of an ordinary dismissal due to a business reason pursuant to the previous legislation, i.e., by virtue of Article 89 ERA and Article 156 PEA.

It can be deduced that the Intervention Act changed the arrangement of dismissing workers by adding a new (business) reason for terminating the employment contract of pensionable employees, whereby the employers were no longer obliged to justify the reason behind the dismissal. The Intervention Act deemed sufficient for employers to prove that the dismissed workers meet the retirement conditions. No further explanation or reasoning was required.

2. The Case and the Decision

Soon after its adoption, the Intervention Act was heavily criticised both by the general and professional public, *inter alia*, because it assumably discriminated against pensionable persons as an especially vulnerable population group. Namely, pensionable workers are necessarily older persons whose employability is significantly difficult. As a result, their subsequent employment at another employer is highly improbable. In most cases, a dismissal at such a late stage of employment in practice leads to retirement.

In addition, it was emphasised that, irrespective of the temporary nature of the Intervention Act, the amending provisions are systematically and permanently amending Slovenian labour and social security law. Those changes were nevertheless adopted without previous social dialogue. It was also highlighted that the amending provisions deprive pensionable workers of several labour and social security rights, whereby the legitimate aim pursued by those provisions as well as their proportionality, are highly questionable.⁹

For these reasons, seven representative trade unions and the Advocate of the Principle of Equality initiated the procedure for the review of the constitutionality of the amending provisions before the Constitutional Court of the Republic of Slovenia (hereinafter: Court).

In February 2021, the Court issued an order to suspend the effect of the challenged provisions.¹⁰ Consequently, it suspended the legal effect of already served terminations of employment contracts until reaching the final decision in the case. This decision was rendered in November 2021; the Court reversed the contested provisions of the Intervention Act due to their incompatibility with Article 8 of the Constitution, which demands compliance of national laws and regulations with international law.

⁹ See, for example, Bagari, Strban, 2021, pp. 9–29; Mišič, 2021, pp. 79–95.

¹⁰ Constitutional Court Order No. U-I-16/21 of 18 February 2021.

2.1. *Procedural Reasons behind the Suspension*

According to Article 23a of the Constitutional Court Act (hereinafter: CCA),¹¹ a trade union, a representative in the territory of Slovenia, may initiate the procedure for the review of the constitutionality whenever the disputed legislation endangers workers' rights.

The Court preliminarily confirmed that initiating trade unions fulfil the condition of representativeness. Next, it examined whether the challenged provisions indeed endangered the rights of workers. More specifically, the Court explained that the legislation in question must present a concrete and direct threat to the labour and social security rights of workers represented by the trade union. In this regard, it remarked that the disputed provisions determine a new dismissal (business) reason which enables the employers to dismiss all workers who meet the retirement conditions (i.e., workers who meet the stipulated threshold of both requisite age and employment period) for business reasons without the need to substantiate the reason itself. Considering this, the Court concluded that the said provisions present a concrete and direct threat to the rights of workers.¹²

¹¹ *Zakon o ustavnem sodišču* (ZUstS, Official Gazette of the RS, Nos. 64/07 to 92/21).

¹² See, the Constitutional Court of the RS Order No. U-I-16/21 of 18 February 2021, paras. 9–12. With this conclusion, the Constitutional Court reversed its case-law, according to which the termination of the employment contract due to the fulfilment

In this regard, the Court emphasised particularly severe implications of terminating the employment contract of older workers who are generally challenged by difficult re-employment. For them, such termination most likely means not only loss of employment but also the end of their professional career. The risk of irreversible change of status from being economically active to being retired was deemed as another reason supporting the conclusion that the challenged provisions endanger workers' rights.¹³

In light of the above, the Court found that procedural conditions to decide upon suspending the effect of the disputed provisions of the Intervention Act, which enabled the employers to unilaterally terminate the employment contract to all pensionable employees without providing the reason behind the dismissal, are met. This enabled the Court to deal with the merits of the request for suspension.

2.2. *Substantive Reasons behind the Suspension*

Article 39(1) of the CCA allows the Court to suspend the contested legislation until its final decision if the enforcement of the contested act could result in detri-

of retirement conditions could not endanger the rights of workers. See, for example, Constitutional Court of the RS Order No. U-I-154/12 of 6 March 2014 or the Constitutional Court of the RS Decision No. U-I-68/14 of 9 September 20215, and others.

¹³ See, the Constitutional Court of the RS Order No. U-I-16/21 of 18 February 2021, para. 13.

mental consequences that would be difficult to repair. Accordingly, the Court had to weigh the risks of detrimental consequences that would occur:

- On the one hand, if the contested legislation was enforced but later found unconstitutional, and
- On the other hand, if the challenged provisions were suspended but later found compliant with the Constitution.¹⁴

In the context of weighing the risks, the Court once again put forward the more difficult employability of the older persons and irreparable consequences of the disputed provisions on pensionable workers (see above, 2.1.). A key finding was that a potential reversal of the said provisions (in case they were found unconstitutional) would only be possible if the served terminations of employment were suspended. Meanwhile, the employers could still dismiss workers for business reasons if the reason for termination of employment would be appropriately substantiated.¹⁵ Weighing both scenarios, the Court decided in favour of the claimants and issued an order to suspend the enforcement of the contested provisions of the Intervention Act until reaching the final decision in the case.

2.3. *Procedural Reasons behind the Reversal*

In the course of the proceedings, claims of representative trade unions were joined by the Advocate of the Principle of Equality. In its final decision, the Court

¹⁴ *Ibid.* para. 14.

¹⁵ *Ibid.* para. 15.

thus dealt with its legitimacy for initiating the procedure for the review of the constitutionality of the challenged provisions of the Intervention.

The Court maintained that the Advocate of the Principle of Equality might claim violations of prohibited discrimination in connection with human rights and fundamental freedoms and breaches of the general principle of equal treatment.¹⁶ Therefore, to the extent the Advocate of the Principle of Equality was not invoking violations of human rights and fundamental freedoms, the Court denied its capacity to bring forward the proceedings.¹⁷ This finding, however, did not affect the substance of the final decision.

2.4. *Substantive Reasons behind the Reversal*

The Court initially stressed that the employer's choice to terminate the employment is limited by several substantive conditions. The main limitation is a requirement of an actual, valid reason substantiated in the written form, which must be:

- Either connected to the capacity or conduct of the worker or
- Based on the operational requirements of the employer (the so-called business reason).¹⁸

¹⁶ The Constitutional Court of the RS Decision in Joint Cases Nos. U-I-27/21 and U-I-16/21-17 of 18 November 2021, para. 15.

¹⁷ *Ibid.*, para. 16.

¹⁸ *Ibid.*, para. 18.

Moreover, the Court outlined the provisions governing the employer's ordinary termination of an employment contract due to a business reason, i.e., Article 89 ERA and Article 156 PEA. According to ERA, a valid business reason is recognised as "a cessation of the needs to carry out certain work under the conditions pursuant to the employment contract, due to economic, organisational, technological, structural, or similar reasons on the employer's side," whilst PEA recognises such reason as a "decline in the volume of public tasks or the privatisation of public tasks or for organisational, structural, public finance or other similar reason." Both pieces of legislation require such a reason to be substantiated in a written form.

The Court affirmed that the Intervention Act adopts a brand new (business) reason for terminating the employment contract, characterised by two specialities:¹⁹

1. It applies only to workers who meet the retirement conditions and
2. There is no need for substantiation or other explanation.²⁰

The claimants asserted that such an arrangement contradicts international treaties binding on Slovenia, invoking particularly Article 4 of the International Labour Organization Convention No. 158 (hereinafter: ILO Convention No. 158) and the revised European Social Charter (hereinafter: ESC). The reference to binding international treaties is important in the context of the hierarchy of legal acts enshrined in Article 8 (and Article 153) of

the Constitution, the highest legal act in the Slovenian legal system. Both articles demand that all national laws conform with international law and international treaties binding Slovenia.

To decide on the subject matter, the Court thus relied on two international treaties. First, on Article 4 of the ILO Convention No. 158, which reads: "The employment of a worker shall not be terminated unless there is a *valid reason* [emphasis added] for such termination connected with the capacity or conduct of the worker or based on the operational requirements of the undertaking, establishment, or service." Second, on Article 24(1)(a) of the ESC, which provides for "the right of all workers not to have their employment terminated without *valid reasons* [emphasis added] for such termination connected with their capacity or conduct or based on the operational requirements of the undertaking, establishment, or service."²¹

The Court found that, by demanding a valid reason for termination of the employment contract, both international treaties pursue the same objective—to

²¹ Article 24(1)(b) of the ESC provides for an alternative right of workers whose employment is terminated without a valid reason to adequate compensation or other appropriate relief. However, the compensation (as a reimbursement of a damage) should be differentiated from the severance pay (as a benefit after the employment relationship ends). For this reason, the disputed provisions cannot be understood in terms of a compensated termination of the employment relationship without a valid reason.

¹⁹ *Ibid.*, para. 19.

