



Pravna fakulteta
Univerza v Ljubljani

ZBORNIK
ZNANSTVENIH
RAZPRAV

Ljubljana Law Review

2021

LETNIK LXXXI



Pravna fakulteta
Univerza v Ljubljani

Zbornik znanstvenih razprav, LXXXI. letnik, 2021
Ljubljana Law Review, Vol. LXXXI, 2021

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

Maruša Tekavčič Veber, univ. dipl. prav., 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 Ferik (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

200 izvodov, Ljubljana 2020

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

2021

LETNIK LXXXI



Kazalo

Table of Contents

- 7 *Matjaž Ambrož*
In memoriam: prof. dr. Ljubo Bavcon (1924–2021)
- 11 *Joseph Straus*
Will Artificial Intelligence Change Some Patent Law Paradigms?
Ali bo umetna inteligenca spremenila nekatere paradigme patentnega prava?
- 63 *Mohor Fajdiga*
Izbira Sodnega sveta: *ignorantia rationis nocet?*
Selection by the Judicial Council: ignorantia rationis nocet?
- 85 *Špela Lovšin, Katja Štemberger*
Posledice neudeležbe strank na glavni obravnavi v upravnem sporu
Consequences of Non-attendance of the Parties at the Main Hearing in the Administrative Dispute
- 109 *Aleš Novak*
Pravičnost onkraj zakona – Svobodnopravno gibanje in iskanje nove zasnove prava
Justice beyond Codification – The Free Law Movement and the Quest for a New Conception of Law
- 141 *Primož Rataj*
Izbrana vprašanja prihodnjega urejanja koordinacije dajatev za brezposelnost v pravu Evropske unije
Future Perspectives of Selected Issues Concerning Coordination of Unemployment Benefits in the European Union Law

- 177 *Ana Samobor*
Otrokove koristi – pravica ali zgolj načelo Listine EU o temeljnih pravicah?
Child's Best Interests – A Charter Right or (Only) a Charter Principle?
- 201 *Vid Žepič*
***Iusta causa traditionis*. Narava pravne podlage izročitve v luči antinomije Iul. D. 41, 1, 36 in Ulp. D. 12, 1, 18**
Iusta causa traditionis. The Nature of Just Cause of Traditio in the Light of Antimony Iul. D. 41, 1, 36 and Ulp. D. 12, 1, 18
- 239 **Sinopsisi**
- 249 **Synopses**

*Matjaž Ambrož****In memoriam:
prof. dr. Ljubo Bavcon
(1924–2021)**

Profesor Bavcon je do svoje formalne upokojitve leta 1994 kazensko pravo predaval 37 generacijam pravnikov. Po upokojitvi je še več let predaval mednarodno kazensko pravo na dodiplomskem študiju in kazensko pravo na podiplomskem študiju. Najmlajše generacije študentov, rojene po letu 2000, še danes študirajo po učbeniku, ki ga je zasnoval skupaj s prof. Šelihovo. Če upoštevamo povedano, potem oguljena fraza, da ga med pravniki pozna »stara in mlado«, ni neprimerna ali pretirana.

Kakšen je bil Ljubo Bavcon kot profesor kazenskega prava? Kakšna so bila njegova idejna izhodišča, kakšne so bile njegove delovne metode in kakšen je bil njegov slog?

Njegova zgodnejša dela bi danes najbrž razvrstili pod gesli filozofija kazenskega prava in kriminalitetna politika. Da bi lahko dajali kakršna koli priporočila in usmeritve glede kriminalitetne politike, si moramo najprej priti na jasno glede narave človeka, njegove vrženosti v svet in delovanja v družbeni skupnosti. Da si mlad avtor upa načeti ta vprašanja, namesto da bi se omejil na razčlembo te ali one pravne norme, mora imeti pogum in širšo razgledanost. Slednjo si je pridobil na dveh podiplomskih študijih – leta 1951 v Beogradu in leta 1957 v Nancyju, ter s tem, da je dobil priložnost biti del skupine okoli Naših razgledov, ki jih je med leti 1951 in 1954 tudi urejal. Ta čas in utrip v uredništvu je pozneje v pripovedovanjih večkrat opisal kot izjemno stimulativen.

Izhodiščna točka njegovih razmišljanj nikoli ni bila abstraktna kršitev norme ali pravne reda, temveč vselej človek v družbeni skupnosti – v vseh njenih razsežnostih in protislovjih. Poudarjal je družbene določilnice, ki vplivajo na posameznika in na njegovo deviantno vedenje, vendar se hkrati ni odpovedoval človekovi svobodi. V današnjem žargonu bi temu rekli: profesor Bavcon je bil kompatibilist – verjel je, da lahko deter-

* *Doktor pravnih znanosti, profesor na Pravni fakulteti Univerze v Ljubljani, matjaz.ambroz@pf.uni-lj.si.*

minizem in človekova svoboda sobivata. To njegovo pozicijo dobro ponazarja neki pasus iz danes v marsikaterem pogledu še vedno aktualne knjige Socialna patologija, ki jo je napisal s sodelavci. Tam je predstavil svojo vizijo o človeku kot aktivnem in ustvarjalnem bitju, ki spreminja sebe in okolico. Tak človek je bil v absolutno determinističnih pojmovanjih povsem zanemarjen, v indeterminističnih pa povzdignjen v nekakšno abstrakcijo oziroma absolutum. Bavcon pravi takole: »Tu vidimo tudi možnost za razreševanje protislovja med človekovo nesvobodo in svobodo. Človek mora sprejeti to, kar je objektivno nujno, obenem pa s svojo kritično in aktivno ustvarjalnostjo svet tudi spreminjati.«

Če je delo Socialna patologija spadalo v predpolje kazenskega prava, pa je vprašanje posameznikove svobode prvovrsten problem tudi za kazensko pravo. Glede tega se mi zdi ilustrativen dogodek iz leta 1959, ko je v Strasbourgu potekal mednarodni kongres o problemih kazenske odgovornosti. Takrat je bilo modno pozivati k temu, naj se kazensko pravo odpove »metafiziki«, kar je letelo zlasti na pojem krivde. Profesor Bavcon je kljub precej ostrim pozivom poljske delegacije, naj »v navzočnosti zahoda ne razbija enotnosti socialističnega tabora«, nastopil s svojim referatom. V referatu je zavrnil stališča, ki so zahtevala opustitev »mističnih« pojmov krivde in prištevnosti. Poudaril je, da je tudi v sodobnem kazenskem pravu potrebno, da reakcija zoper odraslega, razmeroma normalnega storilca izraža negativno moralno obsodbo, ki se izreka odgovornemu, torej svobodnemu posamezniku.

Ni se torej odpovedoval temeljnemu konceptom – takrat se je reklo – »buržoaznega« kazenskega prava, hkrati pa je bil odprt za novosti in morebitne odstopne od tradicije. Morda je to najlepše prišlo do izraza pri njegovi zgodnji priključitvi gibanju za novo družbeno obrambo.

Temeljni vodili gibanja sta bili vključevanje podpornih znanosti v kazensko pravo in kriminalitetno politiko na eni ter prizadevanje za humanizacijo represivnega odzivanja države na drugi strani. Vključevanje podpornih znanosti in prizadevanja za racionalno kriminalitetno politiko so hrkati pomenila prizadevanja za demoralizacijo kazenskega prava.

Nad temi prizadevanji v tedanjem jugoslovanskem pravnem prostoru niso bili vsi navdušeni – tu opozarjam zlasti na polemiko s profesorjem Bačićem. Bavconu so tedaj očitali »scientizem« in zanikanje posameznikove moralne odgovornosti. Njegov odgovor na te kritike se mi zdi zelo pomemben. Ta se na kratko glasi: nisem proti moralni odgovornosti, sem pa odločno proti moraliziranju.

Besedo »moraliziranje« in njene izpeljanke je uporabljal zato, da bi lahko ločil moralno od moraliziranja: na področju kazenskega prava je moraliziranje razumel kot tisto prakso, ki se zgraža in s pozicij moralne vzvišenosti kaznuje ali to vsaj zahteva, ne da bi jo zanimalo vprašanje o družbenih in individualnih vzrokih kaznivega dejanja. Z odklanjanjem moralizatorskih nagnjenj, je pojasnjeval profesor, ni želel zmanjševati pomena vrednostnih sodb in moralnih vrednotenj za kazensko pravo.

S tem je bila tesno povezana tudi Bavconova kritika monističnih sistemov kazenskih sankcij oziroma kazni kot edine sankcije, ki jo je priznavalo klasično kazensko pravo. Ljudska misel, pravi Bavcon, je zgolj kazni pripisala funkcije negativne moralne in etične vrednostne sodbe, generalne in specialne prevencije. Vendar pa te funkcije najbrž lahko prav tako dobro, če ne še precej bolje, opravljajo tudi druge vrste sankcij. Zato se je na neki točki razvoja svoje misli zavzel za to, da bi bilo treba tradicionalni konceptualni trikotnik »kaznivo dejanje – kazenska odgovornost – kazen« nadomestiti z nečim novim in boljšim. Na novo premišljena oglišča tega trikotnika bi morala biti »kaznivo dejanje – storilec v družbeni sredini – ustrezna kazenska sankcija«. Glede na tako opredeljeno izhodišče bi morala sodišča namesto uporabe apriorističnih in metafizičnih konstrukcij bolj upoštevati osebnost storilca, ter na podlagi kriminološke ekspertize določiti ustrezno sankcijo.

To svoje stališče je pozneje zmehčal. Zlasti je opustil zamisel, da je treba ugotavljanje krivde nadomestiti s kriminološko ekspertizo. V tem smislu se je vrnil h klasičnemu pojmovanju krivde kot negativne vrednostne sodbe in se opredelil za psihološko-normativno pojmovanje krivde. Vztrajal pa je pri pluralizmu kazenskih sankcij ter pri dvotirnem sistemu kazni in varnostnih ukrepov ter spodbujal razvoj alternativnih kazenskih sankcij.

Ko govorim o razvoju profesorjevih stališč na področju krivde in kaznovanja, ne morem mimo kaznivih dejanj, izvršenih iz malomarnosti, o katerih je napisal kar nekaj razprav. Tu moram opozoriti predvsem na njegova prizadevanja za omejevanje kaznivosti nezavestne malomarnosti. Menil je, da v kazensko pravo spadajo le tisti primeri nezavestne malomarnosti, v katerih se v storilčevem ravnanju razodeva veliko pomanjkanje skrbnosti, ki je že zelo blizu preziru do družbenih vrednot.

Glede obravnave malomarnosti v kazenskih postopkih je opozarjal na dva značilno človeška pojava. Prvič, da je opazovanje dogodkov v *ex-post* perspektivi bistveno drugačno od tistega pred dogodkom. Po dogodku smo vsi dovolj pametni, da vemo povedati, kaj vse bi bilo treba ukreniti, da se tragedija ne bi zgodila, zato smo hitro pripravljeni in voljni izreči znamenito frazo: »Obdolženec bi bil mogel in moral vedeti ...« In drugič, opozarjal je na značilno človeško potrebo, da ko se zgodi tragedija, hitro poiščemo krivca zanj in mu pripišemo odgovornost. Preusmeritev naših reaktivnih občutij v nekoga, ki je domnevno kriv za katastrofo, deluje pomirjujoče in katarzično.

Za obe zapažanji v zvezi s pripisovanjem odgovornosti za malomarnost se mi zdi, da ju je razvijal bolj ali manj intuitivno. Danes sta ti zapažanji del jedrnega repertoarja kognitivnih znanosti, ker ju raziskujejo pod širokim dežnikom, imenovanim *human bias research*.

To je bil kratek izbor iz številnih tem teorije kazenskega prava, s katerimi se je profesor ukvarjal in kjer nam je zapustil pomembno dediščino. Kot vsak izbor, je bil seveda tudi ta subjektiven in pristranski. Pomembno pa se mi je zdelo, da ob tej priložnosti poleg profesorjevega delovanja kot javnega intelektualca, ki je dobro znano, osvetlimo tudi ta, recimo mu konceptualni oziroma teoretski del profesorjevega dela na področju kazenskega prava.

Profesorjevo vodilo je sicer bilo, da je treba kabinetno profesorsko delo povezovati z javnim nastopanjem. Kolikokrat smo njegovi mlajši sodelavci slišali spodbude, da se je treba naučiti tisto, kar si dognal v kabinetu, primerno in razumljivo sporočiti tudi javnosti. Kajti, kot je večkrat parafraziral znamenito misel, pri znanstveno-raziskovalnem delu ne gre le za to, da svet motrimo in ga po možnosti kritično opišemo, temveč tudi za to, da ga spreminjamo. To je bila profesorjeva deviza, ki jo je udejanjal vse do smrti.

Profesor Bavcon je bil izjemen pedagog in učitelj. V pogovorih je bil prijazen in blag, vendar kot mentor ni bil nezahteven. Znal je odmerjati kritiko na način, da nekoga, ki se je preizkušal kot avtor, ni demoraliziral, hkrati pa mu tudi ni pustil, da bi bil prehitro zadovoljen s tistim, kar je napisal.

Poleg vsebine nas je učil tudi večšine pisanja. Sam je bil kot pisec perfekten stilist. Njegov slog je zaznamovalo dvoje. Znal se je jasno in ekonomično izražati. Držal se je načela, da manjše ko je število znamenj, s katerimi nam uspe izraziti neko misel, večja je energija oziroma moč teh znamenj. Njegov drugi adut pa je bil, da je poleg germanskega analitičnega mišljenja obvladal tudi elegantnejši zamah francoskega esejističnega pristopa, kar je bila, domnevam, dediščina iz Nancyja.

Na koncu svojega prispevka ne morem mimo profesorjeve osebnosti. Bil je topel človek, iskrive misli in odprtega duha. V debatah, ki smo jih imeli v času dopoldanskih predahov od dela, smo se sprostili, da je pogovor tekkel prosto, kot bi tekkel med vrstniki: šaljivo in brez tabujev. Kako dragoceno je, če lahko banalni vsakdan, poln sitnosti in malenkostnih skrbi, presekaš z živahnim pogovorom, ki se ne meni za konvencionalne omejitve!

Profesor Bavcon je te pogovore zaznamoval s svojo pronicljivostjo, bogastvom misli in izkušenj, pa naj je šlo za stroko v ozkem pomenu besede, duhovno zgodovino, človeške značaje, dileme vsakdanjega življenja ali dnevno politiko. Ti pogovori, kjer smo mislim puščali prosto pot, da so včasih na polemičen, drugič na šaljiv način trkale ena ob drugo, so nam dajali življenjski in delovni elan ter vedrino.

Ljubo Bavcon je s svojim dolgim in plodovitim poklicnim življenjem zaznamoval svojo epoho, hkrati pa je s svojo enkratno osebnostjo zaznamoval tudi nas, njegove sodelavce in prijatelje. V imenu vseh nas naj sklenem z besedami: »Kako zelo ga pogrešamo in ga bomo pogrešali!«

*Joseph Straus**

Will Artificial Intelligence Change Some Patent Law Paradigms?

“Science, like nothing else among the institutions of mankind, grows like a weed every year. Art is subject to arbitrary fashion, religion is inwardly focused and driven only to sustain itself, law shuttles between freeing us and enslaving us.”