²⁰ *Ibid.*, para. 20.

protect the worker against unjustified dismissal by the employer.²²

Furthermore, it was remarked that both international instruments explicitly specify (the exact same non-exhaustive) list of circumstances²³ that shall *not* constitute valid reasons for terminating the employment contract.²⁴ With respect to the ILO Convention No. 158, the Court also observed the Recommendation No. 166 (hereinafter: Recommendation) that supplements the Convention and sets interpretative guidelines. In addition to non-valid reasons for dismissal set forth by the Convention, Article 5 of the Recommendation specifically classifies retirement age as another reason that cannot justify the termination of the employment contract. Interestingly, the Court did not elaborate on this matter any further.²⁵

Considering the acknowledged Recommendation, the Court could have discussed whether a non-exhaustive list of

non-valid reasons for a dismissal stipulated by Article 5 of the ILO Convention No. 158 should consider the supplementing Recommendation (and if not, why so). However, in the case at hand, the scope of Article 158 was not discussed. Reasons not expressly listed therein were deemed as potentially valid reasons for termination of the employment contract, provided that they are sufficiently and appropriately substantiated.²⁶

With respect to the required substantiation, the Court explained that only reasoning of the valid reason behind the termination of the employment contract enables an impartial subsequent examination whether the dismissal was justified, legitimate and legally compliant.²⁷ In this regard, the Court recalled that the burden of proving the existence of a valid reason is on the employer.²⁸

In line with the foregoing, the Court concluded that a dismissal by the employer is justified only in case of a sufficiently and appropriately substantiated valid reason; whether the valid reason could include pensionable age was not directly answered. In case the termination of the employment contract is not substantiated, there is no valid reason and, consequently, there is no justified termination in the

²² See, the Constitutional Court of the RS Decision in Joint Cases Nos. U-I-27/21 and U-I-16/21-17 of 18 November 2021, para. 24.

²³ Non-exhaustive nature can be deduced from the text of both international treaties, which explicitly use wording *inter alia* [A/N: wording by the Article 5 ILO Convention No. 158] or *in particular* [A/N: wording by the Article 24 of the Appendix to the ESC] before listing non-valid reasons for termination of employment contract.

²⁴ See Articles 5 and 6 of the ILO Convention No. 158 and Article 24(3) of the Appendix to the ESC.

²⁵ The Constitutional Court of the RS Decision in Joint Cases Nos. U-I-27/21 and U-I-16/21-17 of 18 November 2021, para. 25, footnote 14.

²⁶ The Constitutional Court of the RS Decision in Joint Cases Nos. U-I-27/21 and U-I-16/21-17 of 18 November 2021, para. 25, footnote 14.

²⁷ Article 24 of the ESC.

²⁸ *Ibid.*, paras. 18 and 26.

sense of both the ILO Convention No. 158 and the ESC.²⁹

In the present case, the challenged provisions of the Intervention Act excluded the requirement to substantiate a valid (business) reason for the dismissal. It was sufficient that the worker met the retirement conditions. No further explanation was required.

For the Court,³⁰ the key acknowledgment was that the fulfilment of retirement conditions in itself—with no further substantiation by the employer—cannot constitute a requisite valid (business) reason pursuant to the observed international law provisions. By excluding the employers' obligation to substantiate a valid (business) reason, the disputed provisions eliminated the essential element of workers' protection against unjustified unilateral dismissal. Moreover, in the absence of any substantiation behind the dismissal, any subsequent examination by an impartial body would be disabled. As a result, workers would be deprived of adequate labour protection regarding the termination of the employment contract.

The above-mentioned led the Court to conclude that unilateral termination of the employment contract solely because the worker fulfils the retirement conditions without the need for the employer's decision to be justified by a valid (business) reason is not consistent with the ILO Convention No. 158 and the

ESC. Because the provisions of a (legislative) Intervention Act derogated from international treaties, they were found to be inconsistent with Article 8 of the Constitution. Ultimately, the Court reversed the challenged provisions allowing employers to dismiss pensionable employees without the need to explain the reason behind the dismissal.

It should be noted that Article 8 of the Constitution is of procedural nature, as it regulates the hierarchy among legal acts in the RS (*lex superior derogate legi inferiori*). In addition, the claimants raised many substantive issues relating to human rights and obligations of the State. In this regard, they relied on Equality before the Law (Article 14 of the Constitution), Freedom of Work (Article 49 of the Constitution), and Security of Employment (Article 66 of the Constitution).³¹ Yet, because the challenged provisions were found unconstitutional for procedural reasons already, substantive claims put forward by the claimants were not addressed by the Court.

3. Assessing the Separate Opinion of Judge Accetto

In his concurring separate opinion,³² Judge Accetto firstly confirmed the need for a valid substantiated reason to terminate the employment contract as an essen-

²⁹ The Constitutional Court of the RS Decision in Joint Cases Nos. U-I-27/21 and U-I-16/21-17 of 18 November 2021, paras. 18 and 28.

³⁰ *Ibid.*, paras. 18, 27 and 28.

³¹ *Ibid.*, para. 1.

³² Separate concurring opinion by Judge Accetto to the Constitutional Court of the RS Decision in Joint Cases Nos. U-I-27/21 and U-I-16/21-17 of 18 November 2021. The opinion was joined by Judge Knez.

tial element of workers' protection against unjustified dismissal.³³ However, he emphasised whether the possibility to dismiss a worker due to a business reason, solely because workers fulfil the retirement age, is admissible in substance. Referring to the Statement of Interpretation of Article 24 of the ESC, rendered by the European Committee of Social Rights (hereinafter: ECSR), he highlighted that age is a controversial reason for unilaterally terminating the employment contract. As observed by Accetto, this issue was also indicated but not elaborated on in the decision itself (the concern was raised within a footnote only).³⁴ The ECSR has consistently held that a unilateral dismissal by the employer on grounds of the worker reaching pensionable age is contrary to the ESC unless the termination is properly justified with reference to one of the valid grounds explicitly expressed therein.³⁵ Judge Accetto maintained that the Court could have paid more attention to the question of whether a general possibility to unilaterally terminate the employment contract solely because the worker meets the retire-

ment conditions could satisfy the requirement of a valid substantiated reason from Article 24 of the ESC.³⁶

Secondly, Judge Accetto underlined another aspect the decision left aside—the relevance of EU law. EU law, for example, Articles 15 (Freedom of Occupation and Work) and 21 (Prohibition of Discrimination) of the Charter of Fundamental Rights of the European Union, addresses issues related to those discussed in the present case as well. He expressed his belief that EU law is also relevant in assessing the issues raised in the present case and, for this reason, should have been considered.³⁷

Judge Accetto also speculated about the reasons for putting EU law aside by the Court. One of them could be the sheer nature of EU law which provides for *additional* protection of workers' rights. Should the Court find the disputed provisions of the Intervention Act inadmissible already on the grounds of Slovenian (domestic) law, the effect of EU law would not be decisive. Nevertheless, in his view, because the Court relied heavily on the ILO Convention No. 158 and the ESC, it could have, *a fortiori*, assessed the compatibility of the said provisions with EU law as well.³⁸

4. Conclusion

Before the decision was rendered, the contested provisions had attracted much

³³ *Ibid.*, para. 2.

³⁴ *Ibid.*, para. 3.

³⁵ ECSR, Statement of interpretation on Art. 24 of the ESC, para. 3. See also: Conclusions of ECSR concerning Armenia (2020), Conclusions of ECSR concerning Turkey (2012), Decision of ECSR, case *Fellesforbundet for Sjøfolk (FFFS) v. Norway*, Complaint No. 74/2011, <[https://hudoc.esc.coe.int/eng/#{%22sort%22:\[%22ESCPublicationDate%20Descending%22\],\[%22ESCDIdentifier%22:\[%22cc-74-2011-dmerits-en%22\]\]>](https://hudoc.esc.coe.int/eng/#{%22sort%22:[%22ESCPublicationDate%20Descending%22],[%22ESCDIdentifier%22:[%22cc-74-2011-dmerits-en%22]]>).

³⁶ *Ibid.*, para. 5.

³⁷ Separate concurring opinion of Judge Accetto, para. 6.

³⁸ *Ibid.*, para. 7.

attention. Many issues concerning the contested Intervention Act were raised by legal scholars, politicians, and the civil society. All pointed out that they interfered with the fields of labour law and social security law significantly and permanently. A question whether those provisions present an admissible, appropriate, and proportionate measure limiting the human right to work was raised. Doubts were put forward, whether it is suitable to introduce a systematic and permanent change by an intervention law adopted to mitigate the consequences of the COVID-19 epidemic.³⁹ Furthermore, the said provisions were opposed because they added to the problem of low economic activity of older persons and, as such, contradicted pension and disability insurance provisions aiming to encourage later retirement. It was also stressed that older workers, now unemployed persons, find it hard to become reemployed, thus, such a measure would have ultimately deprived them of significant social security rights and benefits. In addition, it was emphasised that the legislative changes contradicted the principle of legal certainty and predictability. By leaving the workers' position to the complete discretion of the employer,

³⁹ The measure was by no means associated with the COVID-19 epidemic. Additionally, a key feature of intervention laws is their transitional nature. Yet, dismissing workers who fulfil retirement conditions, in practice, constitutes an irreparable measure for the dismissed older workers. Due to a significantly difficult employability after meeting the retirement conditions, the workers would have most likely retired permanently.

workers' private autonomy was allegedly put at severe risk.⁴⁰ In a broader sense, a complete subordination of older workers in relation to their employers could also interfere with their personality rights and personal dignity. Finally, the relevant provisions were also problematised in terms of unjustified and unequal treatment of older persons. The Advocate of the Principle of Equality made an extensive assessment of discrimination of such provisions. Breach of anti-discrimination legislation was also invoked by the trade unions as initiators of the review procedure.

Notwithstanding all the issues and concerns mentioned above, the Court refrained from addressing most of the substantive questions arising out of the challenged provisions of the Intervention Act. It reversed them for a formal reason only—because of their inconsistency with the relevant international treaties (excluding EU law). Accordingly, the main substantive question about the merits of placing a pensionable age as a “valid (business) reason” for a unilateral dismissal remained unanswered.⁴¹ This conclusion is indicated in the concurring separate opinion of Judge Accetto as well.

Another remained uncertainty is whether the retirement age (subject to

⁴⁰ To illustrate, a sudden and unpredicted loss of employment may affect the dismissed individuals' ability to assume and fulfil financial commitments (credit loans, private insurances, etc.). See, for example, Bagari and Strban, 2021, pp. 9–29; Mišič, 2021, pp. 79–95.

⁴¹ Constitutional Court of the RS Decision on Joint Cases Nos. U-I-27/21 and U-I-16/21-17 from 18 November 2021, paras. 18 and 27.

national law and practice regarding retirement) set forth by the Recommendation could be interpreted as being covered by Article 5 of the ILO Convention No. 158, which specifies a non-exhaustive⁴² list of non-valid reasons for terminating the employment contract. Even though the Recommendation is not directly binding on the Republic of Slovenia, its analysis remains important – deviation from the Recommendation can ultimately result in a misuse of the binding ILO document (and the essentially analogous ESC).

In conclusion, although the interested public has been eagerly awaiting the decision of the Court on the subject matter, the decision is silent on key substantive issues brought by the case at hand. The Court significantly narrowed its judgement down to whether the disputed provisions of the Intervention Act contradict the relevant international treaties (excluding EU law) and, consequently, Article 8 (and Article 153) of the Constitution. Nonetheless, such a decision certainly confirmed the contested amendment's unconstitutional nature. Therefore, the decision provides a solid employment safeguard promoting the older workers to remain economically active even after they *may* – and not *shall* – retire.

Literature

- Conclusions of the European Committee of Social Rights (ECSR) 2020 concerning Armenia, <<https://rm.coe.int/rapport-arm-en/1680a1c0ad>>.
- Conclusions of the European Committee of Social Rights (ECSR) 2020 concerning Turkey, <https://www.ecoi.net/en/file/local/1260418/1226_1359468203_turkey2012-en.pdf>.
- European Committee of Social Rights (ECSR), Statement of interpretation on Article 24 of the European Social Charter: on age and termination of employment, <[Delavci in delodajalci 21\(1\), pp. 9–29.](https://hudoc.esc.coe.int/eng#{%22sort%22:[%22ESC-PublicationDate%20Descending%22],[%22ESCDcIdentifier%22:[%222012_163_10/Ob/EN%22]]}>.</p><p>Mišič, Luka (2021) 'Socialnopravna vročica slovenskega zakonodajalca: o obmejnih in starejših delavcih ter o predlogu (proti)socialne kapice', <i>Javna Uprava</i> 57(1-2), pp. 7–23, 147–148.</p><p>Bagari, Sara; Strban, Grega (2021) 'Delovno- in socialnopravna vprašanja)

⁴² Article 5 of the ILO Convention states: "The following, *inter alia*, shall not constitute a valid reason for termination [...]". Recommendation is adding the following: "In addition to the grounds referred to in Article 5 [...] the following should not constitute valid reasons for termination [...] age, subject to national law and practice regarding retirement [...]"

Sinopsis

Izvirni znanstveni članek
UDK: 341:330.3:061.1EU
616:061.1EU
DOI: 10.51940/2022.1.9-41

ZBORNİK ZNANSTVENIH RAZPRAV
LXXXII. LETNIK, 2022, STRANI 9–41

Joseph (Jože) Straus

Evropska unija po krizi: tveganja in priložnosti – problema »neprijetnega spoznanja« in »institucionalizirane pozabljivosti«

Kriza, ki sta jo povzročili vojna v Ukrajini in pandemija covid-19, je najresnejši izziv za Evropo po drugi svetovni vojni. Stopnja ogroženosti evropske varnosti zaradi krize je brez primere. Ni mogoče napovedati, kdaj in kako se bo kriza končala. Vendar ne glede na njen konec pa ni dvoma, da bo Evropi povzročila stroške v višini več sto milijard, če ne celo nekaj tisoč milijard evrov, torej bo resno škodila in oslabilila evropsko gospodarstvo ter ogrozila položaj Evrope kot svetovne gospodarske sile. Posledice se bodo kazale tudi v korenitih spremembah mednarodnih gospodarskih in političnih odnosov. Za Evropsko unijo bi moralo biti iskanje in oblikovanje racionalnih ter učinkovitih rešitev za uspešno politično in ekonomsko obvladovanje posledic krize prednostno, in sicer takoj za neverjetno zahtevnimi prizadevanji za obvladovanje sedanje krize. Pandemija covid-19 in vojna v Ukrajini sta EU presenetili. Evropa bi se morala taki izkušnji v prihodnje izogniti. Ne glede na to, kako se bo ta kriza končala, bo treba za obvladovanje njenih posledic ter prepoznavanje zadevnih tveganj in priložnosti EU začeti ugotavljati, kdo je imel od krize največjo korist. To ne bo mogoče z omejevanjem aktivnosti na tekoče posle, kot so iskanje novih dobaviteljev surovin in energije, harmonizacija fiskalnih pravil, zagotavljanje potrebnih sredstev za obvladovanje finančne krize itd. Za iskanje rešitev za trajnostni mir v Evropi bo potreben veliko širši vizionarski pristop. Izogibati se je treba izidu, kot je Versajska pogodba. Treba je preprečiti, da bi današnji »zaspanci«, torej tisti, ki ignorirajo »neprijetna spoznanja«, dopustili, da Evropa zdrsne v tretjo svetovno vojno. EU bi morala vsem svojim članicam jasno sporočiti, da je za Evropo »evropska solidarnost« z vsemi svojimi lastnostmi jedro resničnih interesov EU, vključno z interesi varnosti in obrambe. To bo zahtevalo tudi spremembe v Pogodbi o EU in Pogodbi o delovanju EU, obravnavane v prispevku. Če tega ne bo, EU in njene Članice nikoli ne bodo dosegle statusa »enakopravnih živali« v globalnem smislu – se pravi, da ne bodo postale resnično suverene in neodvisne.

Ključne besede: Evropska unija, NATO, covid-19, Ukrajina, skupna zunanja in varnostna politika, finančna kriza.

Izvorni znanstveni članek

UDK: 347.9:061.1EU

DOI: 10.51940/2022.1.43-67

ZBORNİK ZNANSTVENIH RAZPRAV

LXXXII. LETNIK, 2022, STRANI 43–67

Damjan Kukovec

Pomen meta-vizije Sodišča Evropske unije za Slovenijo

Avtor preučuje, kako je pojem avtonomije prava Evropske unije, ki je organizacijsko načelo koherentnosti Sodišča EU, s katerim slednje zagotavlja enotnost in skladnost evropskega pravnega sistema ter prežema celotno sodno prakso Sodišča EU, imel ključno vlogo v odmevnih primerih pred Sodiščem EU, v katerih je bila neposredno vpletena Slovenija. Avtor najprej obravnava zadevo *Detiček*, prvi primer slovenskega predloga za predhodno odločanje, v kateri je Sodišče stopilo na najbolj sporno presečišče načela vzajemnega zaupanja in varstva človekovih pravic, sicer ključnih elementov avtonomije. V drugi, odmevni zadevi *Arhivi* je Komisija s tožbo zahtevala ugotovitev, da je Slovenija kršila nedotakljivost arhivov EU in s tem avtonomijo evropskih institucij ter izvajanja prava EU s tem, ko je enostransko zasegla dokumente na sedežu Banke Slovenije. V tretji, meddržavni zadevi *Slovenija proti Hrvaški*, pa je Sodišče ugotovilo, da ni pristojno za ugotovitev, ali je Hrvaška z neizvršitvijo arbitražne odločbe kršila pravo EU, ker arbitražni sporazum ni nikoli postal del pravnega reda EU. Avtor ugotavlja, da globlje razumevanje vloge avtonomije v pravnem razlogovanju Sodišča EU omogoča slovenskim pravnikom najboljše predvidevanje odločitev Sodišča, s tem pa tudi pravno razlogovanje, ki bo bolje artikuliralo interese Slovenije v jeziku prava EU.