K.B. Mullis (Nobel Laureate for Chemistry 1993)

1. Introduction

The growth of scientific and technical literature reporting on developments and achievements in artificial intelligence (AI), in its broadest sense understood as “a collection of technologies that combine data, algorithms and computer power”,¹ is impressive. Since the mid of the last century, some 1.6 million AI-related scientific publications have been published, more than half of them since 2001, and some 340.000 AI-related patent applications filed.² As statistics reveal, AI technology has already outgrown the stage of theoretical research. The ratio of scientific papers to inventions has decreased from 8:1 in 2010 to 3:1 in 2016.³ Thanks to enormous investments in and practical applications of AI-related products and processes across all industries, AI technology has become an important technological and economic factor.⁴

* *Dr.jur., Dres. jur. h.c., Professor of Law (University of Munich and University of Ljubljana), Emeritus Director at the Max-Planck Institute for Innovation and Competition, Munich; j.straus@ip.mpg.de*

¹ European Commission (2020), p. 2.

² WIPO (2019a), p. 13.

³ *Ibid.*, p. 14 and pp. 39–40.

⁴ Cf. J. Straus (2021).

2. AI-Technology and its Tools

Closer to the original definition of AI as “the science and engineering of making intelligent machines, especially intelligent programs”, “invented” by American computer scientist John McCarthy in 1956,⁵ than the broad definition of the EU Commission’s White Paper comes that of the Merriam-Webster Dictionary, where AI is defined as “the capability of a machine to imitate intelligent human behavior [and intuition]”.⁶ Computer scientists found out how to make machines intelligent by developing a method of data analysis that automates analytical model building, which uses algorithms⁷ that iteratively learn from data, and which allows computers to find hidden insights without being explicitly programmed where to look, known as machine learning (ML).⁸ Moreover, computer scientists have further developed the deep learning method, a form of machine learning that enables computers to learn from experience and understand the world in terms of a hierarchy of concepts. Thus, the computer learns from experience without further interacting with a human operator.⁹ To optimise solutions sought, researchers have developed a family of algorithms inspired by biological evolution, such as reproduction, mutation, recombination, crossover and selection, known as evolutionary algorithms (EAs), which form a subset of evolutionary computation techniques (ETs). The most widely known type of ETs is a search technique called genetic algorithm (GA), a category of stochastic search to solving complex problems, which starts with an initial set of random solutions (the population), each representing a solution to the problem at issue (so-called chromosome). After the chromosomes evolved through many successive iterations (called generations), the algorithms converge to the best chromosome, repre-

⁵ G. Gurkaynak, I. Yilmaz and G. Haksever (2016), p. 753.

⁶ Artificial Intelligence, Merriam-Webster.

⁷ M. Marraffa and A. Paternoster (2017), p. 929, 930, define an algorithm as “an effective procedure to solve a given problem, that is, a finite sequence of elementary and totally explicit (= well defined and not ambiguous) instructions.” (Quoted from D. Kim, *AI-Generated Inventions: Time to Get the Record Straight? GRUR International*, 69 (5), 2020, p. 450). In computational methods, algorithms and codes function together. They “indicate how to organize and describe a series of actions to achieve a desired result: the algorithm constitutes the stage of designing and evaluating the strategy on which to build single actions, while coding reflects the operational phase that leads to the execution of those actions on a particular computing device, such as a PC.” (P. Ferragina and F. Luccio, (2018), p. 3, quoted from D. Kim, 2020, p. 450).

⁸ I. Bratko, (1994), pp. 305–312. However, this does not mean, that ML works without any instructions. ML leverages mathematical and statistical methods. ML process has two components: One is “purely mathematical whereby computational operations are guided by formulas, equations, functions, etc. constituting a part of an algorithm; the other component is a statistical matter whose variables are most correlated with the outcome.” (D. Kim, *ibid.*, p. 451 with references to pertinent informatics literature).

⁹ K.G. Kim (2016), pp. 351–354.

senting the optimum or sub-optimal solution to the problem.¹⁰ However, as Daria Kim observes, also a computer-controlled by a genetic algorithm does not something ‘out of the blue’ because the application of stochastic randomised local search requires a set of prerequisites that ultimately determine how computation is executed.¹¹

The development of an ML algorithm involves: obtaining high-quality data for training the algorithm, accessed or acquired from scientific libraries, etc., pre-processing data, including cleaning data by removing outliers or reducing dimensions, training an ML algorithm on the data, and obtaining a final trained algorithm (i.e. the model), which gives output data (solutions) when shown new input data.¹²

To provide the necessary training for ML algorithms, complex data sets of interest, i.e. the “training data”, are necessary. ML methods can use two different approaches to train algorithms. Either the data set used for training algorithms (the input data) is “labelled”, meaning that it has both relevant features and the target results that the programmer is interested in, i.e. the correct response. In this, so-called supervised learning, the algorithm learns the relationships between the data and the labels to make predictions on new, previously unseen data. By comparing the prediction errors of the models by inputting the validation set data into each model, the algorithm measures their accuracy.¹³ In case the training data for algorithms is unlabelled, the ML algorithm is “unsupervised” and develops a model that extracts common elements of interest from the data set, teaching itself the set of features that makes the targeted subject. “In essence, unsupervised machine learning uses data sets that do not have specific labels fed into the algorithm for the purpose of identifying common trends embedded in that data set”.¹⁴

A key AI tool is the “artificial neural networks” (ANN), an “information processing paradigm that is inspired by the way biological systems, such as the brain, process information”,¹⁵ for which patent applications have been filed since the late 1980s, and patents granted since the beginning of 1990s.¹⁶ Shimon Ullman describes ANN as “highly

¹⁰ Cf. ‘*Evolutionary Algorithm*’, Wikipedia, <https://en.wikipedia.org/wiki/Evolutionary_algorithm> (last accessed 17 August 2020). See for more M. Gen and L. Lin (2009), pp. 489–490 with further references and D. Kim, 2020, p. 451 with further references.

¹¹ D. Kim, 2020, p. 452.

¹² Cf. H.R. Jin, 2018, p. 89; and A. Greenberg, 2020, pp. 329–337.

¹³ H.R. JIN, 2018.

¹⁴ Ibid.

¹⁵ C. Stergiou and D. Siganos, 2014.

¹⁶ For instance, on 10 July 1990, the US Patent and Trademark Office (USPTO) granted US Patent 4,941,122 for ‘Neural Network Image Processing System’; on 6 October 1992 US Patent 5,153,923 for ‘High Order Information Processing Method by Means of a Neural Network and Minimum Searching Method Therefor’; on 23 March 1993 US Patent 5,197,114 for ‘Computer Neural Network Regulatory Process Control System and Method’, which allowed for the elimination of a human operator from real time control of the process; and, the last to refer to, on 22 December

reductionist approach to model cortical circuitry” and observes that “in its basic current form, known as a “deep network” (or deep net) architecture, this brain-inspired model is built from successive layers of neuron-like elements, connected by adjustable weights¹⁷, called “synapses” after their biological counterparts”.¹⁸ ANNs, like humans, learn by example. ANNs have

“The ability to derive meaning from complicated or imprecise data can be used to extract patterns and detect trends that are too complex to be noticed by either humans or other computer techniques. A trained neural network can be thought of as an ‘expert’ in the category of information it has been given to analyze.”¹⁹

How powerful these ANN machine learning algorithms are, is best demonstrated by the AlphaZero program, using a deep neural network, that recently convincingly defeated the world champion programs in the games of chess and shogi (Japanese chess), as well as Go. The AlphaZero algorithm starts from random play and with no domain knowledge given, except the game rules. Unlike the state-of-the-art programs, which are based on powerful engines that search many millions of positions,²⁰ leveraging domain expertise and sophisticated domain adaptations, AlphaZero learns the necessary move probabilities and value estimates entirely from self-play and uses them to guide its search in future games.²¹

However, as Greenberg emphasises, although “ML algorithms learn from the data and come up with a final model spontaneously, the developer’s ingenuity still plays a major role”. She points to the fact that the development process “including choosing which ML method(s) to employ for a given problem, how to curate the training data, which algorithm parameters to select, and how to test the model for accuracy”, still requires many human decisions.²² Thus, “The role of human intervention remains fundamental

1998 US Patent 5,852,815 for ‘Neural Network Based Prototyping System and Method’, which does not require algorithmic based software in order to train or operate.

¹⁷ Weight is the parameter within a neural network that transforms input data within the network’s hidden layers, <<https://deepai.org/machine-learning-glossary-and-terms/weight-artificial-neural-network>> (last accessed 3 August 2020).

¹⁸ Sh. Ullman, 2019, pp. 692–693.

¹⁹ C. Stergiou and D. Siganos, 2014.

²⁰ In case of the AlphaGo model, defeated by AlphaZero, the model was built by reinforcement learning from a database consisting of over 13 million moves of world class Go players (cf. D. Silver et al., 2016, p. 484; see also H.R. Jin, 2018, p. 80).

²¹ D. Silver et al., 2019, pp. 1140–1144.

²² A. Greenberg, 2020, pp. 334–335. Along the same lines with detailed arguments D. Kim, 2020, p. 455.

to the programming of AI devices, the selection of input data and the application of the results obtained.”^{23, 24}

3. Does AI Autonomously Generate Products and Processes?

AI-related reports in scientific magazines, however, suggest seemingly the opposite and entrap many legal scholars to buy into the idea that AI itself, meaning autonomously, generates patentable inventions.²⁵ The publications of Jo Marchant, “Powerful Antibiotics Discovered Using AI”,²⁶ Robert Service, “AIs Direct Search for Materials Breakthroughs – Decision Making Algorithms Transform How Robots Evaluate and Synthesize Solar Cells and More”,²⁷ and Derek Lowe, “AI Designs Organic Syntheses”,²⁸ may illustrate this.

In the case of the discovered new antibiotic halicin, reported by Marchant, the original research report in the “Cell” Magazine shows that the group around Regina Barzilay and James J. Collins, first trained a deep neural network model to predict growth inhibition of *Escherichia Coli* using a collection of 2.335 molecules. Then they applied the resulting model to several discrete libraries, comprising more than 107 million molecules, to identify potential lead compounds with activity against *E. Coli*. After ranking the compounds according to the model’s predicted score, they lastly selected a list of candidates based on a pre-specified prediction score threshold, chemical structure and ability.²⁹ As described in detail, each of those steps required making complex decisions by the group.³⁰

²³ Committee of Legal Affairs of the European Parliament, Report on “Intellectual Property Rights for the Development of Artificial Intelligence” of 2 October 2020, Explanatory Statement, pp. 12–13 (Doc. PE650.527v02-00, A9 - 0176/2020).

²⁴ The reported AI achievements still belong in the so-called category of “Artificial Narrow Intelligence”. Although the AI development is approaching its next stage, the so-called “Artificial General Intelligence”, meaning that computers will be “as smart as humans in every aspect and capable of performing all intellectual tasks humans can”, the point in time when this will become reality, is an open question. Much more so the question, when the serious concern causing so-called “Artificial Superintelligence” will concur the world. Potentially the AI superintelligence will be “much smarter than the best human brains in practically every field, including scientific creativity, general wisdom and social skills.” See for more J. Straus, 2021, with further references.

²⁵ A current example is the publication of E. Bonadio, L. McDonagh and P. Dinev, 2021, pp. 48–66.

²⁶ *Nature News*, 20 February 2020, <<https://www.nature.com/articles/d41586-020-00018-3>> (last accessed 5 August 2020).

²⁷ 365 *Science*, 2019, pp. 1295–1296.

²⁸ 555 *Nature*, 2018, pp. 592–593.

²⁹ J.M. Stokes et al., 2020, pp. 689–690.

³⁰ *Ibid.*, pp. 690–702. N. Benaich, 2020, p. 21), assessed the decisive role of researchers in this case as follows: “AI only uncovered the new antibiotic with the help of human researchers, who ensured

As regards the article “AIs direct search for materials”, the breakthrough for the thin-film materials, which, according to Robert Service, a group of Canadian and US researchers led by C.P. Berlinguette has achieved by outsourcing the effort to a single-armed robot overseen by an AI algorithm, the final outcome of the process cannot be attributed to the employed AI alone. Even though the robot controlled by AI mixed different solutions, cast them in films, performed heat treatments and other processing steps, tested the films’ conductivity, evaluated their microstructure, and logged the results, and the AI interpreted each experiment and determined what to synthesise next³¹, along this entire process, many decisive decisions of the group had to be taken. As the publication of C.P. Berlinguette and his group³² reveals, they designed the complex Ada (the robot) self-driving laboratory specifically “to target organic hole and electron transport layers that are ubiquitous in advanced solar cells, as well as optoelectronics applications such as organic lasers and light-emitting diodes”. They, among others, selected the material whose hole mobility should be autonomously optimised. They organised the production of surrogate hole mobility data for optical and conductivity properties characterisation and, for instance, selected the Phoenix global Bayesian optimisation algorithm.³³

Derek Lowe article’s title “AI Designs Organic Syntheses” follows the headline “Software that devises effective schemes for synthetic chemistry has depended on the input of rules from researchers. *A system is now reported in which an artificial-intelligence program learns the rules for itself.* See Article p.604”³⁴. However, already the abstract of that article of Marvin H.S. Segler, Mike Preuss & Mark P. Waller, “*Planning Chemical Syntheses With Deep Neural Networks and Symbolic AI*” at p. 604,³⁵ to which Lowe refers, indicates that much more is at stake than just an AI program. The authors begin, “Here we use Monte Carlo tree search and symbolic artificial intelligence (AI) to discover retrosynthetic routes. We combined Monte Carlo tree search with an expansion policy network that guides the search and a filter network to pre-select the most promising retrosynthetic steps. These deep neural networks were trained on essentially all reactions ever published in organic chemistry”.³⁶ What this means specifically, one learns from the article. First, that the authors selected Monte Carlo tree search (MCTS), because it is a general search technique for sequential decision problems with large branching factors without strong heuristics. It uses rollouts to determine position values. Thereby roll-

the computer avoided killing people by helping it distinguish between bad bacteria and species that are beneficial to healthy living cells.”

³¹ R.F. Service, 2019, p. 1295.

³² B.P. Macleod et al.

³³ Ibid.

³⁴ 555 *Nature*, 2018, 592 (emphasis added).

³⁵ M.H.S. Segler, M. Preuss and M.P. Waller, 2018, p. 604.