Ključne besede: avtonomija prava Evropske unije, doslednost, koherentnost, Slovenija, organizacijsko načelo, Sodišče Evropske unije.

Izvirni znanstveni članek

UDK: 347.991:347.962(497.4)

347.9:347.962:061.1EU

DOI: 10.51940/2022.1.69-96

ZBORNİK ZNANSTVENIH RAZPRAV

LXXXII. LETNIK, 2022, STRANI 69–96

Jaka Kukavica

Otok sredi Evrope? Vpetost Vrhovnega sodišča RS v evropski medsodniški dialog

Prispevek obravnava položaj Vrhovnega sodišča Republike Slovenije v medsodniškem dialogu v Evropi prek analize medsebojnih sklicev med vrhovnimi sodišči držav članic EU. Razlikuje med aktivno udeležbo Vrhovnega sodišča RS v medsodniškem dialogu – sklicevanjem Vrhovnega sodišča RS na druga evropska vrhovna sodišča – in pasivno udeležbo – sklicevanjem drugih evropskih vrhovnih sodišč na odločitve Vrhovnega sodišča RS. Medsebojne sklice smo identificirali na podlagi iskanja vnaprej določenih iskalnih gesel v podatkovnih bazah odločitev vrhovnih sodišč v vseh 28 državah članicah EU. V populaciji približno 1.330.000 odločitev, ki so jih vrhovna sodišča v EU sprejela v obdobju 2000–2018 v zadevah zasebnega prava, smo identificirali skoraj 3.000 odločitev, v katerih so se evropska vrhovna sodišča medsebojno sklicevala. V primerjalnem kontekstu se Vrhovno sodišče RS v medsodniški dialog aktivno vključuje zmerno pogosto: na druga evropska vrhovna sodišča se je sklicevalo v 63 primerih s heterogenim vzorcem sklicev, ki ga prispevek podrobno analizira. Pasivno je Vrhovno sodišče RS v medsodniški dialog vključeno redko: le v enem primeru se je tuje vrhovno sodišče sklicevalo na njegovo odločitev. Takšna skoraj popolna izoliranost je značilna tudi za druga vrhovna sodišča novejših in manjših držav članic, katerih delovni jezik je širšemu občinstvu nerazumljiv. Prispevek ponudi razmislek o tem, kaj bi bilo potrebno, da bi se Vrhovno sodišče RS bolj trdno postavilo na evropski zemljevid kot enakovreden diskurzivni partner bolj uveljavljenim vrhovnim sodiščem.

Ključne besede: primerjalnopravni argument, medsodniški dialog, Vrhovno sodišče Republike Slovenije, sodniško odločanje, evropska vrhovna sodišča.

Izvorni znanstveni članek

UDK: 347.72:347.9

DOI: 10.51940/2022.1.97-120

ZBORNİK ZNANSTVENIH RAZPRAV

LXXXII. LETNIK, 2022, STRANI 97–120

Rok Dacar, Aleš Ferčič

Pravnopolitični pogled na doktrino nujnih zmogljivosti: analiza stanja in pomen »nepogrešljivosti«

Doktrina nujne zmogljivosti je institut konkurenčnega prava, po katerem mora podjetje, ki ima na zgornjem trgu (nujne zmogljivosti) prevladujoč položaj, omogočiti dostop do te zmogljivosti, ki je nepogrešljiva za delovanje na spodnjem, vertikalno povezanem, trgu, tretjim podjetjem, ki želijo na tem trgu delovati. Natančni pogoji za njeno aktivacijo so zaradi nedosledne, čeprav obsežne prakse Evropske komisije in Sodišča Evropske unije nejasni. Prispevek poskuša z analizo nekaterih najpomembnejših sodb s področja doktrine nujne zmogljivosti ugotoviti, katere pogoje morajo za to, da je doktrino mogoče uporabiti, izpolniti posamezne vrste zmogljivosti (materializirane, nematerializirane in pravice intelektualne lastnine). Prav tako pa se tudi opredeli do v literaturi pogostih očitkov, da je praksa Evropske komisije in Sodišča Evropske unije s področja doktrine nujne zmogljivosti samovoljna. Čeprav je praksa resnično nedosledna, pa ni tudi samovoljna, saj jo je treba razumeti v luči spreminjajočih ciljev, ki jih skozi čas zasledujeta konkurenčna politika in konkurenčno pravo.

Ključne besede: doktrina nujne zmogljivosti, konkurenčno pravo, konkurenčna politika, kriterij novega proizvoda, tehnični napredek.

Izvirni znanstveni članek

UDK: 340.1:342

DOI: 10.51940/2022.1.121-155

ZBORNIK ZNANSTVENIH RAZPRAV

LXXXII. LETNIK, 2022, STRANI 121–155

Jure Spruk

Pravna država in pravno načelo zaupanja v pravo

Članek obravnava povezavo med pravno državo (in vladavino prava) in pravnim načelom zaupanja v pravo v ustavni demokraciji. Pravna država in vladavina prava sta osrednja kakovost moderne države, znotraj katere se človek končno osvobodi verske predestinacije in naravnega determinizma. Človekova svoboda gre z roko v roki z njegovo odgovornostjo za vodenje države, kar se pretežno zgodi skozi pravo. Zaupanje v pravo je ena od opornih točk družbenega veziva, brez katerega pravo izgubi koordinacijsko funkcijo v državi in družbi. Zaupanje v pravo pomeni zaupanje v (so)človeka, pravno načelo zaupanja v pravo skozi krepitev predvidljivosti in stabilnosti pravnih pravil pa brani ta sociološki minimum.

Ključne besede: pravna država, vladavina prava, ustavna demokracija, načelo zaupanja v pravo.

Izvirni znanstveni članek

UDK: 347.962.6:061.1EU

DOI: 10.51940/2022.1.157-185

ZBORNIK ZNANSTVENIH RAZPRAV

LXXXII. LETNIK, 2022, STRANI 157–185

Danaja Lipič Plohl, Aleš Ferčič

Evropski koncept neodvisnega sodstva in kvantifikacija formalne neodvisnosti sodstva v izbranih državah Evropske unije

Avtorja obravnavata pravne standarde, ki jih glede neodvisnega sodstva vsebujejo dokumenti oziroma pravni akti Sveta Evrope ter sodne prakse Evropskega sodišča za človekove pravice in Sodišča Evropske unije. Iz njih izpeljeta evropski koncept neodvisnega sodstva. Za operacionalizacijo tega koncepta sta izdelala poseben test, ki je priložen članku in ki omogoča kvantifikacijo formalne neodvisnosti sodstva v posameznih državah, zlasti pa v državah članicah Evropske unije.

Na podlagi prej omenjenega testa sta analizirala hrvaško, madžarsko, nemško, poljsko in slovensko pravno ureditev na področju sodstva. Glede tega sta ugotovila, da v poljski in madžarski pravni ureditvi obstajajo sistemske pomanjkljivosti, ki po mnenju avtorjev ne zagotavljajo nekaterih temeljnih evropskih pravnih standardov neodvisnega sodstva, takih pomanjkljivosti pa nista ugotovila v hrvaški, nemški in slovenski pravni ureditvi. V zvezi s slednjimi sta ugotovila razlike pri posameznih pravnih standardih, ki kažejo, da so v vsaki od opazovanih pravnih ureditev mogoče, pravzaprav zaželene izboljšave, celokupno gledano pa so pravne ureditve teh držav primerljive, saj dosegajo rezultat okrog 0,8 (80 odstotkov), kar zadošča za sklep, da je zagotovljena formalna neodvisnost sodstva v Hrvaški, Nemčiji in Sloveniji.

Avtorja posebno pozornost namenjata primerom, ki so morda na prvi pogled videti skladni z evropskim standardi neodvisnega sodstva, dejansko pa niso. Glede tega na primeru sodnega sveta poleg zunanjih vplivov oziroma napadov na neodvisno sodstvo opozarjata na tako imenovane notranje napade, ki lastnost značaj trojanskega konja.

Ključne besede: neodvisno sodstvo, evropski pravni standardi neodvisnosti, formalna neodvisnost, kvantifikacija formalne neodvisnosti, evropski sodni prostor.

Izvirni znanstveni članek
UDK: 347.962.2:341.645
DOI: 10.51940/2022.1.187-206

ZBORNİK ZNANSTVENIH RAZPRAV
LXXXII. LETNIK, 2022, STRANI 187–206

Urška Kramberger Mendek

Problematika Zakona o predlaganju kandidatov iz Slovenije za sodnike mednarodnih sodišč

Z obveznostjo mirnega reševanja sporov se je povečal pomen mednarodnih sodišč in arbitraž. Sredstva mirnega reševanja sporov so postala pomembna sredstva zunanje politike, kar je vodilo do povečanja prizadevanj za izvolitev predstavnikov v mednarodna sodišča in arbitraže. V izvolitev svojih kandidatov so države začele vlagati čedalje več sredstev ter uporabljati raznolike pristope in spodbude. Začeli so se pojavljati pomisleki, da kandidati morda niso izvoljeni le zaradi svojih kompetenc, temveč zaradi vplivnosti države in uspešnega lobiranja. Mednarodna skupnost je zato začela sprejemati številne mednarodne standarde neodvisnosti sodstva in spodbujati oblikovanje mehanizmov za pregled nominacij kandidatov za sodnike ter pozivati države k nominacijam ustreznih kandidatov. Slovenija se je na take pomisleke odzvala že zelo zgodaj in sprejela Zakon o predlaganju kandidatov iz Slovenije za sodnike mednarodnih sodišč (ZPKSMS), ki ureja nacionalni postopek izbire kandidatov za mednarodne sodnike in arbitre. Primerjava zakona z ureditvijo in pogoji, določenimi v statutih posameznih mednarodnih sodišč, pokaže, da zakon dejansko predpisuje dodatne pogoje ter z zahtevanim postopkom celo omejuje možnosti za izvolitev slovenskih kandidatov za sodnike mednarodnih sodišč in arbitraž, v katerih Slovenija nima vnaprej zagotovljenega mesta sodnika.

Ključne besede: mednarodna sodišča, volitve sodnikov mednarodnih sodišč, Zakon o predlaganju kandidatov iz Slovenije za sodnike mednarodnih sodišč, candidature, Organizacija združenih narodov.

Izvorni znanstveni članek

UDK: 343.1:004.8

DOI: 10.51940/2022.1.207-234

ZBORNİK ZNANSTVENIH RAZPRAV

LXXXII. LETNIK, 2022, STRANI 207–234

Peter Šujica, Damjan Korošec

Razumeti nepravo opustitveno kaznivo dejanje

Stare kazenskopravne dileme ob novih problemih umetne inteligence

Avtorja s pomočjo obravnave splošnih značilnosti opustitvenih ravnanj, metodično utemeljene na konceptu narave stvari, poskušata izgraditi temeljni miselni koncept razumevanja nepravlega opustitvenega kaznivega dejanja. Določitev splošnih pogojev za podreditev opustitvenih ravnanj storitveno oblikovanim opisom kaznivih dejanj tako izhaja iz pogleda, da je za opustitveno ravnanje bistven obstoj od storilca ločenega tveganja, ki je neposredni vzrok prepovedane posledice. Izhajajoče razmerje med storilcem in tveganjem, v prispevku abstraktno opisano kot razmerje šibkega obvladovanja, temelji na normativni zapovedanosti, objektivni zmožnosti ter storilčevi zmožnosti izvesti ukrep reševanja pravne dobrine oziroma tveganje za pravno dobrino zmanjšati. Tako so zamejeni sestavni deli objektivnega nepravlega opustitvenega kaznivega dejanja, ki nespremenjeni veljajo tudi za reševalne ukrepe, podprte z najsodobnejšimi možnostmi presoje tveganj s tehnologijo umetne inteligence. Avtorja na koncu prek koncepta tveganja določita lastnosti nujnega storitvenega kaznivega dejanja in način razlage izrecno določenih znakov (predvsem objektivnih in normativnih) v opustitveni izvršitveni različici.

Ključne besede: nepravo opustitveno kaznivo dejanje, problem enakovrednosti, narava stvari, razmejitev med storitvijo in opustitvijo, šibka oblast nad tveganjem.

Izvirni znanstveni članek

UDK: 347.78:791.636:78

DOI: 10.51940/2022.1.235-255

ZBORNIK ZNANSTVENIH RAZPRAV

LXXXII. LETNIK, 2022, STRANI 235–255

Matija Damjan

Upravljanje avtorskih pravic na filmski glasbi

Glasba je pomemben izrazni element v filmski umetnosti. Skladatelja, ki glasbo ustvari posebej za uporabo v filmu, zato slovenska zakonodaja priznava za soavtorja avdiovizualnega dela. Druge avtorje glasbe, ki je uporabljena v avdiovizualnih delih, pa se obravnava samo kot glasbene avtorje. Vendar se ustvarjalno delo skladatelja filmske glasbe razlikuje od prispevkov drugih filmskih umetnikov po tem, da je filmska glasba ustvarjena ločeno od preostalih prispevkov in jo je zlahka mogoče izkoriščati tudi samostojno, zunaj okvira avdiovizualnega dela. Da so skladatelji filmske glasbe hkrati glasbeni in filmski ustvarjalci, se v slovenski pravni ureditvi kaže tudi pri kolektivnem upravljanju avtorskih pravic, ki poteka drugače, če se filmska glasba izkorišča v okviru avdiovizualnega dela ali pa kot samostojno glasbeno delo. To razlikovanje delno odstopa od prevladujoče prakse v drugih primerljivih pravnih redih. Prispevek analizira pojem avtorstva avdiovizualnega dela in prispevkov k njemu po slovenskem pravu. Predstavlja, kako se je slovenski sistem kolektivnega upravljanja avtorskih pravic na filmski glasbi izoblikoval z odločitvami Urada RS za intelektualno lastnino, Sveta za avtorsko pravo in v sodni praksi. Opredeljena so sporna vprašanja pravne ureditve in predstavljene različne interpretacije, ki so jih zastopali različni deležniki.

Ključne besede: avdiovizualno delo, filmska glasba, avtorske pravice, skladatelj, kolektivno upravljanje.

Izvirni znanstveni članek

UDK: 34(37):347

DOI: 10.51940/2022.1.257-305

ZBORNIK ZNANSTVENIH RAZPRAV

LXXXII. LETNIK, 2022, STRANI 257–305

Vid Žepič

Interesno ravnotežje med zastaviteljem in zastavnim upnikom v rimskem pravu

Rimska hipotečna zastavna pravica je zastavnemu upniku ob odsotnosti drugačnega dogovora po zapadlosti zavarovane terjatve zagotavljala zgolj zahtevke za prepustitev zastavljene stvari v nelastniško posest do poplačila zavarovane terjatve. Zaradi svojih šibkih upravičenj si je zastavni upnik prizadeval z dodatnimi dogovori okrepiti pravni položaj. Da bi preprečili zlorabe praviloma gospodarsko in družbeno močnejšega ter pogajalsko spretnejšega upnika, so rimski klasični juristi zasledovali ideal uravnoteženja pravic in obveznosti udeleženih strank. Bistveni prvini njihovega prizadevanja sta priznanji upnikove pravice do prodaje zastavljene stvari kot tudi zastaviteljeve pravice do zahtevka za vračilo presežka kupnine. Kaserjeva teza o okrepljenem pravnem položaju zastavnega upnika, ki naj bi bil nekakšna posebnost rimskopravnega razvoja, se že pri obravnavi razvoja zastavne pravice v klasičnem pravu izkaže za pretirano. Poseben pravopolitični obrat je opazen v postklasični cesarski zakonodaji, ko se je ustalila zahteva po olajševanju zastaviteljevega pravnega položaja. Ta ustreza težnji postklasičnega obligacijskega prava po privilegiranju dolžnika kot stereotipno šibkejše stranke. Med novosti tega obdobja na področju razvoja zastavne pravice štejemo zlasti omejitve predmeta zastavne pravice, nove razlagalne pristope k zastavni pravici na prirasti zastavljene stvari, prepoved komisorsnega dogovora, omejevanje upnikove proste presoje pri unovčenju zastavne pravice in okrepitev državnega nadzora pri upnikovi prodaji zastavljene stvari. Varstveni ukrepi cesarske zakonodaje, ki jih lahko štejemo za odsev nazadujočega gospodarstva, so sicer izboljšali zastaviteljev socialni položaj, vendar prispevali k nižji kreditni ponudbi.

Ključne besede: zavarovanje terjatve, kreditno razmerje, hipoteka, *favor debitoris*, komisorsni dogovor, omejitve pogodbene avtonomije.

Izvirni znanstveni članek

UDK: 347.472:347.41:177.77

DOI: 10.51940/2022.1.307-328

ZBORNIK ZNANSTVENIH RAZPRAV

LXXXII. LETNIK, 2022, STRANI 307–328

Miloš Dimitrijević

Hvaležnost obdarjenca – pravna in moralna obveznost

Pričakovana (in zahtevana) hvaležnost obdarjenca, ki je utemeljena z neodplačnostjo darilne pogodbe, se najbolj izrazito kaže v obliki preklica darila zaradi hude nehvaležnosti. Darovalec lahko prekliče darilno pogodbo zaradi hude nehvaležnosti, če se po njeni sklenitvi obdarjenec proti njemu ali njegovemu bližnjemu obnaša tako, da bi bilo po temeljnih moralnih načelih nepravilno, da bi obdarjenec prejetu obdržal. Upošteva težavnost opredelitve darila ter primerjalnopravno neenotnost ureditve daril in neodplačnih pravnih poslov, ne preseneča, da se pri uporabi instituta preklica darila zaradi nehvaležnosti pojavljajo praktične težave. Te izhajajo iz neopredeljenega teoretičnega izhodišča, najizraziteje pa se kažejo pri remuneracijskih darilih, darilih danih iz drugih posebnih nagibov, ter v okoliščinah, v katerih je obdarjenec svojo moralno obveznost hvaležnosti že izpolnil.