³⁶ Ibid.

outs are Monte Carlo simulations, in which random search steps are performed without branching until a solution is found or a maximum depth reached. One learns further that the authors combined three different neural networks with MCTS to perform chemical synthesis planning (3N-MCTS). The first neural network (the expansion policy) guides the search in promising directions by proposing a restricted number of automatically extracted transformations. A second neural network then predicts whether the proposed reactions are actually feasible (in scope). Finally, a third neural network, responsible to estimate the position value, samples transformations during the rollout phase. To train the three neural networks, the group first extracted transformation rules from 12.4 million single-step reactions from the Reaxys36 chemistry database, then determined the extraction rules for selections to train the neural networks. The group, among others, also trained a deep neural network as a binary classifier on successful and failed reactions to predict whether the reactions corresponding to the transformations selected by the policy network are actually feasible. Because researchers seldom report failed reactions, the group itself, based on a process it developed, generated 100 million negative reactions from reactions published before 2015 for training and 10 million published in and after 2015 for testing. The last to mention here, the expansion procedure and the rollout procedure the group incorporated in the respective phases of an MCTS algorithm as a pipeline to form 3N-MCTS. As a result, the four MCTS phases are then iterated to build the search tree.³⁷ The group has also evaluated the performance of 3N-MCTS by comparing its algorithm to the state-of-the-art search method, the best first search (BFS) with the hand-coded SMILES heuristic cost function.³⁸

For all the three reported cases, the above modest ‘technical analysis’ has revealed that the design of the respective overall procedure, meaning the instructions on the derivation of the input-output relations, were provided by humans. This seems to be in line with the present stage of problem-solving complex computational methods employing AI tools,³⁹ as assessed by experts in AI and robotics. They “caution that characteristics such as ‘autonomous’, ‘unpredictable’ and ‘self-learning’ are ‘based on an *overvaluation* of the actual capabilities of even the most advanced robots, a *superficial* understanding of unpredictability and self-learning capacities [...], a robot perception distorted by Science-Fiction and a few recent sensational press announcements.”⁴⁰

³⁷ Ibid., pp. 604–605.

³⁸ Ibid., p. 606.

³⁹ For the phases of computational problem solving, cf. D. Kim, 2020, Table at p. 449.

⁴⁰ ‘Open Letter to the European Commission. Artificial Intelligence and Robotics’, para. 2 (emphasis added) (quoted from D. Kim, 2020, p. 444). See also *infra* n. 7 (iii).

4. AI-Related Inventions in Patent Granting Practice

4.1. WIPO Statistics

With reference to the WIPO Statistics⁴¹ at the outset, this paper recalled that since the mid of the last century, some 340.000 AI-related patent applications have been filed. As the WIPO statistics referred to specifically reveal, the machine learning technique with 89 percent of patent families, which is included in more than a third of all identified inventions, dominates the field. ML is followed by neural networks, machine learning (general), supervised learning, probabilistic graphical models, support vector machines, bio-inspired approaches, classification and regression trees, deep learning, rule learning, unsupervised learning and another twelve AI technique sub-categories.⁴² Thereby IBM, with 8.290 inventions, has the largest portfolio of AI patent applications, followed by Microsoft with 5.930 applications. The other three companies in the top five filers are Toshiba with 5.223, Samsung with 5.102 and NEC with 4.406 applications. Of the top 30 patent applicants by numbers of patent families are twelve from Japan, six from the USA, five from China and four from Europe (Siemens ranking No. 11, Bosch No. 21, Philips No. 24 and Nokia No. 25), and three from Korea.⁴³ Remarkably, among the top 500 patent applicants are 167 universities and public research organizations. Of these, 110 are Chinese (the top 10 are all from China!),⁴⁴ 20 are from the USA, 19 from Korea, 4 from Japan and 4 from Europe (highest ranking the German Fraunhofer Institute, ranking No. 159).⁴⁵

The WIPO Statistics does not reveal any numbers on actually granted patents on AI-related inventions. However, it contains interesting data on litigation and opposition cases. According to these statistics, 1.264 AI patent families were involved in litigation cases and 4.231 in opposition cases from 1975 to 2017.⁴⁶ Among the top litigation plaintiffs by several litigated patent families are Nuance Communications, American Vehicular Sciences and Automotive Technologies International.⁴⁷ At the top of the list of defendants is Microsoft, prominently followed by Apple, Alphabet, Samsung, Amazon, Sony and BMW.⁴⁸ As regards the available data for oppositions in the EPO, the top three opponents are Siemens, Daimler and Giesecke+Devrient from Germany, and the top three defendants are Samsung, LG Corporation and Hyundai, all from Korea.⁴⁹ The WIPO

⁴¹ WIPO 2019.

⁴² *Ibid.*, Figure 3.5 at p. 42.

⁴³ WIPO 2019, p. 15.

⁴⁴ *Ibid.*, Figure 4.1 at p. 60.

⁴⁵ *Ibid.*, p. 16.

⁴⁶ *Ibid.*, p. 111.

⁴⁷ *Ibid.*, Figure 6.5 at p. 110 and text at pp. 112–113.

⁴⁸ *Ibid.*, Figure 6.6, at p. 114 and text at pp. 113–115.

⁴⁹ *Ibid.*, Figures 6.8 and 6.9, at pp. 114–116, and text at pp. 115–117.

Statistics suggests that AI-related inventions are treated as patentable subject matter and are granted patents if they fulfil the statutory patentability requirements.

4.2. *European Patent Office*

Under Article 52 (1) of the European Patent Convention (EPC), European patents shall be granted for any inventions in all fields of technology, provided that they are new, involve an inventive step and are susceptible of industrial application. However, Article 52 EPC in its paragraph 2 sets forth that, *inter alia*, mathematical methods (a), rules and methods for performing mental acts and computer programs (c) are not regarded as inventions and excluded from patentability, provided, as clarified in its paragraph 3, that they are claimed as such.

The *European Patent Office* (EPO) considers AI as an enabling technology of the Fourth industrial revolution.⁵⁰ Annual patent applications in the field of AI in the EPO have grown tenfold in the last decade, to more than 800 filings in 2020.⁵¹ The Guidelines for Examination in the European Patent Office⁵² clarify that AI and ML “are based on computational models and algorithms for classification, clustering, regression and dimensionality reduction, such as neural networks, genetic algorithms, support vector machines, k-means, kernel regression and discriminant analysis”. *Per se*, such models were of an abstract mathematical nature even if they can be ‘trained’ based on training data. Thus, they, like mathematical methods, are patentable if they contribute to the technical character of an invention. For the assessment of their contribution, it is decisive whether they, in the context of the invention, serve a technical purpose.⁵³ The EPO Guidelines stress that AI and ML find application in many fields of technology. As examples for the use of algorithms making a technical contribution, they point to the use of a neural network in a heart-monitoring apparatus to identify irregular heartbeats and the classification of digital images, videos, audio or speech signals based on low-level features (e.g. edges or pixel attributes for images). Moreover, the Guidelines explain that, where a classification method serves a technical purpose, “the steps of generating the training set

⁵⁰ Cf. EPO, *Patents and the Fourth Industrial Revolution: The Global Technology Trends Enabling the Data-Driven Economy*, Munich, December 2020, Table 2.2 at p. 20.

⁵¹ EPO Patent Index 2020, p. 4.

⁵² November 2019 edition.

⁵³ EPO Examination Guidelines Part G-II, 3.6 2020, approvingly point out that “mathematical methods as such are excluded from patentability unless they are used for a technical purpose in the context of technical inventions, [...]”. The Committee also underlines “the role of the patent protection framework in incentivizing AI inventions and promoting their dissemination, as well as the need to create opportunities for European companies and start-ups to foster the development and uptake of AI in Europe, [...]” (ibid., No. 12, p. 8).

and training the classifier may also contribute to the technical character of the invention if they support achieving that technical purpose.”⁵⁴

4.3. *Japan Patent Office*

Similar to the handling of AI-related inventions in the practice of the EPO is the practice of the *Japan Patent Office* (JPO). Article 29 (1) of the Japanese Patent Act (JPA) sets forth that any person who has made an invention which is industrially applicable may obtain a patent therefore. Thereby Article 2 (1) JPA defines “‘invention’ as the highly advanced creation of technical ideas utilizing the laws of nature”, and Article 2 (4) JPA states that

“A ‘computer program, etc.’ in this Act means a computer program (a set of instructions given to an electronic computer which are combined in order to produce a specific result,...) and any other information that is to be processed by an electronic computer equivalent to a computer program.”

The JPO Examination Guidelines clarify that: “Those [inventions] utilizing the laws of nature as a whole and being considered as a ‘creation of a technical idea utilizing the laws of nature’ constitute a statutory ‘invention’ without being examined from the perspective of computer software, even though they utilize computer software”. This applies to inventions that either concretely perform control of an apparatus (e.g. rice cooker, the washing machine, engine, hard disk drive, chemical reaction apparatus, nucleic acid amplifier), or concern the processing of that control, or concretely perform information based on the technical properties such as physical, chemical, biological or electric properties of an object (e.g. rotation rate of engine, rolling temperature, the relation between gene sequence and expression of a trait in a living body, physical or chemical relation of bound substances).⁵⁵ The Guidelines further clarify the notion “equivalent to programs” used in Article 2 (4) JPA, as “not direct instructions to computers and thus cannot be called programs, but have similar properties to programs in terms of prescribing computer processing. For example, ‘data structure’, a logical structure of data that is expressed by correlations between data elements.⁵⁶ The JPO Examination Handbook clarifies that, if “it is clear in consideration of the description, drawings and the common general knowledge at the time of filing, that the claimed invention is a ‘program’ even though the claimed subject matter is any word other than the ‘program’ (for example, ‘module’, ‘library’, ‘neural network’, ‘support vector machine’ or ‘model’)”.⁵⁷

⁵⁴ Ibid., Part G-II, 3.3.1. For the EPO practice, see also Y. Ménière and H. Pihlajamaa, 2019, pp. 332–336.

⁵⁵ Part III, Chapter 1 No. 2.2 (1) of JPO Examination Guidelines. Ibid, No. 2.2 (1).

⁵⁶ Ibid., No. 2.2 (1) (Note).

⁵⁷ Annex B, Chapter 1, No. 1.2.1.2 Points to Note, <https://www.jpo.go.jp/e/system/laws/rule/guideline/patent/handbook_shinsa/document/index/app_b1_e.pdf> (last accessed 18 August 2020).

The JPO distinguishes between two main categories of AI-related inventions. The first category constitutes *AI core inventions*, characterised by mathematical or statistical information processing technology that forms the basis of AI, such as various machine learning methods including neural networks, deep learning, support vector machines, reinforcement learning, in addition to knowledge-based models and fuzzy logic, etc. The JPO assigns these inventions the International Patent Classification (IPC) code G06N. The second category designated as AI-applied inventions is applying AI core inventions to various technical fields. Such fields are image processing, speech processing, natural language processing, device control/robotics, various diagnoses/detection/prediction/optimization systems, etc.⁵⁸ The JPO ‘Recent Trends in AI-related Inventions Report’ published in July 2020 reveals that the number of domestic applications for AI-related inventions in 2018 reached a total of 4.728 applications, of which 1.527 related to the so-called AI-core inventions.⁵⁹ In 2016, the JPO granted 803 AI-related patents and, simultaneously, refused 184 applications for AI-related inventions, meaning that the grant rate was about 80%.⁶⁰ The published statistics of JPO also contains interesting information on the application trends in various fields of AI technology.

Statistics published by the JPO Report show that the USA with 5.954 applications and China with 6.858 applications for AI core inventions in 2017 are the major application destinations in the world.⁶¹ These impressive data implicitly indicate that in both countries, the US and China, AI-related inventions are, in principle, eligible for patent protection.

4.4. *State Intellectual Property Office of PR China*

Article 2.2 of the Patent Law of the *Peoples Republic of China* (CPA) of 1984, in its version in force, defines the term “‘invention’ as any new technical solution relating to a product, a process or an improvement thereof.” Thereby the Examination Guidelines of the State Intellectual Property Office (SIPO)⁶² define “‘a technical solution’ as an aggregation of technical means applying to laws of nature to solve a technical prob-

⁵⁸ JPO Patent Examination Department, 2020, Box at p. 3; see also Comments to Patenting Artificial Intelligence Inventions submitted by the Examination Standards Office, Administrative Affairs Division, Japan Patent Office of September 2019 to the United States Patent and Trademark Office (USPTO), *Request for Comments on Patenting Artificial Intelligence Inventions* of 21 August 2019, Federal Register/Vol. 84, No. 166 of 27 August 2019/Notices 44889.

⁵⁹ *Ibid.*, Figure 3 at p. 4.

⁶⁰ *Ibid.*, Figure 6 at p. 7.

⁶¹ Figure 14 at p. 18, followed by Korea with 1.228, Japan 803 and EPO with 648 applications (*ibid.*).

⁶² Ordinance No. 55 of January 2010.

lem”.⁶³ Similar to Article 52 (2) EPC, Article 25.1 and 2 CPA excludes from patentability scientific discoveries and rules and methods for mental activities. Thereby the SIPO Examination Guidelines clarify that a patent shall not be granted if a claim is defined by rules and methods for mental activities in the whole contents. In substance, it concerns only rules and methods for mental activities.⁶⁴ Among the many examples for such rules and methods, the Guidelines indicate ‘computer programs *per se*’. However, the Guidelines also state that “if a claim in its whole contents contains not only matter of rule or method for mental activities but also technical features, then the claim, viewed as a whole, is not a rule or method for mental activities, and shall not be excluded from patentability under Article 25”.⁶⁵ Under the title ‘Some Provisions on Examination of Invention Applications Relating to Computer Programs’, Chapter 9 of Part II of the SIPO Examination Guidelines offers important details related to the patentability of computer programs and the computer implemented inventions. First, ‘computer programs *per se*’ are defined as meaning “a coded instruction sequence which can be executed by a device capable of information processing, e.g., a computer, so that certain results can be obtained, or a symbolized instruction sequence, or a symbolized statement sequence, which can be transformed automatically into a coded instruction sequence. Computer programs *per se* include source programs and object programs”. Moreover, the Guidelines clarify that the term the invention relating to computer programs refers to solutions for solving the problems of the invention which are wholly or partly based on the process of computer programs and control or process external or internal objects of a computer by the computer executing the programs according to the process mentioned above.⁶⁶ A key statement in the Guidelines is the clarification that

“If the solution of an invention application relating to computer programs involves the execution of computer programs to solve technical problems, and reflects technical means in conformity with the laws of nature by computers running programs to control and process external or internal objects, and thus technical effects in conformity with the laws of nature are obtained, the solution is a technical solution as provided for in Article 2.2 and is the *subject matter* of patent protection.”⁶⁷

As such patentable inventions, the Guidelines offer *inter alia* the following examples: ‘A method for controlling a die forming process of rubber’, ‘A method for enlarging storage capacity of mobile computing devices’, ‘A method of removing image noise’, or ‘A

⁶³ Part II, Chapter 1.2, adding that “usually technical means are embodied as technical features”. Further that “a solution that does not adopt technical means to solve a technical problem and thereby does not achieve any technical effect in compliance with the laws of nature does not constitute a subject matter” under Article 2.2 CPA (*ibid.*)

⁶⁴ Part II, Chapter 1, Section 4.2 (1).

⁶⁵ *Ibid.*, Section 4.2 (2).

⁶⁶ Part II, Chapter 9.1.