Sociološki in antropološki zaključek je, da je družbeni pojav dajanja, prejetanja in vračanja daril odvisen od konteksta (okoliščin) primera, predvsem pa vseh kompleksnosti razmerja med konkretnim darovalcem in konkretnim obdarjencem. Zdi se, da pravni sistemi neuspešno poskušajo uporabiti splošne pogodbenopravne (tržne) režime na darilih, ki so nedvomno, zunajtržna in s tem v bistvenem nepogodbena kategorija. Posebna pravila, ki naj bi odražala posebnost daril kot neodplačnih pravnih poslov, so pravzaprav zgolj izraz nezaupljivosti prava do daril. Bistveno odprto vprašanje je, ali je ta nezaupljivost utemeljena ali pa je zgolj posledica zastarelih zgodovinskih teoretičnih izhodišč.

Ključne besede: darilo, darilna pogodba, preklic, hvaležnost, nehvaležnost.

Izvirni znanstveni članek
UDK: 351:061.1EU(091)
DOI: 10.51940/2022.1.329-361

ZBORNIK ZNANSTVENIH RAZPRAV
LXXXII. LETNIK, 2022, STRANI 329–361

Anže Dobelšek

Zgodovinski razvoj pojma javnih služb in storitve splošnega gospodarskega pomena v pravu EU – javne službe med konkurenčnostjo in solidarnostjo

Nova evropska pravna ureditev močno vpliva na ureditev storitev splošnega gospodarskega pomena. Od sedanje pravne ureditve javne službe se je osredinila predvsem na pravni režim za podeljevanje posebnih ali izključnih pravic za opravljanje teh dejavnosti, pri čemer je pustila ob strani sedanjo ureditev pravnih in organizacijskih oblik izvajalcev teh storitev v nacionalni zakonodaji in določa le pogoje, ki jih morajo ti izvajalci izpolnjevati za neposredno pridobitev posebnih ali izključnih pravic za opravljanje teh dejavnosti. Predvideva tudi enotno ureditev temeljev konkurenčnega postopka za podelitev posebnih ali izključnih pravic za izvajanje storitev splošnega gospodarskega pomena, ki so podlaga za ureditev tega postopka v nacionalni zakonodaji. Nabor novosti je v svojem bistvu nova pravna ureditev, ki je odpravila dolgoletno pomanjkljivo ureditev na tem področju, zlasti v zvezi s pravili evropskega konkurenčnega prava.

Ključne besede: storitve splošnega gospodarskega pomena, posebne ali izključne pravice, konkurenčni postopek, javna služba, pravni režim.

Strokovni članek

UDK: 342.565.2:616(497.4)(094.9)

DOI: 10.51940/2022.1.365-379

ZBORNIK ZNANSTVENIH RAZPRAV

LXXXII. LETNIK, 2022, STRANI 365–379

Marjan Kos

Utrjevanje načela zakonitosti v času pandemije covid-19: predstavitev odločbe Ustavnega sodišča Republike Slovenije v zadevi U-I-79/20

Kot odziv na pandemijo covid-19 je Vlada RS sprejemala številne omejitvene ukrepe, ki so bili po vsebini podobni ukrepom, sprejetim v drugih državah. Obseg in intenzivnost teh ukrepov sta pomembno vplivala na ustavno načelo delitve oblasti ter varstvo človekovih pravic. V tem kontekstu je Ustavno sodišče RS izdalo odločbo U-I-79/21, ki je tudi v nadaljevanju močno zaznamovala presojo ustavne skladnosti sprejetih vladnih ukrepov. Ključno sporočilo te odločbe je zahteva po strogem spoštovanju načela zakonitosti ob sprejemanju ukrepov za preprečevanje širjenja covid-19, ki omejujejo človekove pravice. Prispevek predstavi kontekst izdaje odločitve, ključne argumente iz odločbe in ločenih mnenj ter odziv strokovne javnosti na odločitev.

Ključne besede: načelo delitve oblasti, načelo zakonitosti, Zakon o nalezljivih boleznih, ustavno sodišče, covid-19.

Professional article

UDC: 349:347.9:616(497.4)

DOI: 10.51940/2022.1.381-391

LJUBLJANA LAW REVIEW

VOLUME LXXXII, 2022, PP. 381–391

Zarja Hude

Enostranska odpoved pogodbe o zaposlitvi delavcem, ki izpolnjujejo pogoje za starostno upokožitev, je v neskladju z ustavo

Sredi drugega vala epidemije covida-19 je Državni zbor z namenom omejitve in odprave negativnih učinkov epidemije za gospodarstvo, trg dela, zdravstva in sisteme socialne varnosti sprejel Zakon o interventnih ukrepih za pomoč pri omilitvi posledic drugega vala epidemije COVID-19 (ZIUPOPĐVE). Kljub tako določenemu namenu pa je zakon omogočil tudi odpoved pogodb o zaposlitvi delavcem, ki so izpolnili pogoje za starostno upokožitev, ne da bi njihovemu delodajalcu, bodisi v javnem bodisi zasebnem sektorju, bilo treba navesti oziroma utemeljiti obstoj (poslovnega) razloga. Prispevek obravnava odločbo Ustavnega sodišča RS v zadevi, ki so jo zaradi očitane diskriminacije sprožili sindikati in zagovornik načela enakosti, pri čemer se osredinja na nekoliko formalističen pristop sodišča v zadevi, ki bi sicer lahko bila ena najpomembnejših nacionalnih odločb o enakosti pred zakonom ne glede na starost.

Ključne besede: pogodba o zaposlitvi, starost, odpoved pogodbe, upokožitev, enaka obravnava.

Synopses

Scientific article

UDC: 341:330.3:061.1EU

616:061.1EU

DOI: 10.51940/2022.1.9-41

LJUBLJANA LAW REVIEW

VOLUME LXXXII, 2022, PP. 9–41

Joseph (Jože) Straus

The European Union after the Crisis: Risks and Opportunities—The Problem of “Uncomfortable Knowledge” and “Institutionalised Forgetfulness”

The crisis caused by the war in Ukraine and the COVID-19 pandemic constitutes the most serious challenge for Europe since World War II. The crisis threatens Europe’s security and economy to an unprecedented level. No prediction on when and how the crisis will end is possible. However, irrespective of its end, there is no doubt that for Europe, it will generate costs amounting to several hundreds of billions if not even some trillions of Euros, i.e. seriously harm and weaken the European economy and endanger Europe’s position as a global economic power. It will also result in fundamental changes of international economic and political relations. Searching for, working on and designing rational and effective solutions to successfully master the aftermath of the crisis politically and economically should have a priority for the European Union, coming next only to the incredibly challenging efforts to master the ongoing crisis. The COVID-19 pandemic as well as the war in Ukraine caught the EU by surprise and unprepared. Europe should avoid such an experience in the future. Regardless of how this crisis will end, mastering its aftermath and identifying the respective risks and opportunities of the EU will have to start with identifying the main beneficiary(ies) of the crisis and analysing its (their) treatment of the EU and its Member States before and during the crisis. This will not be possible by limiting the actions to the day-to-day business, such as finding new suppliers for raw materials and energy, harmonising fiscal rules, providing the necessary funds to master the financial crisis, etc. A much broader visionary approach will be necessary to find solutions for sustainable peace in Europe. An outcome such as that of the Treaty of Versailles should be avoided. One should prevent the “sleepwalkers” of today, i.e. those ignoring the “uncomfortable knowledge”, letting Europe slide into World War III. The EU should make it clear to all of its Members, for Europe, the “European Solidarity”, with all of its attributes, constitutes the core of the EU’s genuine interests, including those of security and defence. This will require also amendments of the TEU and TFEU discussed in this paper. Otherwise, the EU and its Members will never acquire the status of an equal animal—in the global context—i.e. become truly sovereign and independent.

Key words: European Union, NATO, COVID-19, Ukraine, common foreign and security policy, financial crisis.

Scientific article

UDC: 347.9:061.1EU

DOI: 10.51940/2022.1.43-67

LJUBLJANA LAW REVIEW

VOLUME LXXXII, 2022, PP. 43–67

Damjan Kukovec

The Synoptic Vision of the Court of Justice and its Importance for Slovenia

The author examines how the concept of autonomy of EU law, which represents the organisational principle of the coherence of the CJEU, ensuring the unity and coherence of the European legal system and permeating the entire case law of the CJEU, has played a key role in high-profile cases before the CJEU in which Slovenia was directly involved. The author first discusses the *Detiček* case, the first Slovenian reference for a preliminary ruling, in which the Court of Justice addressed a controversial area of intersection of the principle of mutual trust and the protection of human rights, key elements of autonomy. In the second case concerning the archives of the Slovenian central bank, the Commission sought a declaration that Slovenia had violated the inviolability of EU archives, and thus the autonomy of the European institutions and the autonomous implementation of EU law, by unilaterally seizing documents from the Bank of Slovenia headquarters. In the third case, *Slovenia v Croatia*, the Court found that it did not have jurisdiction to determine whether Croatia had violated EU law by failing to enforce an arbitral award because the arbitration agreement never became part of the EU legal order. The author concludes that a deeper understanding of the role of autonomy in the CJEU's legal reasoning could enable Slovenian lawyers to better predict the Court's decisions, and thus to better articulate Slovenia's interests in the language of EU law.