⁶⁷ *Ibid.*, under Section 2 (2).

method of measuring liquid viscosity using computer programs'.⁶⁸ A further approximation to the European and Japanese handling of patentability of computer-implemented inventions, i.e. also AI-related inventions, China has reached with the SIPO Ordinance 74 of February 2017, revising the 2010 Examination Guidelines, which entered into force on April 1, 2017.⁶⁹ Section 5.2 of Chapter 9 of Part II of the Guidelines sets forth that claims relating to computer programs may be drafted as a process or product claims, *for instance* (not anymore meaning), the apparatus for executing the process. No matter what kind of claim is drafted. "If it is drafted as an apparatus claim, the various component parts and the connections among them shall be specified, *the said component parts may include not only hardware but also programs*".⁷⁰ In the past, such claims were not accepted in SIPO practice.⁷¹

4.5. United States Patent and Trademark Office

The Patent Act of the USA, the other "major application destination in the world" for AI-related inventions, excels by several particularities. Firstly, § 101 of 35 U.S.C. (1952) defines the subject matter eligible for patent protection. It provides:

"Whoever invents or discovers any new and useful process, machine, manufacture, or composition of matter, or any new and useful improvement thereof, may obtain a patent therefore, subject to the conditions and requirements of this title".

The US Supreme Court case law provided, however, three specific exceptions to § 101 broad patent-eligibility principles: "laws of nature, physical phenomena, and abstract ideas".⁷² Based on these exceptions, the Supreme Court, at least since the 1930s, has rejected claims related to, e.g. a scientific truth, or the mathematical expression of it,⁷³ an algorithm itself,⁷⁴ or a mathematical formula.⁷⁵ Although the patent-eligibility issue in a number of judicial disputes addressing the patentability of computer programs, business methods, etc., had to be resolved, the Supreme Court only in two more recent decisions set rules for the patent eligibility assessment of interest. In 2012, in *Mayo v. Prometheus*, where the patentability of a method for optimizing the therapeutic efficiency of a drug

⁶⁸ Ibid., under Section 3 (2), Examples 4-7.

⁶⁹ Cf. Amendments to Chapter 9, Part II (c) Amendments to Section 5.2, and the Appendix: Comparison table of Part II, Chapter 9 between the revised Guidelines of 2017 and those of 2010.

⁷⁰ Ibid.

⁷¹ Cf. for more St. Yang.

⁷² Cf. US Supreme Court in *Diamond v. Chakrabarty*, 447 U.S. 303, 309 (1980), with further references.

⁷³ Cf. *Mackay Radio & Telegraph Co. v. Radio Corp. of Am.*, 306 U.S. 86, 94 (1939).

⁷⁴ Cf. *Benson*, 409 U.S. 63, 71-72 (1972).

⁷⁵ Cf. *Parker v. Flook*, 437 U.S. 584, 594 (1978), *Diamond v. Diehr*, 450 U.S. 175, 191 (1981), and *Bilski v. Kappos*, 561 U.S. 593, 611 (2010).

was at issue, the Court observed that abstract ideas, laws of nature, and natural phenomena “are the basic tools of scientific and technological work” and that “monopolizing these tools by granting patent rights may impede innovation rather than promote it.”⁷⁶ The Court also set forth a framework for distinguishing patents that claim laws of nature, natural phenomena, and abstract ideas from those that claim patent-eligible applications of those concepts. The Court held that in applying the § 101 exception a distinction must be made between patents that claim “‘building blocks’ of human ingenuity and those that integrate the building blocks into something more, thereby ‘transform[ing] them’ into a patent-eligible invention”.⁷⁷

In 2014, in *Alice v. CLS Bank* in which the Supreme Court had to decide whether patent claims designated to facilitate the exchange of financial obligations between two parties by using a computer system as a third-party intermediary,⁷⁸ reconfirmed the principles established in *Mayo*, and distilled from *Mayo*, a two steps patent-eligibility test. Thereunder, first, it is to determine whether the claims at issue relate to one of the patent-ineligible concepts, i.e., laws of nature, natural phenomena, and abstract ideas. If so, the Court asks, “[w]hat else is there in the claims before us”? To answer that question, the Court considers “the elements of each claim both individually and ‘as an ordered combination’ to determine whether the additional elements ‘transform the nature of the claim’ into a patent-eligible application”.⁷⁹ Step two constitutes “a search for an ‘inventive concept’—i.e., an element or combination of elements that is ‘sufficient to ensure that the patent in practice amounts to significantly more than a patent upon the [ineligible concept] itself’”.⁸⁰ Based on the two steps test, the Court rejected the argument of Alice Corp. that its patent claimed a computer-implemented financial settlement system and did not fall into the patent-ineligible category of “abstract ideas”. The Court held that the claims were patent-ineligible on the basis that generic computer implementation does not transform a patent-ineligible abstract idea into a patent-eligible invention. Thus, the Supreme Court effectively broadened the scope of ineligible subject matter.

As observed by the Office of the Chief Economist of the USPTO, the *Alice* decision, because the ambiguity in the language of its test standard and the scope of technologies involving ‘abstract ideas’ made it difficult to predict how and where the standard would be applied.⁸¹ The *Alice* decision created uncertainty in the businesses and legal communities, and after its implementation in the USPTO practice, also led to a significant

⁷⁶ *Mayo Collaborative Servs. v. Prometheus Labs., Inc.*, 566 U.S. 66, 71 (2012).

⁷⁷ 566 U.S. 89 (2012).

⁷⁸ *Alice Corp. Pty. Ltd. v. CLS Bank Int’l.*, 573 U.S. 208 (2014).

⁷⁹ 573 U.S. 217 (2014), quoting *Mayo*.

⁸⁰ *Ibid.*, quoting *Mayo*.

⁸¹ Cf. *Adjusting to Alice – USPTO Patent Examination Outcomes after Alice Corp. v. CLS Bank International*, Office of the Chief Economist IP Data Highlights, No. 3, April 2020, p. 2.

increase in the percentage of first office action § 101 rejections for patent applications in the so-called *Alice*-affected technologies.⁸²

In its efforts to bring more clarity in the application of the *Alice/Mayo* two-part test, the only test to use to evaluate the eligibility claims, the USPTO, in 2019, revised the 2106 Patent Subject Matter Eligibility Guidance (PEG) in its Manual of Patent Examining Procedure (MPEP).⁸³ With reference to the case law, the MPEP declares the *Alice/Mayo* test as the only applicable test. The ‘machine-or-transformation-test’, i.e. a test defining a ‘process’ patent-eligible only if: (1) it is tied to a particular machine or apparatus, or (2) it transforms a particular article into a different state or thing,⁸⁴ although an important clue to eligibility, was not a separate test. Instead, that test should be considered “as a part of the ‘integration’ determination or ‘significantly more’ determination articulated in the *Alice/Mayo* test”.⁸⁵ An MPEP Flow Chart on the ‘Subject Matter Eligibility Test for Products and Processes’ provides valuable guidance for examiners as well as applicants.

In a Notice of 1 July 2019,⁸⁶ the USPTO also explained that under the Revised Guidance, abstract ideas can be grouped as, e. g., mathematical concepts, certain methods of organizing human activity, and mental processes. Further, that a patent claim or patent application claim that recites a judicial exception is not ‘directed to’ the judicial exception if the judicial exception is integrated into a practical application. Lastly, that a claim that recites a judicial exception, but is not integrated into a practical application, is directed to the judicial exception and must, therefore, in a further step, be evaluated as regards the ‘inventive concept’ to determine the subject matter eligibility of the claim.

For a better understanding and more efficient handling of the *Alice/Mayo* test by examiners and applicants, the USPTO, in 2019, published more than 40 hypothetical examples intended to illustrate the claim analysis under the 2019 PEG.⁸⁷ Among them are the following two: The first concerns a “Method for Training a Neural Network for Facial Detection”, claiming:

“A computer-implemented method of training a neural network for facial detection comprising:
collecting a set of digital facial images from a database;

⁸² *Ibid.*, p. 4 and Figure 2.

⁸³ <<https://www.uspto.gov/web/offices/pac/mpep/index.html>> (last accessed 31 August 2020).

⁸⁴ Cf. *Bilski v. Kappos*, 561 U.S. 605 (2010).

⁸⁵ 2106 MPEP [R-10.2019].

⁸⁶ 2019 Revised Patent Subject Matter Eligibility Guidance (PEG), <<https://www.federalregister.gov/documents/2019/01/07/2018-28282/2019-revised-patent-subject-matter-eligibility-guidance>> (last accessed 31 August 2020).

⁸⁷ <https://www.uspto.gov/sites/default/files/documents/101_examples_1to36.pdf> (last accessed 2 September 2020) and <https://www.uspto.gov/sites/default/files/documents/101_examples_37to42_20190107.pdf> (last accessed 2 September 2020).

applying one or more transformations to each digital facial image including mirroring, rotating, smoothing, or contrast reduction to create a modified set of digital facial images;

creating a first training set comprising the collected set of digital facial images, the modified set of digital facial images, and a set of digital non-facial images;

training the neural network in a first stage using the first training set;

creating a second training set for the second stage of training comprising the first training set and digital non-facial images that are incorrectly detected as facial images after the first stage of training; and

training the neural network in a second stage using the second training set.”

According to the analysis offered, the claim recites a series of steps and, therefore, is a process, i.e. falls in a statutory category. The claim is patent-eligible, because it does not recite any of the judicial exceptions in the 2019 PEG. Neither mathematical relationships nor concepts, formulas or calculations, nor mental processes – the steps are not practically performed in the human mind – are recited in the claim. Finally, the claim does not recite any method of organizing human activity such as a fundamental economic concept or managing interactions between people. There is no need to examine where the claimed method is integrated into a Practical Application, or provides an inventive concept, i.e. the question to be answered in the second part of the *Alice/Mayo* test if the claim recites a judicial exception.⁸⁸

The second example relates to “Cryptographic Communications” and claims

“A method for establishing cryptographic communications between a first computer terminal and a second computer terminal comprising:

receiving a plaintext word signal at the first computer terminal;

transforming the plaintext word signal to one or more message block word signals M_A ;

encoding each of the message block word signals M_A to produce a ciphertext word signal C_A , whereby $C_A = M_A^e \pmod{n}$;

where C_A is a number representative of an encoded form of message word

M_A ;

where M_A corresponds to a number representative of a message and $0 \leq M_A \leq$

$n-1$;

where n is a composite number of the form $n=p*q$;

where p and q are prime numbers;

where e is a number relatively prime to $(p-1)*(q-1)$; and

⁸⁸ Example 39, pp. 8–9, <https://www.uspto.gov/sites/default/files/documents/101_examples_37to42_20190107.pdf> (last accessed 2 September 2020).

transmitting the cypher text word signal C_A to the second computer terminal over a communication channel.”

The USPTO analysis reveals that the claim falls in a statutory category because it recites a series of steps and, therefore, is a patent process. However, because the claim recites a mathematical formula or calculation that is used to encode each of the message block word signals M_A to produce a cypher text word signal C_A , whereby $C_A = M_A^e \pmod n$, the claim recites a judicial exception. Consequently, questions from Part 2 of the *Alice/Mayo* test are at issue. To start with, is the judicial exception, recited in the claim, integrated into a Practical Application? The USPTO analysis answers this question in the affirmative. This is because the combination of additional elements in the claim (receiving the plaintext word signal at the first computer terminal, transforming the plaintext word signal to one or more message block word signals M_A , and transmitting the encoded cypher text word signal C_A to the second computer terminal over a communication channel) integrates the exception into a practical application. The analysis emphasises that the combination of additional elements uses the mathematical formulas and calculations in a specific manner that sufficiently limits the use of the mathematical concepts to the practical application of transmitting the cypher text word signal to a computer terminal over a communication channel. Therefore, the mathematical concepts are integrated into a process that secures private network communications. They allow a cypher text word signal to be transmitted between computers of people who do not know each other or who have not shared a private key between them in advance of the message being transmitted, where the security of the cypher relies on the difficulty of factoring large integers by computers. As a result, the claim is not directed to the recited judicial exception and is eligible. The analysis further notes that well-understood, routine, conventional subject matter can integrate an abstract idea into a practical application. Thus, even though receiving a signal at a first computer, transforming it and transmitting the transformed signal to a second computer described in the background as being conventional, the *Alice/Mayo* Part 2 step does not evaluate whether the additional elements are conventional to determine whether the abstract idea is integrated into a practical application. Because the judicial exception recited in the claim is integrated into a practical application, there is no need to examine whether the claim provides an Inventive Concept. Thus, the claim is patent-eligible.⁸⁹

Statistics show that the new USPTO Examiner Guidance significantly decreased uncertainty in patent examination and markedly reduced the first office § 101 rejections of patent applications in *Alice/Mayo*-affected technologies.⁹⁰ Although the US legal technique for assessing the patent eligibility of computer-implemented inventions, to

⁸⁹ Example 41, pp. 14–16, <https://www.uspto.gov/sites/default/files/documents/101_examples_37to42_20190107.pdf> (last accessed 2 September 2020).

⁹⁰ Cf. *Adjusting to Alice*, Figure 4 at pp. 6.

which also AI-related inventions belong, differs from that applied in the EPO, JPO and SIPO, the result of the assessment may still be quite similar. The 2019 USPTO Examiner Guidance has apparently reduced the existing uncertainty and increased the probability that the validity of the many patents granted by the USPTO in this area will stand scrutiny in US courts.⁹¹

5. AI Inventions and Patent Law Paradigms

5.1. Patent Law Paradigms

Irrespective the differences which exist in patent laws of various jurisdictions, the rule that the patent right shall belong to the inventor,⁹² the subject matter patent eligibility standard,⁹³ the rules controlling the requirements which a “statutory invention” must fulfil to be patentable,⁹⁴ and the sufficient/enabling disclosure standard,⁹⁵ can be considered as ‘patent law paradigms’. Every advent of a major technological change has since ever challenged the patent law rules controlling its paradigms. To safeguard the proper functioning of the patent system as an instrument of economic policy providing incentives for and rewarding a broad range of useful human activities,⁹⁶ legislators and/or courts have further developed and adjusted those rules to the needs generated by the new technology. However, without substantially altering the underlying paradigms. The advent of software in the 1960s and modern biotechnology in the 1970/1980s are the most recent examples. They resulted in adjusted subject matter patent eligibility standards, new provisions providing for the exclusion of specific categories of inventions based on policy or ethical considerations and the instrument of the deposit of biological material in a recognised depository institution as a complement of the disclosure in the written description.⁹⁷ The fact that AI technology enables machines, which use algorithms, to learn iteratively from data and experience and think in concepts and eventually turns them into a source of new knowledge (invention?), raises several patent law relevant questions. For instance, whether the machine can be an inventor in patent law terms, whether a technical solution generated by the smart machine autonomously meets the

⁹¹ B. Higgins, 2019, pp. 3–8, based on his analysis of the case law of the lower US courts asked for a clarifying of the existing decisions issued by the USPTO (at p. 7), which is now available and should also serve as guidance for the US.

⁹² Cf., e.g. Article 60 (1) EPC; §§ 101, 116, 35 U.S.C.

⁹³ Cf., e.g. Article 52 EPC; § 101, 35 U.S.C.

⁹⁴ Cf., e.g. Articles 54-57 EPC; §§ 102 and 103, 35 U.S.C.

⁹⁵ Cf., e.g. Article 83 EPC; § 112, 35 U.S.C.

⁹⁶ J. Straus, in: T. Takenaka (ed.), 2013, p. 19.

⁹⁷ Cf. J. Straus, 2019, pp. 546–554.

subject matter patent eligibility standard, what is the yardstick for assessing inventive step, what constitutes the relevant prior art in such circumstances?

5.2. *AI Inventions and Patent Law Paradigms—Debated by Patent Law Scholars*

These questions have attracted much attention, especially among US patent law scholars. They inspired some of them not only to question the suitability of the paradigms settled in the US patent law to be applied to AI inventions but even to challenge the applicability of the patent system to this type of invention in general. Although the analyses and the solutions proposed in the reviewed publications⁹⁸ markedly differ, they have many characteristics in common. They are predominantly US-law-centric; they take it for granted that AI has already since long autonomously generated inventions, which they call ‘AI inventions’, they do not attempt to either specifically, i.e. with technical features, define an AI invention, or delimit it from AI-related inventions, understood as a subcategory of computer-implemented inventions. Moreover, they all contest the suitability of current patent law standards for assessing the inventive step (non-obviousness) and determining the relevant prior art of AI inventions and are all discussing the topic in a broad context at a fairly abstract level using a narrow patent law relevant technical basis.

Prior to turning in some detail to the 2016 article of Professor Ryan Abbott,⁹⁹ a short reference to the article published by Ravid and Liu and that published by Schuster¹⁰⁰ is made because they represent the most radical turn away from settled patent law paradigms.

As revealed from the following quote, Ravid and Liu place legal issues concerning AI inventions outside the patent law realm:

“We analyze AI systems as autonomous, creative, unpredictable, rational, and evolving systems, and argue that these characteristics make justifications such as personality theories and incentive/efficiency arguments irrelevant. We conclude that one cannot conclusively determine an owner for these rights within the scope of patent law. Therefore, the rights fall outside the scope of traditional patent law.”¹⁰¹

⁹⁸ Cf., e.g., R. Abbott, 2016, pp. 1079–1126; R. Abbott, 2019, pp. 2–52; W.M. Schuster, 2018, pp. 1945–2004; Sh.Y. Ravid and X. (J.) Liu, 2018, pp. 2215–2262; R.D. Clifford, 2018, pp. 25–39. For more publications of interest see D. Kim, 2020, p. 443; N.Li-T. Koay, 2020, pp. 399–404; T.W. Dornis, 2020, pp. 436–446.

⁹⁹ R. Abbott, 2016.

¹⁰⁰ Both referred to in n. 98 *supra*.

¹⁰¹ Sh. Y. Ravid and X. (J.) Liu, 2018, p. 2221. However, they implicitly agree with granting patents for computer-implemented inventions using AI (*ibid*).

They propose to abolish patent protection for inventions generated by AI altogether and suggest promoting innovations and public disclosure of AI inventions through alternative tools, such as, for example, first-mover advantages, social recognition of AIs, and the use of digital tools against copying and counterfeiting.¹⁰² Ravid and Liu argue that the new AI realm consists of multiple stakeholders, such as the software programmers, data suppliers, trainers/feedback suppliers, owners of the AI system, operators of the system, new employers of other players, the government, the investor and even the AI system as an autonomous entity,¹⁰³ whose interests are at stake. They call their solution a ‘Non-patent model within the AI multiplayer paradigm’.¹⁰⁴

Schuster starts his paper by raising the question of whether and to whom grant patents for AI inventions.¹⁰⁵ After analysing the US case law on the legal threshold for inventorship and a review of US literature addressing AI and IP law,¹⁰⁶ Schuster turns to an extensive analysis of the Coase Theorem in general and a detailed ‘Coasean Analysis of Patent Ownership’.¹⁰⁷ Therein Schuster addresses issues such as ‘Types of Patent Value’, ‘Patent Valuation as a Function of Market Participation’, ‘Assignment of Patent Rights’, and the problematic allocation of patent rights to software companies. Although Schuster concedes that further research was needed to answer his initial question, he concludes that “Via a Coasean analysis, the rights to AI patents should be allocated to AI users (i.e., parties using AI to create new technologies) to maximize economic efficiency.”¹⁰⁸ Not easy, to say the least, to comprehend this suggestion and place it in the framework of the patent system. Schuster does not explain how it could work in practical terms.

Ryan Abbott, using a more traditional approach, opened his 2016 article,¹⁰⁹ *inter alia*, with the following statements:

“An innovation revolution is on the horizon. Artificial intelligence has been generating inventive output for decades, and now the continued and exponential growth in computing power is poised to take creative machines from novelties to major drivers of economic growth. A creative singularity in which computers overtake human inventors as the primary source of new discoveries is foreseeable”.¹¹⁰

¹⁰² Ibid., pp. 2222, 2252–2257.

¹⁰³ Ibid., pp. 2231–2235.

¹⁰⁴ Ibid., p. 2252.

¹⁰⁵ W. M. Schuster, 2018, p. 1948. As revealed later in his paper, Schuster takes it for granted that AI autonomously generates inventions: “Genetic algorithms independently develop new inventions by mimicking biological evolution via ‘an iterative process of simulated competition and improvement’.” (pp. 1955–1956).

¹⁰⁶ Ibid., pp. 1959–1967.

¹⁰⁷ Ibid., pp. 1967–2000.

¹⁰⁸ Ibid., p. 2004.

¹⁰⁹ Abbott, 2016.

¹¹⁰ Ibid., pp. 1079–1080.

“Computers already are generating patentable subject matter under circumstances in which the computer, rather than a human inventor, meets the requirements to qualify as an inventor (a phenomenon that this Article refers to as ‘computational invention’)”.¹¹¹

“Soon computers will be routinely inventing, and it may only be a matter of time until computers are responsible for most innovation”.¹¹²

“It [the article] finds that machines have been autonomously generating patentable results for at least twenty years and that the pace of such invention is likely increasing”.¹¹³

The empirical basis for such bold statements seems narrow, and its interpretation is far from being clear in patent law terms. Abbott’s first example is two patents granted by the USPTO to Stephen L. Thaler. The first for a “Device for the Autonomous Generation of Useful Information”¹¹⁴ which Thaler called ‘Creativity Machine’ and widely publicised, and the second for a “Neural Network Based Prototyping System and Method”¹¹⁵ which reportedly was invented by the first patented invention, i.e. the ‘Creativity Machine’. Nevertheless, Thaler listed himself as an inventor, assuming that otherwise, he could not get the patent granted. Abbott observes that

“If Dr. Thaler’s claims are accurate, then the Patent Office has already granted, without knowing it has done so, a patent for an invention created by a non-human inventor - and as early as 1998.”¹¹⁶

The second Abbott’s example, titled ‘The Invention Machine’,¹¹⁷ relies on publications of John R. Koza.¹¹⁸ Koza and his team reported, on the one hand, that genetic programming they had developed succeeded in independently generating results that were subject of past patents. And on the other hand, that they got several patents issued by the USPTO, e.g. for ‘Methods and Apparatus for Automatic Design of Complex Structures Using Genetic Programming’,¹¹⁹ ‘Genetic Programming Problem Solver With Automatically Defined Stores, Loops and Recursions’,¹²⁰ ‘Apparatus for Improved

¹¹¹ *Ibid.*, p. 1080.

¹¹² *Ibid.*

¹¹³ *Ibid.*, p. 1081.

¹¹⁴ US Patent 5,659,666 (granted/filed on 13 October 1994).

¹¹⁵ US Patent 5,852,815 (granted on 22 December 1998, see also *supra* note 19).

¹¹⁶ Cf. R. Abbott, 2016, pp. 1083–1086 with numerous references.

¹¹⁷ *Ibid.*, pp. 1086–1088.

¹¹⁸ J.R. Koza, 2010, pp. 251–284, at, e.g. 265.

¹¹⁹ US Patent 6,360,191 B1 (granted on 19 March 2002).

¹²⁰ US Patent 6,532,453 B1 (granted on 11 March 2003).

General Purpose PID and Non-PID Controller’,¹²¹ or ‘Method and Apparatus for Synthesis of Controllers’.¹²² In other words, for inventions generated autonomously by AI. As a third example, Abbott mentions IBM’s AI ‘Watson’, whose ‘*Jeopardy!*’ discoveries in food series were likely patentable.¹²³

After a lengthy discussion about whether computers should qualify as ‘legal inventors’, Abbott answers this question in the affirmative.¹²⁴ He argues that this would encourage innovation under an inventive theory.

“Patents on computational inventions would have substantial value independent of the value of creative computers; allowing computers to be listed as inventors would reward human creative activity up-stream from the computer’s inventive act.”¹²⁵

Abbot praises 25 January 2005, the day of the US Patent 6,847,851 B1 issue, as of historical significance, because with the patent issue, the genetic programming has passed the ‘Turing test’, i.e., the examiner did not realise “that he was looking at the intellectual property of a computer”.¹²⁶ As regards the ownership rights to computational inventions, according to Abbott, they should belong to a computer’s owner, who could assign them to users or developers.¹²⁷

Among the most important rules controlling the requirements which a ‘statutory invention’ must fulfil to be patentable is that the invention involves an inventive step, i.e., that “having regard to state of the art, it is not obvious to a person skilled in the art”.¹²⁸ Thus, the decisive yardstick for assessing non-obviousness is the person skilled in the art, a fictitious (hypothetical) figure having the knowledge and expertise in the pertinent art at the filing/priority date, to be determined in each individual case according to the field of technology. Whereas it still can be questioned whether AI already autonomously generates patentable inventions,¹²⁹ no doubt exists that AI as a tool in many respects and to an ever-increasing extent facilitates researchers/inventors in their innovative activities. Considering the available enormous computer power as regards the speed, storage of

¹²¹ US Patent 6,847,851 B1 (granted on 25 January 2005). Abbott reports that John Koza in a telephone interview he had with him told him, that he did list him and others as inventors in this patent, based on the advice of the legal counsel, although “the whole invention was created by a computer.” (ibid., p. 1088 and footnote 68).

¹²² US Patent 7,117,186 B2 (granted on 3 October 2006).

¹²³ Abbott, 2016, pp. 1088–1091, also mentioning Watson’s involvement in drug discovery (cf. also R. Abbott, 2019, pp. 22–23).

¹²⁴ Ibid., pp. 1092–1113.

¹²⁵ Ibid., p. 1104.

¹²⁶ Ibid., p. 1109.

¹²⁷ Ibid., pp. 1114–1117.

¹²⁸ Cf., e.g. Article 56 EPC, 35 U.S.C. § 103.

¹²⁹ See *supra* n. 47 and the accompanying text *infra* 6. (iii).

data, etc., which AI algorithms use, this cannot remain without consequences for the standards controlling the assessment of the inventive step/non-obviousness requirement. Affected by the new circumstances are both the standard for determining the fictitious person skilled in the art and the relevant, pertinent art itself. As regards the skilled person, the widespread use of AI (ML, ANN, EA, ETs and GAs)¹³⁰ implies that also this fictitious figure, when confronted with technical solutions involving AI, will also consider for his assessment AI tools, available at the priority date for solving the type of problems at issue. Moreover, the pertinent, relevant prior art will be affected because it will also encompass the data used by the AI assisting the skilled person. As Ralph Clifford observes: “By becoming commonplace, AI has the power to render inventions predictable and obvious”.¹³¹ This is because a skilled person—the reference for the non-obvious assessment—assisted by AI will, in any case, dispose of much more background knowledge even in unrelated prior art than has traditionally been the case.

Ryan Abbott considers going even a step further. He suggests not only that the person skilled in the art should be using an inventive machine for the non-obviousness assessment, instead could even be itself “just an inventive machine”.¹³² Abbott argues, “Having inventive machines replace the skilled person may better correspond with real world conditions”.¹³³ The implications, which the replacement of the skilled person by inventive machines would have, Abbott explains as follows:

“Thus, inventive machines change the skilled paradigm because once they become the average worker, the average worker becomes inventive. As the outputs of these inventive machines become routinized, however, they should no longer be inventive by definition. The widespread use of these machines should raise the bar for obviousness, so that these machines no longer qualify as inventive but shift to become skilled machines – machines, which now represent the average worker and are no longer capable of routine invention.

[...]

¹³⁰ Cf. *supra* under section 2.

¹³¹ R. Clifford, 2018, p. 36.

¹³² R. Abbott, 2019, p. 2.

¹³³ *Ibid.*, p. 33. This opinion is shared by D. Fabris, 2020, 685–708, who states: “[...], I believe the PHOSITA/PSITA should be soon replaced by what I call here a “machine of ordinary skill in the art” (MOSITA), which knows, through all the data it incorporates and by means of its computational capacity, all the existing prior art and all possible correlations, even in unrelated scientific fields. In such a scenario, since the AI undertakes R&D activities in a fully autonomous way, the level of skill of the human beings employing them becomes irrelevant.” (at p. 692).

Taken to its logical extreme, and given there is no limit to how sophisticated computers can become, it may be that everything will one day be obvious to commonly used computers.”¹³⁴

However, Abbott eventually realises that instead of replacing the skilled person with the skilled machine, it would be “less of a conceptual change, and administratively easier, to characterize the skilled person as an average worker facilitated by technology”.¹³⁵ That way would more explicitly take into account the fact that human researchers’ capabilities are augmented with computers. Here Abbott concedes that also in inventions using AI significant skills may be required to formulate the precise problem to put to a machine so that a person might have a claim to inventorship independent of the machine, or a claim to joint inventorship.¹³⁶ As a firm believer in inventive machines, Abbott closes his extensive deliberations on non-obviousness with the following sentence: “Inventive machines may ultimately automate knowledge work and render human researchers redundant”.¹³⁷

6. Stephen L. Thaler’s—DABUS Patent Applications

6.1. *Machine—A ‘Statutory Inventor’?*

Inspired possibly by Ryan Abbott’s writings, Stephen L. Thaler, who according to the narrative suppressed to list in the US patent applications his “creative machine” as an inventor,¹³⁸ filed on 17 October and 7 November 2018 with the USPTO, EPO and the UK Intellectual Property Office (UK IPO) two patent applications without listing the inventor.¹³⁹ Invited by the EPO and UK IPO to remedy the deficiency and designate the inventor as set forth in Article 81 and Rule 19 (1) EPC, and Section 13 of the UK 1977 Patents Act, Thaler indicated as an inventor a machine, DABUS (stands for Device for Autonomous Bootstrapping of Unified Sentience). Thaler, as an applicant, explained that DABUS is a type of connectionist artificial intelligence (AI) from which he had acquired the right to the European patent as an employer, i.e. as a successor in title. Thaler declared that the invention had been made by a machine and that the machine “identified the novelty of its own idea before a natural person did”. Moreover, he argued that

¹³⁴ Ibid., p. 34. D. Fabris, 2020, pp. 698 ff, considers an intensified use of the so-called ‘secondary considerations’, in particular, the solution to ‘long-felt but unsolved needs’, as a possible remedy for overcoming the nonobviousness bar.

¹³⁵ Ibid., p. 35.

¹³⁶ Ibid., p. 36.

¹³⁷ Ibid., p. 51.

¹³⁸ See *supra* section 5.2, n. 125 and the accompanying text.