Key words: autonomy of European Union law, coherence, consistency, Slovenia, organising principle, Court of Justice of the European Union.

Scientific article

UDC: 347.991:347.962(497.4)

347.9:347.962:061.1EU

DOI: 10.51940/2022.1.69-96

LJUBLJANA LAW REVIEW

VOLUME LXXXII, 2022, PP. 69–96

Jaka Kukavica

An Island at the Center of Europe? The Entrenchment of the Supreme Court of Slovenia in Judicial Dialogue in Europe

This paper examines the role of the Supreme Court of the Republic of Slovenia in judicial dialogue in Europe by analysing cross-citations between the supreme courts of EU Member States. It differentiates between active participation of the Supreme Court in judicial dialogue—cross-citations made by the Supreme Court to other European supreme courts—and passive participation—cross-citations made by other European supreme courts to the decisions of the Slovenian Supreme Court. We identified such cross-citations by searching for pre-determined key words in databases of decisions of supreme courts in all 28 EU Member States. In the statistical population of about 1,330,000 decisions delivered by supreme courts in the EU in 2000–2018 in private law cases, we identified almost 3,000 cases in which European supreme courts made cross-citations. Put in a comparative context, the Supreme Court engages in judicial dialogue with moderate frequency: it made cross-citations to European supreme courts in 63 cases with a heterogeneous citation pattern, which is analysed in detail by the paper. Conversely, the Supreme Court is only rarely passively engaged in judicial dialogue: only once has a foreign supreme court referenced its decision. However, such nearly complete isolation is characteristic of other supreme courts of newer and smaller EU Member States with a working language that is not widely spoken as well. The paper offers a reflection on what might be necessary for the Supreme Court to put itself more firmly onto the European map as an equal interlocutor to other more established supreme courts.

Key words: judicial dialogue, cross-citations, judicial reasoning, the Supreme Court of the Republic of Slovenia, European supreme courts.

Scientific article

UDC: 347.72:347.9

DOI: 10.51940/2022.1.97-120

LJUBLJANA LAW REVIEW

VOLUME LXXXII, 2022, PP. 97–120

Rok Dacar, Aleš Ferčič

A Legal Policy View on the Essential Facilities Doctrine: The State of Affairs and the Meaning of “Indispensability”

Under the essential facilities doctrine companies with a dominant position on the upstream market of a facility that is an essential input for competition on the downstream market must grant access to that facility (good or service) to companies that want to compete on the downstream market. The exact conditions for the use of the essential facilities doctrine are inconsistent and unclear despite the rich case law from both the European Commission and the European Court of Justice on the topic. Through the analysis of some of the landmark cases concerning the essential facilities doctrine, the article attempts to define which condition different types of facilities (materialised, immaterialised, and intellectual property rights) must fulfil for the essential facilities doctrine to be applied. The article also addresses the critique presented by a considerable number of commentators that the case law of the European Commission and of the European Court of Justice regarding the essential facilities doctrine is arbitrary. Although the case law is indeed inconsistent it is not arbitrary as the changes regarding the goals that competition policy and competition law are pursuing through time must also be considered.

Key words: the essential facilities doctrine, competition law, competition policy, the new product criteria, technical progress.

Scientific article

UDC: 340.1:342

DOI: 10.51940/2022.1.121-155

LJUBLJANA LAW REVIEW

VOLUME LXXXII, 2022, PP. 121-155

Jure Spruk

Legal State and the Principle of Trust in Law

The article discusses the connection between the legal state (and the rule of law) and the legal principle of trust in law in constitutional democracy. The legal state and the rule of law express central quality of the modern state in which a man is finally freed from religious predestination and natural determinism. Man's freedom goes hand by hand with his responsibility for managing of the state, which is accomplished mainly through the application of law. Trust in law is one of the corner stones of society's binder in the absence of which the law loses its function of coordinating in the state and in society. Trust in law means to trust another human being, whereas the legal principle of trust in law defends this sociological minimum through strengthening predictability and stability of legal norms.

Key words: legal state, rule of law, constitutional democracy, principle of trust in law.

Scientific article

UDC: 347.962.6:061.1EU

DOI: 10.51940/2022.1.157-185

LJUBLJANA LAW REVIEW

VOLUME LXXXII, 2022, PP. 157–185

Danaja Lipič Plohl, Aleš Ferčič

The European Concept of an Independent Judiciary and Quantification of a Formal Judicial Independence in Selected Countries of the European Union

The authors discuss the European legal standards of an independent judiciary as contained in the Council of Europe's documents and legal acts as well as in the case law of the European Court of Human Rights and the Court of Justice of the European Union. For the operationalisation of the European concept of independent judiciary, the authors developed a special test (questionnaire) included in the article's appendix to enable the quantification of a formal judicial independence in selected countries, especially in the EU Member States. Based on the aforementioned test, the authors analysed the Croatian, Hungarian, German, Polish and Slovenian legal systems in the field of judiciary. They noted that systemic deficiencies exist in the Polish and Hungarian legal systems, which, according to the authors, fail to meet some of the fundamental European legal standards of an independent judiciary. On the other hand, however, they did not find such deficiencies in the Croatian, German and Slovenian legal systems. A comparison of the three legal systems shows differences in compatibility with individual legal standards, which consequently indicate that in each of the observed legal systems improvements are possible or in fact desirable. Overall, however, the legal systems of those three selected countries are comparable with one another, considering a measured score of around 0,8 (80 per cent) in all of them, which is sufficient enough to conclude that formal judicial independence in Croatia, Germany and Slovenia is guaranteed. Moreover, the authors paid special attention to cases that may at first glance appear to be consistent with the European concept of an independent judiciary, but in fact are not. In this regard, the authors pointed out a special body that is supposed to provide a kind of buffer zone between the legislative and executive branches of public authority on the one hand, and the judiciary on the other. Regarding this body, i.e., the judiciary council, they problematize not only external inadmissible influences or attacks on the independent judiciary, but also internal attacks (which are too often ignored, probably because they are less obvious and more difficult to recognize). In short, if the judiciary council is not properly structured and secured, it can have the character of a Trojan horse.

Key words: independent judiciary, European legal standards of independence, formal independence, quantification of the formal independence, European judicial area.

Scientific article

UDC: 347.962.2:341.645

DOI: 10.51940/2022.1.187-206

LJUBLJANA LAW REVIEW

VOLUME LXXXII, 2022, PP. 187-206

Urška Kramberger Mendek

The Issues of the Act on Nomination of Candidates from the Republic of Slovenia for Judges at International Courts

International courts and tribunals have gained importance with the obligation to use peaceful means of dispute settlement. Those means have become an important instrument of foreign policy, which has led to an increased efforts to have representatives elected to international courts and tribunals. States began to invest more resources in the election of their candidates, using various approaches and incentives. Concerns began to arise that the candidates perhaps were not elected only because of their competences, but also because of the influence of their state and successful lobbying. Therefore, the international community has begun to adopt several international standards of judicial independence, encouraged the creation of mechanisms to review the nominations of candidates for judges, and called on countries to nominate suitable candidates. Slovenia responded to such concerns very early on and adopted the Act on Nomination of Candidates from the Republic of Slovenia for Judges at International Courts, which regulates the national selection process of international judges and arbitrators. A comparison of the Act with the regulations and conditions specified in the statutes of individual international courts shows that the Act prescribes additional conditions and, with the required procedure, even limits the possibilities for the election of Slovenian candidates for judges in international courts and arbitrations, where Slovenia does not have a guaranteed position of a judge.

Key words: international courts and tribunals, elections of international judges, Act on Nomination of Candidates from the Republic of Slovenia for Judges at International Courts, candidatures, United Nations.

Scientific article

UDC: 343.1:004.8

DOI: 10.51940/2022.1.207-234

LJUBLJANA LAW REVIEW

VOLUME LXXXII, 2022, PP. 207–234

Peter Šujica, Damjan Korošec

Understanding Criminal Commission by Omission

Old Criminal Law Dilemmas and New Problems of Artificial Intelligence

By addressing the general characteristics of omissions in criminal law, methodologically based on the concept of the nature of things from the legal philosophy, the authors try to build a basic concept of understanding criminal commissions by omission. The determination of the general conditions for criminal commission by omission thus follows from the view that the existence of a separate risk, which is the direct cause for the prohibited effect, is essential for the omission as such. The resulting relationship between the perpetrator and the risk, abstractly described in the article as a relationship of weaker authority, is based on normative command, objective possibility and the perpetrator's ability to implement a measure to reduce the risk to the legal good. This should also fully apply to rescue measures, supported by artificial intelligence technology risk-assessment options. In the end, the authors determine the characteristics of a criminal act, which cannot be undertaken in omission and the correct manner of interpretation of explicit descriptions of criminal law in cases of criminal commission by omission.