¹³⁹ EP 3 564 144 A1, filed on 17 October 2018 (Application No. 18275163.6), GB 181909.4 for “Food Container”, and EP 3 563 896 A1, filed on 7 November 2018 (Application No. 18275174.3), GB 1818161.0 for “Devices and Methods for Attracting Enhanced Attention”.

the machine should be recognised as the inventor, and he, as the owner of the machine, was an assignee of any intellectual property rights created by this machine. In line with the ideas published by Abbott, Thaler also reasoned that this was in compliance with the purpose of the patent system, incentivising disclosure of information, commercialisation and development of inventions.¹⁴⁰

In the oral hearing before the EPO Receiving Section, Thaler further argued that not accepting AI Systems as inventors would exclude inventions made by AI from patentability and would contradict Articles 52–57 EPC. On 27 January 2020, the EPO Receiving Section rejected Thaler’s applications and reasoned that indicating the name of a machine (DABUS) does not meet the requirements of Rule 19 (1) EPC. According to the EPO, names given to things may not be equated with names of natural persons. The latter has not only the function of identifying the person but enable it to exercise the rights and forms part of their personality. Things have no right, which a name would allow them to exercise.¹⁴¹ Contrary to the arguments brought forward by Thaler, the EPO found no support for Thaler’s arguments in the EPC travaux préparatoire.¹⁴² The EPO emphasised that the EPC vested with the inventor several rights *vis-à-vis* the applicant for or proprietor of a European patent (Articles 60 (1), 62 and 81, Rules 19 (3), 20 (2) EPC). However, AI Systems or machines have at present no rights because they lack legal personality comparable to natural or legal persons.¹⁴³ The EPO’s decision noted that the EPO Boards of appeal have recognised that the inventor is a natural person. The fact that the Boards have not yet had an opportunity to decide whether an entity other than a natural person could be regarded inventor does not allow the conclusion that this was the case. In support of its decision, the EPO finally remarked that the understanding that the inventor is a natural person was shared by national courts of various countries, were the standard reported by the majority of the EPC Contracting States, and also followed by the patent offices of China, Japan, Korea and the USA.¹⁴⁴

¹⁴⁰ Facts summarised in the decision of the EPO of 27 January 2020, rejecting the application No. 18275174.3 (under No. I, 1-5) (EPO Doc. PK23498), <<https://www.epo.org/news-events/news/2020/20200128.html>> or <<https://data.epo.org/publication-server/pdf-document?pn=3563896&ki=A1&cc=EP&cpd=20191106>> (last accessed 17 August 2020).

¹⁴¹ *Ibid.*, Nos. 23 and 24, with references to pertinent provisions of national civil codes.

¹⁴² *Ibid.*, No. 25.

¹⁴³ *Ibid.*, Nos. 26 and 27.

¹⁴⁴ *Ibid.*, Nos. 29 and 30 with further references. Thaler’s US DABUS applications were rejected in the USPTO in February 2020, because according to the USPTO the term ‘inventor’ in 35 U.S.C. § 100 (f) means the “individual or [...] individuals who invented or discovered the subject matter of the invention”. The USPTO also pointed to the case law of the Court of Appeals for the Federal Circuit indicating that “the patent laws require that an inventor be a natural person” (cf. I. Ireland and J. Lohr, 2020, p. 24).

Already on 4 December 2019, the Comptroller of the UK IPO rejected the two Thaler's applications and reasoned that the naming of the machine as inventor did not meet the requirements of the Patents Act 1977 because a person—meaning a *natural* and not merely a *legal* person—must be identified as the inventor.¹⁴⁵ Thaler appealed the Comptroller's decision before the England and Wales High Court (Patents Court) and brought forward, by and large, the same arguments as before the EPO's Receiving Section. Thaler, in particular, emphasised that patent law also protects the moral rights of human inventors and that acknowledging machines as inventors would facilitate this function. It was fundamentally wrong and weakened the moral justification of patents that, at present, individuals are claiming inventorship of autonomous machine inventions under circumstances in which they have not functioned as inventors. By contrast, acknowledging machines as inventors would also acknowledge the work of the machine's creators.¹⁴⁶ The Court, Justice M. Smith, rejected all of Thaler's arguments and *inter alia* based its decision on the holdings of Lord Hoffmann in *Yeda Research & Development Company Ltd. v. Rhone-Poulenc Rorer International Holdings* ([2007] UK HL 43), who referred to the inventor as the *natural person who came up with the inventive concept*.¹⁴⁷ In view of the controversially debated issue of who is to be acknowledged as inventor in AI related/generated inventions, it seems appropriate to quote the final remarks of Justice Smith, who stated the following:

“As I have noted, the question of whether the owner/controller of an artificially intelligent machine that ‘invents’ something can be said, him- or herself, to be the inventor was not a matter that was argued before me. Dr Thaler expressly declined to advance that submission not merely because he considered it bad in law but more importantly because (in moral terms) he considered that he would illegitimately be taking credit for an invention that was not his. Clearly, what arguments are or are not framed in relation to patent applications are matters for the applicant. However, I would wish to clarify that I in no way regard the argument that the owner/controller of an artificially intelligent machine is the ‘actual deviser of the invention’ as an improper one. Whether the argument succeeds or not is a different question and not one for this appeal: but it would be wrong to regard this judgment as discouraging an applicant from at least advancing the contention if so advised.”¹⁴⁸

¹⁴⁵ Facts reproduced in the decision of the England and Wales High Court (Patents Court) of 21 September 2020 – *Stephen L Thaler v. the Comptroller-General of Patents, Designs and Trade Marks* ([2020] EWHC 2412 (Pat)), para. 7.

¹⁴⁶ *Ibid.*, para. 5.

¹⁴⁷ *Ibid.*, para. 45 (3).

¹⁴⁸ *Ibid.*, para. 52 (2).

6.2. *The Claimed Food Container—DABUS Autonomous Invention?*

For two reasons, some important patent law aspects of Thaler's, e.g. EP 3 564 144 A1 (EP '144) application remained unaddressed. On the one hand, the EPO, UK IPO and the USPTO proceedings focused exclusively on the question, whether a machine could enjoy the legal status of an inventor. On the other hand, no reason seemingly existed to question the compliance of the EP '144 description with the Rule 42 (b) EPC. This is because, as a matter of principle, a patent grant does neither require the inventor to disclose why the invention works nor that he/she specifically describes the repeated working of the invention if in view of state of the art this is beyond question. Only the facts, which Thaler has disclosed in the UK proceedings, offer the necessary basis for a substantive examination of those aspects. In other words, to examine whether DABUS autonomously, i.e. without human intervention, designed/invented the claimed food container, whether the invention, autonomously designed by DABUS or not, met the inventive step requirement, how the person skilled in the art to assess this should be determined, and what should be considered the relevant prior art.

Thaler neither disclosed how the problem the “machine” was supposed to solve was formulated and by whom, nor how it was introduced into the AI system. He also did not disclose what constituted the “general knowledge in the field” (which field, by whom provided, from where accessed?) for the training of the algorithm (which algorithm, one off the shelf commonly used—by whom selected, or a newly developed, if so, by whom?), which as Thaler claims, were not “any special data relevant to the present invention.” Whereas the disclosure of this information was (or at least seemed) irrelevant in the context of the application at hand, it is indeed relevant to the question of whether, where and to what extent human intervention was involved in the problem-solution process chain, which generated the claimed food container. The facts offered by Thaler do not seem to support his claim that DABUS autonomously invented the claimed invention.

6.3. *US ‘Creative Machine’ Patent—Relevant Prior Art?*

Thaler's explicit reference to, among others, the US “Creative Machine” patent 5,659,666 (US '666),¹⁴⁹ as the model of the DABUS “Machine”, the claimed inventor of the food container, raises several interesting and important issues so far not addressed in the “DABUS” proceedings. Independent of whether DABUS autonomously or not “invented” the food container, the US '666, as a potentially relevant prior art for the DABUS application, requires a closer investigation.

The US '666 relates to a “Device for the Autonomous Generation of Useful Information”. To the understanding of this writer, the invention claimed and disclosed in US '666 falls primarily in the category of “AI core inventions” but also discloses

¹⁴⁹ See *supra* n. 114 and the accompanying text.

practical applications of the teaching in some selected fields. Therefore, it represents a “hybrid-type” of an AI invention. Its principal object is “to teach the construction and operation of novel means for simulating creativity.”¹⁵⁰ Its task is, as the US’666 Abstract reveals,

“simulating human creativity employing a neural network trained to produce input-output maps within some predetermined knowledge domain, an apparatus for subjecting the neural network to perturbations that produce changes in the predetermined knowledge domain, the neural network having an optional output for feeding the outputs of the neural network to a second neural network that evaluates and selects outputs based on training within the second neural network.”

The description states,

“The present device represents a new approach and a new application of ANN’s in which the system synthesizes novel plans of action and original designs or creations. These systems, which we refer to as autonomous systems or ‘creativity machines’ may perform imaginative feats that extend beyond technological invention into the realms of aesthetics and emotions.”¹⁵¹

To show the difference between the claimed invention and the prior art, the description emphasises:

“The inventor has shown that static networks have produced some very novel outputs which have been detected within mathematical studies. In all known cases, however, they have been isolated by a human operator for their novelty. In contrast, the present device autonomously monitors the output of such a network and selects emergent concepts on the basis of some predetermined criteria established within the policing or patrolling neural network. Such concepts may include producing music or musical themes for some purpose, or *for designing some device such as a coffee mug*, or producing a process planning operation, or solving a problem, and for many other applications some of which will be described more in detail hereinafter.”¹⁵²

The description and the drawings disclose in detail the entire structure and operation of the ANN’s involved. It also offers a detailed description of some embodiments, among them, that of a *coffee mug* design. In this latter respect, the description, *inter alia*, states:

“Referring now to FIGs. 5-8¹⁵³ there is shown an embodiment of the subject device that can be used in the design and production of devices such as a novel coffee mug

¹⁵⁰ US ‘666, column 2, lines 62–64.

¹⁵¹ *Ibid.*, column 1, lines 24–30.

¹⁵² *Ibid.*, column 2, lines 5–18 (emphasis added J.S.).

¹⁵³ FIG. 5 is a diagram of one embodiment of the object device used in designing and/or producing a desired shape for a coffee mug, FIG. 6 is a block diagram of the means employed to produce the coffee mug of FIG. 5; FIG. 7 is a view showing one form of the operating members controlled by the subject device in the production of the desired shape for a coffee mug; FIG. 8 shows examples

and the like. The subject coffee mug can be aesthetically pleasing and also serve a useful function. It is apparent, however, that the subject device is not limited to the production of coffee mugs and can be used to produce many other designs and shapes including works of art.”¹⁵⁴

“In designing a coffee mug, various options should be assembled as to the aesthetic and utilitarian preferences and this information should be encoded in the AAC. This can be done using a computer code which generates vertically aligned stripes of various lengths which together stimulate the profile or potential mug design.”¹⁵⁵

The lessons to learn from the US ‘666 patent are, firstly, that the “device”, the dual ANNs structure, could at best generate the claimed invention, among others a coffee mug of a particular shape/function, “autonomously”, if the notion of the invention is reduced to the final run of the “device”. In other words, ignoring the formulation of the problem, its input into the “device”, the selection, the provision of/access to the necessary training data, encoding the information on advanced audio-coding (AAC) using an appropriate computer code, etc., as decisive parts of the inventive concept.

What applies to the US ‘666 patent coffee mug applies even more to the DABUS food container. Thaler may have used the US ‘666 “device” or other patented devices referred to by him in the UK proceedings, or a combination of those devices, but could generate the claimed food container using them for the autonomous “final run” only with the necessary human input.

6.4. Description Requirements in AI Related Applications

In practical terms, more important, however, is the lesson that in times of highly developed AI technologies with numerous AI core and AI applied inventions, which can be used for assisting/solving technical problems practically across all fields of technology, require a thorough re-evaluation of what to consider the relevant prior art. Moreover, in connection with this also a reassessment of search and examination strategy and the notion of the fictitious person skilled in the art seems necessary. The DABUS food container applications in connection with the facts presented by Thaler in UK proceedings demonstrate this in an exemplary way.

The description in the DABUS EP ‘144 application departs from the disadvantages of prior art containers for food products. It asserts the invention is particularly suitable,

of acceptable and unacceptable coffee mug designs (ibid., column 3, lines 31-40; see also column 7, lines 18-48).

¹⁵⁴ Ibid., column 7, lines 5-14.

¹⁵⁵ Ibid., column 7, lines 49-54.

but not limited to, containers for liquids, such as beverages and other flowable products.¹⁵⁶ The description then continues:

“According to an aspect of the present invention, there is provided a food or beverage container comprising: a wall defining an internal chamber of the container, the wall having interior and exterior surfaces and being of substantially uniform thickness; wherein the wall has a fractal profile with corresponding convex and concave fractal elements on corresponding ones of the interior and exterior surfaces; and wherein the convex and concave fractal elements form pits and bulges in the profile of the wall.”¹⁵⁷

The description of the preferred embodiments introduces as follows:

“The concept disclosed herein makes use of a fractal profile for the wall of the container, which has been found to provide a number of advantageous characteristics when applied to a container particularly for food and beverage products. The skilled person will appreciate that the profile of the wall will not be of pure fractal form but will have a form dictated by practical considerations such as the minimum practical or desirable size of its fractal components. Nevertheless, the relationship between elements of the profile is fractal in nature. In practical embodiments, the fractal container may exhibit a fractal interpretation over two or more size scales.”¹⁵⁸

Because the person skilled in the art can realise the invention claimed in EP ‘144 based on the description and drawings, the enabling disclosure requirement is no problem and no additional information required. As a consequence that a patent grant is not conditioned upon disclosure of the way how the inventor arrived at the invention claimed, the EP ‘144 contains no information which could establish a link to the US ‘666 patent document or to other US patents referred to by Thaler in the UK proceedings, as possible alternative devices.¹⁵⁹ Also, the International Patent Classification (IPC) assigned by the USPTO to the US ‘666 “device” “autonomously” designing among others coffee mugs, i.e. beverage containers, does not suggest any relevance as potentially relevant prior art (published on 17 October 1997) for EP ‘144, filed on 17 October 2018. The US ‘666 invention is classified in the IPC Cl. G 06E 1/00 (devices for processing data exclusively), G 06 E 3/00 (devices not provided for in-group G 06E 1/00, e.g. for processing analogue or hybrid data), and G 06F 15/18 (digital computers in general; data processing equipment in general—in which a programme is changed according to experience gained by the computer itself during a complete run; Learning machines, etc.). Therein is no hint or suggestion that an AI learning machine such as the dual ANNs structure of US ‘666

¹⁵⁶ [0006] Column 2, line 3-6.

¹⁵⁷ [0007] Column 2, lines 7-16.

¹⁵⁸ [0019] Column 3, lines 26-47.

¹⁵⁹ EP ‘144 does not cite a single document of this kind as reference.

specifically also discloses a method for “autonomously designing beverage containers of desired shape/function”. The EP ‘144 is classified in the IPC Cl. B 65 D 6/00 (containers having bodies formed by interconnecting or uniting two or more rigid or substantially rigid, components made wholly or mainly of metal, plastics, wood or substitutes thereof), B 65D 8/00 (containers having a curved cross-section formed by interconnecting or uniting two or more rigid, or substantially rigid, components made wholly or mainly of metal, plastics, woods or substitutes thereof) and B 65D 21/02 (containers specially shaped or provided with fittings or attachments, to facilitate nesting, stacking or joining together).

The situation described reveals some deficiencies of the patent system as currently practised. Even to an ordinary person “in the art”, as this writer, it appears that an adequate assessment of the inventive step involved in the DABUS food container invention should not ignore the US ‘666 patent document. Most probably also not those patent documents, to which Thaler referred to in the UK proceedings, but not examined here. An “artificial neural network discovery device” of the US ‘666 patent type, not only could, according to Thaler, did “design” the food container having a fractal profile. In the context of the inventive step requirement assessment, the decisive questions are, firstly, was it obvious to consider the US ‘666, an AI core invention whose use for designing, inter alia coffee mugs, i.e. beverage containers, had been prior art since August 1997, for designing beverage containers, and, secondly, was this obvious to a person skilled in the art? The answer to the first question seems relatively simple and should be a “yes”, the second question is more difficult to answer. Under the given circumstances, even a skilled person in the art facilitated by AI technology tools would hardly identify, e.g. the US ‘666 patent document as prior art being worth closely considered.¹⁶⁰

Independent of whether the “technical” assessment offered by an ordinary person stands scrutiny as regards the DABUS case, it should not be questioned that the US ‘666 and the EP ‘144 patent documents should offer more guidance to the fictitious person skilled in the art used by the examiner/court as the yardstick when assessing the inventive step requirement. Considering that the US ‘666 document claims and discloses a “device” inter alia for designing beverage containers, the document should also be classified in the IPC Cl. B 65D.¹⁶¹ Moreover, applicants claiming inventions generated by the use of AI tools should refer in the application to the respective prior art documents, i.e., in the DABUS application, to the US ‘666 patent document, but also to other patents

¹⁶⁰ The DABUS food container application offers an opportunity for testing whether a ‘machine of ordinary skills’ (MOSITA), which as Fabris assumes, “knows, through all the data it incorporates and by means of its computational capacity, all the existing prior art and all possible correlations, even in unrelated scientific fields.” (D. Fabris, 2020, p. 692), would, based only on the description of EP ‘144, and without any further guidance, detect and consider US ‘666 patent document as potentially relevant prior art.

¹⁶¹ A subclass, which covers a broad range of containers.

referred to by Thaler in the UK proceedings. This clearly follows from the Rule 42 (b) EPC, under which applicants are obliged to indicate in the description:

“[T]he background art which, as far as is known to the applicant, can be regarded as useful to understand the invention, draw up the European search report and examine the European patent application, and preferably *cite the documents reflecting such art.*”¹⁶²

Thaler, the applicant, expressly not only admitted that he was familiar with the US ‘666 patent document and other identified US patents, but even that he used a “device” of the US ‘666 type for designing/inventing the claimed food container.

7. Authorities in Search for Orientation

The extensive academic debates on the challenges of patent law paradigms by AI yielded some fruits and induced initiatives of some IP authorities.

7.1. USPTO

On 21 August 2019, Andrei Iancu, Undersecretary of Commerce for Intellectual Property and Director of the USPTO published in the Federal Register a “Request for Comments on Patenting Artificial Intelligence Inventions”,¹⁶³ i.e. inventions that utilize AI, as well as inventions that are developed by AI. The USPTO requested comments on the following questions:

1. What are the elements of an AI invention? For example: the problem to be addressed (e.g. application of AI); the structure of the database on which the AI will be trained and will act; the training of the algorithm on the data; the algorithm itself; the results of the AI inventions through an automated process; the policies/weights to be applied to the data that affect the outcome of the result; and/or other elements.
2. What are the different ways that a natural person can contribute to the conception of an AI invention and be eligible to be a named inventor?
3. Do current patent laws and regulations regarding inventorship need to be revised to take into account inventions where an entity or entities other than a natural person contributed to the conception of an invention?
4. Should an entity or entities other than a natural person or company to which a natural person assigns an invention be able to own a patent on the AI invention?
5. Are there any patent eligibility considerations unique to AI inventions?
6. Are there any disclosure-related considerations unique to AI inventions?

¹⁶² Emphasis added [J.S.]. Cf. also e.g. R. Schulte and R. Moufang, 2017, § 34 marginal note 213.

¹⁶³ See *supra* n. 58.

7. How can patent applications for AI inventions best comply with the enablement requirement, particularly given the degree of unpredictability of specific AI systems?
8. Does AI impact the level of a person of ordinary skill in the art? If so, how?
9. Are there any prior art considerations unique to AI inventions?
10. Are there any new forms of intellectual property protections needed for AI inventions, such as data protection?
11. Are there any other issues pertinent to patenting AI inventions that we should examine?
12. Are there any relevant policies or practices from other major patent agencies that may help inform USPTO's policies and practices regarding patenting of AI inventions?

7.2. WIPO

On December 13, 2019, also WIPO started with what it calls 'Conversation on Intellectual Property (IP) and Artificial Intelligence (AI)'.¹⁶⁴ WIPO, like the USPTO Commissioner, invited a broad range of interested parties to submit comments on issues, which were phrased much along the same lines as those published by the USPTO in August of 2019. Taking into account the comments received, which in particular criticised the lack of clarifying definitions for the terms used in the December 2019 paper, WIPO in the framework of its IP/AI 'Conversation', on 21 May 2020, published a 'Revised Issues Paper on Intellectual Property Policy and Artificial Intelligence'.¹⁶⁵ The revised version defines *inter alia*, the terms 'artificial intelligence', 'AI-generated' and 'generated autonomously by AI'.

As regards the 'AI', WIPO, on the one hand, defines it in a comprehensive sense as "A discipline of computer science that is aimed at developing machines and systems that can carry out tasks considered to require human intelligence, with limited or no human intervention."¹⁶⁶

However, WIPO immediately clarifies that for the purpose of this paper,

"AI generally equates to 'narrow AI' which is techniques and applications programmed to perform individual tasks."¹⁶⁷

The Paper further clarifies that it uses the terms '*AI-generated*' and '*generated autonomously by AI*' interchangeably and that those terms refer to the generation of output by AI without human intervention. Thereby, 'without human intervention', meaning that AI can change its behaviour during operation to respond to unanticipated information

¹⁶⁴ Doc. WIPO/IP/AI/2/GE/20/1.

¹⁶⁵ Doc. WIPO/IP/AI/2/GE/20/1 Rev.

¹⁶⁶ *Ibid.*, No. 11.

¹⁶⁷ *Ibid.* According to WIPO, Machine Learning and Deep Learning are two subsets of AI.

or events. This, according to the paper, is to be distinguished “from ‘AI-assisted’ outputs that are generated with material human intervention and/or direction”.¹⁶⁸

Although the rephrased “Questionnaire”, for which WIPO is seeking comments in the area of patents, starts with asking whether the law should “define the line between AI-generated and AI-assisted output”, and, if so, “how much human input should be considered material”, the following questions actually address predominantly issues specific to AI inventions generated autonomously, i.e. without human intervention. The reason is WIPO’s understanding that inventions in which AI assists inventors in the inventive process or constitutes a feature of an invention “might not differ radically from other computer-implemented inventions”.¹⁶⁹

WIPO has subdivided its questions into five groups, called “issues”. They relate to “Inventorship and Authorship”, “Patentable Subject Matter and Patentability Guidelines”, “Inventive Step or Non-Obviousness”, “Disclosure” and “General Policy Considerations for the Patent System”. Each issue is subdivided into several specific questions, which cover a very broad range of aspects. In the case of “Inventorship and Authorship”, e.g. whether AI-generated-inventions at all required patent protection or a similar incentive system, should they require that a human being be named as the inventor or should the law permit an AI application to be named as the inventor, and what consequences should the law set forth in either case.¹⁷⁰ As regards the patentable subject matter, should the law exclude from patent eligibility AI-generated inventions or should they be treated the same way as the other computer-implemented inventions, or should they require specific provisions? Should AI applications or algorithms be considered computer programs or software?¹⁷¹ In case of inventive step or non-obviousness, should the present standard of the person skilled in the art be maintained or replaced by an AI application trained with specific data from a designated field of prior art? Should AI-generated content qualify as prior art?¹⁷² As regards the disclosure, whether in the case of machine learning, it should suffice to disclose the initial algorithm, “where outcomes may change depending on the input data and the algorithm adjusts the weights associated with neuron connections to reconcile the differences in actual and predicted outcome?” Further, “Would a system of deposit for AI applications or training data, similar to the deposit of microorganisms, be useful?”¹⁷³

7.3. Feedback to the USPTO Request for Comments

¹⁶⁸ Ibid., No. 12.

¹⁶⁹ Ibid., No. 16.

¹⁷⁰ Cf. for details *ibid.*, No. 17.

¹⁷¹ For more see *ibid.*, No. 19.

¹⁷² Cf. *ibid.*, No. 20.

¹⁷³ Cf. *ibid.*, No. 21.

The USPTO received upon its request of August 2019 altogether 99 comments, 2 from foreign patent offices (EPO and JPO), 9 from Bar associations, 13 from trade associations/advocacy groups, 13 from companies, 13 from academia, 2 from law firms, 14 from practitioners (other than firm or academia submissions), and 33 from individuals.¹⁷⁴ As the most general outcome of the comments received, the synthesis of the responses prepared by the USPTO experts reveals that according to the majority of public commenters, the current state of the art is limited to ‘narrow’ AI, and AGI has not yet arrived. Moreover, that the “current AI could neither invent nor author without human intervention”, and “that human beings remain integral to the operation of AI”. Finally, that the existing US intellectual property laws are calibrated correctly to address the evolution of AI.¹⁷⁵ In detail, the commenters expressed the following views.

The majority of replies to *Question 1*, ‘What are the elements of an AI invention?’, in line with the JPO practice,¹⁷⁶ distinguished two AI inventions categories. On the one hand, inventions that embody an advance in the field of AI (e.g. a new neural network structure of an improved ML model or algorithm), and on the other hand, inventions that apply AI (to a field other than AI).¹⁷⁷ Some commenters added as a separate category “Inventions that may be produced by AI itself.”¹⁷⁸

As regards *Questions 2 and 3*, addressing the eligibility of a natural person as an inventor in AI inventions, the feedback of the vast majority of public commenters was overall consistent. They asserted that the current inventorship law was equipped to handle the inventorship of AI technologies.¹⁷⁹ Moreover, that there is no need for revising patent laws and regulations on inventorship to account for inventions in which an entity or entities other than a natural person contributed to the conception of an invention.¹⁸⁰ The USPTO itself clarified that

“The use of an AI system as a tool by a natural person(s) does not generally preclude a natural person(s) from qualifying as an inventor (or joint inventors) if the natural person(s) contributed to the conception of the claimed invention. That is, the activities by a natural person(s) that would ordinarily qualify as a contribution to the conception of an invention are unaffected by the fact that an AI system is used as a tool in the development of the invention. For example, depending on the specific facts of each case, activities such as designing the architecture of the AI system, choosing the specific data to provide to the AI system, developing the

¹⁷⁴ USPTO, *Public Views on Artificial Intelligence and Intellectual Property Policy*, Washington D.C. (USPTO Public Views), October 2020, Table 1 at p. i.

¹⁷⁵ *Ibid.*, p. ii–iii.

¹⁷⁶ See *supra* section 4.3, text accompanying n. 58.

¹⁷⁷ USPTO Public Views, p. 1 and footnote 4.

¹⁷⁸ *Ibid.*, p. 2 and footnote 5.

¹⁷⁹ *Ibid.*, p. 3 and footnote 12.

¹⁸⁰ *Ibid.*, p. 5 and footnote 24.

algorithm to permit the AI system to process that data, and other activities not expressly listed here may be adequate to qualify as a contribution to the conception of the invention.”¹⁸¹

Some commenters expressed the view that, once AI has reached the step of AGI, the USPTO should take up the issue again.¹⁸²

In response to *Question 4*, the vast majority of respondents expressed the view that only a natural person or a company, based on assignment, as set forth in the current US law, were the owner of a patent or an invention.¹⁸³ However, the Intellectual Property Owners Association (IPO) argued, “a natural person who trains the AI process that creates an AI-generated invention should be able to be an owner”.¹⁸⁴ IBM argued that once machines become capable of inventions, “their inventions and the corresponding patents should be owned by those that own them”; and Siemens suggested that the right of the inventors be extended “to legal persons controlling the AI systems”.¹⁸⁵

According to the feedback received by the USPTO to *Question 5*, whether there were patent eligibility considerations unique to AI inventions revealed the understanding that AI inventions do not require any different treatment than other computer-implemented inventions.¹⁸⁶ In other words, a treatment in line with the USPTO current practice. As to the problems, which may result from the Alice/Mayo doctrine, the USPTO referred to one commenter who noted that “complex algorithms that underpin AI inventions have the ability to yield technological improvements”.¹⁸⁷ The USPTO further added that

“claims directed to an abstract idea will still be patent-eligible if the additional claim elements, considered individually or as an ordered combination, amount to significantly more than the abstract idea so as to transform it into the patent-eligible subject matter.”¹⁸⁸

In its introductory comment on disclosure-related considerations (*Question 6*), the USPTO emphasised that under 35 U.S.C. § 112(a), applications for AI inventions that include claims to computer-implemented inventions that recite functional language,

“should provide sufficient detail in the specification regarding the hardware, as well as software, to show that the inventor had possession of the full scope of the claimed invention. In particular, the specification should disclose the computer and the algorithm (e.g., detailed steps or procedures, formulas, diagrams, and/or

¹⁸¹ Ibid., p. 5.

¹⁸² Ibid., p. 6 and footnotes 27-30.

¹⁸³ Ibid., p. 7 and footnote 35.

¹⁸⁴ Ibid., p. 7, footnote 36.

¹⁸⁵ Ibid., p. 7, footnote 37.

¹⁸⁶ Ibid., p. 8.

¹⁸⁷ Ibid. (for the Alice/Mayo doctrine see *supra* section 4.5, text accompanying footnotes 76–85).

¹⁸⁸ Ibid.

flowcharts) that perform the claimed function in sufficient detail such that one of ordinary skill can reasonably conclude that the inventor possessed the claimed subject matter.”¹⁸⁹

Despite the complexity of AI inventions, according to the USPTO, the majority of commenters “shared the sentiment that there are no unique disclosure considerations for AI inventions”.¹⁹⁰ The USPTO only referred to the comment of IBM, noting that “AI inventions can be difficult to fully disclose because even though the input and output may be known by the inventor, the logic in between is in some respects unknown”.¹⁹¹ Thus, according to the USPTO, the characteristics of AI learning systems may “drive further discussions”.¹⁹²

Less pronounced were the commenters regarding *Question 7* dealing with the enablement requirement of 35 U.S.C. § 112(a), which, under the settled case-law, constitutes a patentability requirement distinguished from that of written description. Whereas the first requires that the inventor possessed the claimed subject matter at the filing/priority date, the second is satisfied when the specification teaches one of ordinary skill in the art how to make and use the full scope of the claimed invention without undue experimentation.¹⁹³ Based on a decision of the Court of Appeals for the Federal Circuit (CAFC), *In re Wands*,¹⁹⁴ the MPEP has developed the so-called Wands factors. They include: breadth of claims, nature of the invention, state of the prior art, level of one of ordinary skill, level of predictability in the art, amount of direction provided by the inventor, existence of working examples, and quantity of experimentation necessary to make or use the invention based on the content of the disclosure.¹⁹⁵ According to the MPEP,¹⁹⁶ the amount of guidance or direction is inversely related to the amount of knowledge in state of the art, as well as the predictability in the art. The feedback of commenters to this question did seemingly not provide for a clear majority view. The USPTO, e.g., refers specifically to the IBM comment noting that some AI inventions may operate in a black box because there is an “inherent randomness in AI algorithms”.¹⁹⁷ Moreover, to the reply of

¹⁸⁹ *Ibid.*, p. 9.