Key words: criminal commission by omission, Gleichstellungsproblematik, nature of things, demarcation between commission and omission, weaker authority over risk.

Scientific article

UDC: 347.78:791.636:78

DOI: 10.51940/2022.1.235-255

LJUBLJANA LAW REVIEW

VOLUME LXXXII, 2022, PP. 235–255

Matija Damjan

Film Music Rights Management

Music is an important expressive element in the film art. Slovenian legislation recognises a composer who creates music specifically for the use in a film (film score) as a co-author of the audiovisual work. Other authors of music used in audiovisual works are treated solely as musical authors. However, the creative work of film music composers differs from the contributions of other audiovisual artists as film music is created separately from other contributions and can easily be exploited independently, outside the scope of the audiovisual work. The fact that film music composers are simultaneously musicians and filmmakers is reflected in the Slovenian system of collective management of copyrights, which depends on whether film music is used in the context of an audiovisual work or as an independent musical work. This distinction partially deviates from the prevailing practice in other comparable legal orders. The paper analyses the concept of authorship of an audiovisual work and contributions to it under Slovenian law. It presents how the Slovenian system of collective management of copyrights in film music was shaped by the decisions of the Intellectual Property Office of the Republic of Slovenia, the Copyright Council and judicial practice. Controversial issues of legal regulation are defined and different interpretations represented by different stakeholders are presented.

Key words: audiovisual work, film music, copyright, composer, collective management.

Scientific article

UDC: 34(37):347

DOI: 10.51940/2022.1.257-305

LJUBLJANA LAW REVIEW

VOLUME LXXXII, 2022, PP. 257–305

Vid Žepič

The Balance of Interests between the Pledgor and the Pledgee in Roman Law

The Roman *hypotheca*, unless agreed otherwise, originally bestowed upon the creditor (pledgee) merely a claim to transfer the pledged object into his possession, when the payment was due. Owing to the weak protection, the creditor strived to strengthen his pecuniary interests by supplementary covenants. To prevent abuses by the economically and socially superior creditor, the classical jurists sought to attain a balance of interests of the contracting parties. The fundamental elements of their effort were the recognition of pledgee's right of sale as an essential element of the pledge contract on the one hand, and the recognition of the pledgor's right to the surplus of purchase price on the other. Kaser's thesis that the Roman pledgee enjoyed a particularly strong legal position as a distinctive character of Roman law has been proved to be an exaggeration even in the light of the development of classical law. In the post-classical period, a shift towards prioritising the position of the pledgor is noticeable. It corresponds to a general tendency of post-classical law to favour the debtor as a stereotypically weaker party. Among the innovations of the period, the limitations regarding the object of the pledge were introduced, new interpretative approaches concerning the pledge of the increments were accepted, *lex commissoria* was entirely prohibited, the creditor's discretion over the realisation of the pledge was restricted, and the State's control over the sale of the object of pledge was strengthened. The protective safeguards established through imperial legislation can be seen as a symptom of the declining economy and although they improved the pledgor's social standing, they reduced the supply of the credit.

Key words: collateral security, credit relationship, mortgage, *favor debitoris*, *lex commissoria*, limits of freedom of contract.

Scientific article

UDC: 347.472:347.41:177.77

DOI: 10.51940/2022.1.307-328

LJUBLJANA LAW REVIEW

VOLUME LXXXII, 2022, PP. 307–328

Miloš Dimitrijević

Gratitude of a Donee – A Legal and Moral Obligation

The expected (and required) gratitude of a donee justified by the gratuitous nature of the donation contract is most clearly shown in the form of revocation of a gift due to severe ingratitude. The donor may revoke a gift contract due to severe ingratitude if, after its conclusion, the donee behaves towards them or their close relations in such a way that it would be unfair according to basic moral principles for the donee to keep the gift. Given the difficulty of defining the gift and the inconsistency of the regulation of gifts and gratuitous legal transactions in comparative law, it is not surprising that practical difficulties exist with gift revocations due to ingratitude. These are a consequence of an undefined theoretical basis and are most pronounced in remuneratory gifts, gifts given out of other special inclinations, and in circumstances where the donee has already fulfilled their moral obligation of gratitude. The sociological and anthropological conclusion is that the social phenomenon of giving, receiving, and returning gifts depends on the context (circumstances) of the case, and above all on all the complexities of the relationship between a specific donor and a specific donee. Legal systems seem to be unsuccessfully trying to apply general contract law (market) regimes to gifts, which are undoubtedly non-commercial and thus, in essence, a non-contractual category. The special rules, which are supposed to reflect the specificity of gifts as gratuitous legal transactions, could be seen as merely an expression of the distrust of gifts by the law. The essentially unanswered question is whether this distrust is justified or is merely the result of outdated historical theoretical foundations.

Key words: gift, contract of donation, revocation, gratitude, ingratitude.

Scientific article

UDC: 351:061.1EU(091)

DOI: 10.51940/2022.1.329-361

LJUBLJANA LAW REVIEW

VOLUME LXXXII, 2022, PP. 329–361

Anže Dobelšek

Historical Development of Public Services and Services of General Economic Interest in EU Law – Balancing between Competitiveness and Solidarity

The new European legal regulation has a major impact on the regulation of services of general economic interest (SGEI). From the current public service legal regime, it has focused primarily on the legal regime for the granting of special or exclusive rights for the exercise of these activities, leaving aside the current regulation of the legal and organisational forms of the providers of these services in national legislation and setting only the conditions that these operators must meet for the direct acquisition of special or exclusive rights to carry out these activities. It also provides for a uniform regulation of the foundations of a competitive procedure for the granting of special or exclusive rights for the implementation of SGEIs, which are the basis for regulating this procedure in national legislation. The set of novelties, in its essence, represents a new legal regime that has eliminated many years of defective regulation in this area, particularly in relation to the rules of European competition law.

Key words: services of general economic interest, special or exclusive rights, general competition procedure, public service, legal regime.

Professional article

UDC: 342.565.2:616(497.4)(094.9)

DOI: 10.51940/2022.1.365-379

LJUBLJANA LAW REVIEW

VOLUME LXXXII, 2022, PP. 365–379

Marjan Kos

**Reasserting the Principle of Legality in the Wake of the COVID-19 Pandemic:
Case Note on the Decision U-I-79/20 of the Constitutional Court of the Republic
of Slovenia**

In a response to the COVID-19 pandemic, the Slovenian Government adopted numerous measures that were substantively similar to those, adopted in other states. The scope and intensity of those measures significantly affected the principle of the separation of powers and the protection of human rights. In this context, the Constitutional Court of the Republic of Slovenia adopted Decision U-I-79/21, which marked the contours for the review of legality and constitutionality of the Governmental measures in subsequent cases. The key message of the Decision was the demand for the strict observance of the principle of legality when adopting measures to prevent the spread of COVID-19, which interfere with human rights. This article explains the context of the Decision and presents key arguments from the Decision and the concurring and dissenting opinions as well as the response of the expert community.

Key words: separation of powers, principle of legality, Communicable Diseases Act, Constitutional Court, COVID-19.

Strokovni članek

UDK: 349:347.9:616(497.4)

DOI: 10.51940/2022.1.381-391

ZBORNIK ZNANSTVENIH RAZPRAV

LXXXII. LETNIK, 2022, STRANI 381–391

Zarja Hude

Unilateral Termination of Employment of Pensionable Workers Held Unconstitutional – Between Equal Treatment, the Principle of Legality and Pure Formalism

During the second wave of the COVID-19 epidemic, the Slovenian legislator adopted the Act Determining Intervention Measures to Assist in Mitigating the Consequences of the Second Wave of COVID-19 Epidemic (*Zakon o interventnih ukrepih za pomoč pri omilitvi posledic drugega vala epidemije COVID-19*). According to the draft law, the aim of the emergency piece of legislation was to mitigate and eliminate negative effects of the COVID-19 epidemic on businesses, the labour market, the healthcare system and social security schemes. Nevertheless, the intervention act also amended provisions concerning the termination of employment contract by introducing a new exception to the requirement of a substantiated valid (business) reason for dismissing a worker. The employers in both private and public sector were now eligible to terminate the employment contracts of workers who met the conditions for acquiring the right to an old-age pension without stating or justifying any valid (business) reason whatsoever. The article examines the judgement of the Constitutional Court of the Republic of Slovenia reached in a case put forward by Slovenian trade unions and the Advocate of the Principle of Equality, with an emphasis on the courts somewhat formalistic approach to what could have been a major antidiscrimination decision concerning old-age.

Key words: employment contract, old-age, termination of contract, retirement, equal treatment.



Pravna fakulteta
Univerza v Ljubljani



ISSN 1854-3839



9 771854 383007