¹⁹⁰ *Ibid.*

¹⁹¹ *Ibid.*, p. 10 and footnote 49.

¹⁹² *Ibid.*

¹⁹³ See MPEP § 2164.01.

¹⁹⁴ 858 F.2d 731 (Fed. Cir. 1988).

¹⁹⁵ See MPEP § 2164.01 (a).

¹⁹⁶ § 2164.03.

¹⁹⁷ *Ibid.*, p. 11 and footnote 58. *Ibid.*, p. 11 and footnote 58. As regards the ‘black box’ issue, Ménière and Pihlamma, two high EPO officers, argue that the inability of users to explain why the AI algorithm favours a specific decision in case of inventions based on iterative learning capability, does not present a challenge for meeting the disclosure requirement under Article 83 EPC. Where the decision-making process takes place in a ‘black box’ it were, as a rule, possible for the expert to

the American Intellectual Property Law Association (AIPLA) stating that “most current AI systems behave in a predictable manner and that predictability is often the basis for the commercial value of practical applications of these technologies”.¹⁹⁸ Finally, to the response from Genentech, suggesting that because of the greater degree of unpredictability associated with AI-based inventions, the written description requirement and the enablement factors from *In re Wands* should apply.¹⁹⁹

As regards the potential of AI to alter the skill level of the hypothetical ordinary person skilled in the art and thus affect the bar for the assessment of nonobviousness (*Question 8*), many commenters, among them the EPO, JPO, Genentech, IBM and Siemens, asserted such a potential.²⁰⁰ However, numerous commenters, among them Novartis and Merck, suggested that the present legal framework for assessing the person of ordinary skill in the art were “adequate to determine the impact of AI-based tools in a given field” and should remain unchanged.²⁰¹ The fact that the USPTO verbatim reproduced the following comment of an individual commenter

“Just as the existence of test tubes impacts the level of a person of ordinary skill in the chemical arts, and just as the existence of general-purpose computers impacts the level of a person of ordinary skill in the software arts (and many others), so [too] would AI affect the level of skill in the arts where it can be made useful”²⁰²

may be understood as a hint at the future practice of the USPTO, meaning that the use of pertinent AI tools will become, in appropriate cases, an inherent characteristic of the person skilled in the art for his/her assessment of nonobviousness.

The feedback to *Question 9*, as summarised by the USPTO, may convey the impression of quite diverging responses. However, the fact that “The majority of commenters stated that there were no prior art considerations unique to AI inventions – that current standards were sufficient”,²⁰³ does not necessarily mean that they entirely disagree with the views expressed by minorities. Some minorities’ views opined that there were such considerations without specifying them. Others identified them in the generation of the

reproduce the results of an AI algorithm based on the disclosure of the algorithm and the training data, available to the applicant. They add that the EPO practice decides the enabling disclosure requirement on case-by-case basis, taking into account also the specifics of the technical field, such as biotechnology or chemistry, where the disclosed subject matter has a momentum (see Y. Ménière and H. Pihlamma, 2019, p. 335).

¹⁹⁸ Ibid., p. 11 and footnote 56.

¹⁹⁹ Ibid., p. 11 and footnote 59.

²⁰⁰ Ibid., p. 12 and footnote 67.

²⁰¹ Ibid., p. 12 and footnote 68.

²⁰² Pp. 12-13 and footnote 70.

²⁰³ Ibid., p. 13 and footnote 74 (among the respondents were Ericsson, Genentech and Siemens).

prior art by AI, potentially resulting in its proliferation²⁰⁴ or difficulty in finding prior art, such as source code related to AI.²⁰⁵ On the other hand, the minorities' comments do not imply that they would not regard current standards sufficient. It all depends on the understanding of "prior art considerations unique to AI". That there is a common understanding that using AI tools has an impact on relevant prior art transpires from the emphasis commonly expressed by the respondents, that training of examiner and providing examiners with additional resources for identifying and finding AI-related prior art were of great importance.²⁰⁶

The replies USPTO received to *Question 10*, whether a need exists for any new forms of IP for protecting AI inventions, e.g. data protection, reflected two opposite views. Some commenters viewed the current US IP framework as adequate. Others, however, suggested a need also to protect the data associated with AI, particularly ML.²⁰⁷ In its reply, AIPLA suggested balancing the competitive advantage of large technology companies with huge data collections by a mechanism providing access to their data repositories. Such a mechanism should, on the one hand, protect proprietary rights to the data but, on the other hand, enable new market entrants and others to use such data to train and develop their AI.²⁰⁸ IBM drew attention to potential IP protection gaps "for the trained model and its associated coefficients".²⁰⁹

In view of the huge investments in human and financial resources of pharmaceutical companies in the already successful use of AI tools, it does not come as a surprise that they manifested interest in alternative IP protection forms for specific types of data. Genentech, for instance, suggested that "some alternative, *sui generis* form of protection might be required to ensure that bioinformatics and other practical applications of AI in biotechnology are protected forms of intellectual property".²¹⁰ Novartis suggested to consider new forms of IP, including an IP right for trained models and "an IP right for nonpublic data, where its generation required substantial effort and investment (similar to the regulatory data protection [RDP] rights available in [the] industry for proprietary clinical and other data submitted to FDA and other regulatory authorities)", should the current system of protection prove inefficient to provide adequate incentives to sufficiently effectuate the promise of AI.²¹¹

²⁰⁴ *Ibid.*, p. 14 and footnote 76 (IBM argued: "AI will dramatically expand the scope of prior art available. First and foremost, AI has the capability of generating a tremendous amount of prior art.").

²⁰⁵ *Ibid.*, p. 14 and footnote 77.

²⁰⁶ *Ibid.*, p. 14 and footnote 79.

²⁰⁷ *Ibid.*, p. 15.

²⁰⁸ *Ibid.*, p. 15 and footnote 80.

²⁰⁹ *Ibid.*, p. 15 and footnote 81.

²¹⁰ *Ibid.*, p. 16 and footnote 85.

²¹¹ *Ibid.*, p. 16 and footnote 86.

As a reaction to *Question 11*, related to other issues, which the USPTO should examine, the commenters once more stressed the need for examiner technical training and examiners guidance specific to AI.²¹² AIPLA pointed that “AI [created] inventions may require substantial changes in traditional legal approaches and frameworks, including notions of property, ownership, and other non-IP legal principles akin to the development of corporate law as we know it today”.²¹³ Some individual commenters also stressed that the USPTO should also “consider the economic and scientific risks of granting patents to AI algorithm inventions and basic research that may have the potential to become foundational”.²¹⁴

8. Summary and Outlook

The answer to the question raised in the title of this contribution, whether AI will change some patent law paradigms, seemingly depends entirely on whose position one follows. On the one hand, the main patent offices seem confident they can adequately handle AI core inventions, as well as AI-applied inventions,²¹⁵ based on the existing legal instruments. Moreover, the patent offices, without exception, accept only a natural person as an inventor, and a natural or legal person as a patent owner, without explicitly addressing the issue of inventions autonomously generated by AI. Patent authorities see no necessity to alter current standards determining either the prior art, the person skilled in the art (of ordinary skill), or those of the enabling disclosure requirement. Although they acknowledge that AI-generated data may/will increase the amount of data forming prior art to search and consider when assessing novelty and inventive step, they seemingly assume that the use of pertinent AI tools will become, in appropriate cases, an inherent characteristic of the person skilled in the art.²¹⁶ The results of the USPTO 2019 Request for Comments show that the majority of public commenters, among them many industry-leading players in AI, favourably assess the practice of the USPTO in the AI area. According to them, the current state of the art is limited to ‘narrow’ AI, and AGI has not yet arrived. They argue that the AI currently could not invent without human intervention and “that human beings remain integral to the operation of AI”. Finally, that the existing U.S. IP laws are calibrated correctly to address the evolution of AI,²¹⁷ in other words, the patent granting authorities and the majority of the main users of the patent system in the field of AI, at least for the time being and for the foreseeable future

²¹² Ibid., p. 16.

²¹³ Ibid., p. 17 and footnote 90, where also similar comments of the EPO are reproduced.

²¹⁴ Ibid., p. 17, e.g. footnote 91.

²¹⁵ For definitions see *supra* text accompanying n. 58.

²¹⁶ See *supra* text accompanying n. 202.

²¹⁷ See *supra* text accompanying n. 175, 179–181.

do not see AI radically changing the patent law paradigms. They view the system as flexible enough to adapt to changes the AI developments generate in an evolutionary way. Available patent statistics seem to confirm these findings.²¹⁸

Very similar results have been produced by an extensive Report commissioned by the EU Commission, accomplished in September 2020,²¹⁹ aimed at examining the state of copyright and patent protection in Europe for AI-assisted outputs in general²²⁰ and in three priority domains: Science (in particular meteorology), media (journalism) and pharmaceutical research, as regards the EPC and the EPO practice. The Report reached, *inter alia*, the following conclusions:

- The EPC is currently suitable to address the challenges posed by AI technologies in the context of AI-assisted inventions or outputs.
- While the increasing use of AI systems for inventive purposes does not require material changes to the core concepts of patent law, the emergence of AI may have practical consequences for national Intellectual Property Offices (IPOs) and the EPO. Also, certain rules may in specific cases be difficult to apply to AI-assisted outputs and, where that is the case, it may be justified to make minor adjustments.²²¹

On the other hand, a growing number of academics and some AI (technical) experts, like Thaler and Koza—launching trial balloons by filing patent applications with machines labelled as inventors, argue precisely the opposite. Based on their understanding that AI algorithms and AI systems have since long autonomously, i.e. without human intervention, generated patentable inventions, they argue that AI requires a more or less radical change of all patent law paradigms.²²² What they interpret as largely autonomous inventive activity of AI-applications in some areas of R&D, where they apparently represent already daily routine, Tim W. Dornis recently illustrated by an example in which the AI activity uses algorithms in the search for pharmaceutically active substances, e.g. a therapeutics with specific properties. He argued as follows:

“The person formulates the problem, finding a substance with specific characteristics. The AI in search of the substance. This is carried out for instance through an

²¹⁸ See *supra* section 4.1 and the text accompanying n. 70. The USPTO published more than 27.000 AI related patent applications since 2017, of which more than 16.000 within the past two years (<https://www.uspto.gov/initiatives/artificial-intelligence>) (last accessed 24 November 2020).

²¹⁹ J. Allan, 2020.

²²⁰ The Report makes it clear from the outset: “While AI systems have become – and will become – increasingly sophisticated and autonomous, this Report nonetheless assumes that fully autonomous creation or invention by AI does not exist, and will not exist for the foreseeable future.” (Ibid., p. 6).

²²¹ Ibid., p. 120.

²²² See *supra* sections 5.2 and 6.

alignment with data banks and simulated algorithm test series as regards biochemical and medicinal effect of potentially suitable substances.”²²³

Of course, Dornis adds, selecting subsequently among various identified active ingredients could constitute a human inventive contribution. However, if the result of AI were only a few or only even one suitable active ingredient, the AI alone had delivered the solution and performed the inventive activity.²²⁴

It transpires from the reference in footnote 80,²²⁵ that Dornis for his illustration of an autonomous AI invention relied on an article titled “KI entdeckt vielversprechendes Antibiotikum” (“AI discovers a very promising antibiotic”) authored by the freelance journalist Julia Merlot. Had Dornis consulted the original research paper “A Deep Learning Approach to Antibiotic Discovery” co-authored by Jonathan M. Stokes and 19 other researchers,²²⁶ he had realised that the solution in the case he indirectly referred to by no means falls in the category of “inventions without inventors” (*Erfindungen ohne Erfinder*) and by no means were public domain.²²⁷ A short quotation from the “Cell” paper describing the discovery in connection with Figure 1 should suffice to understand that the AI has not autonomously discovered the antibiotic and that humans by no means were involved only in formulating the problem and after the actual discovery, selecting the suitable antibiotic. The authors, potential co-inventors, summarised their discovery as follows:

“Our deep neural network model works by building a molecular representation based on a specific property, in our case the inhibition of the growth of *E. coli*, using a directed message passing approach. We first trained our neural network model using a collection of 2.335 diverse molecules for those that inhibited the growth of *E. coli*, augmenting the model with a set of molecular features, hyperparameter optimization and ensembling. Next, we applied the model to multiple chemical libraries, comprising >107 million molecules, to identify potential lead compounds with activity against *E. coli*. After ranking the *candidates* according to the model’s predicted score, we selected a list of promising candidates.”²²⁸

This clarification and rectification seem necessary because Dornis’ argumentation method seems symptomatic for at least a part of those writers who claim that AI autonomously generates patentable inventions without going into any technical details. How to

²²³ T.W. Dornis, 2020, p. 443 (rough English translation from German, J.S.).

²²⁴ *Ibid.*, pp. 443–444.

²²⁵ *Ibid.*, p. 443.

²²⁶ See *supra*, n. 29 and the accompanying text.

²²⁷ T.W. Dornis, 2020, p. 444.

²²⁸ J.M. Stokes et al., 2020, Figure 1 and accompanying text at p. 689. Enlightening is also a comment made by Nathan Benaich, 2020. For the decisive human involvement in the recent successful cases of AI, e.g. “AIs Direct Search for Materials” and “AI Designs Organic Synthesis”, the analysis made, *supra* text accompanying n. 34–38, is recalled.

perform a serious analysis of the role of human intervention in the case of AI used in drug discovery or in AI-augmented target identification transpires from the Report “Trends and Developments in Artificial Intelligence”. The Report offers a detailed analysis of two real-world cases and specifically identifies the decisive steps of human intervention.²²⁹

Daria Kim has correctly observed that patent literature asserting AI systems as autonomous generators of patentable inventions “refers to a handful of examples without providing or referencing a technical analysis, which could explain how the ‘intelligent systems’ were designed, and how the overall computational process leading to an invention was set up”.²³⁰

Considering the broad range of commenters from all over the world who reacted to the USPTO Survey, it seems safe to assume that the patent laws in force and the patent granting practice in the area of AI, not only in the US but also beyond, is viewed adequate and does not require any legislative changes. A consensus seems to exist that only a natural person can be an inventor²³¹ and that machines, at least at this stage and for the foreseeable time, do not and will not autonomously generate patentable inventions.²³² Moreover, that patent law provisions adequately regulate the patentability requirements. Whether one day “everything” will become obvious, as augured by Ryan Abbott,²³³ will primarily depend on how the notion of patentable invention is defined. If it is narrowed down to the final run in the “problem-solution” chain of an inventive process, an adequately equipped fictitious person skilled in the art may reach such a result in the majority of cases.

²²⁹ *Supra* n. 220, pp. 38–43.

²³⁰ D. Kim, 2020, p. 444.

²³¹ The complexities of an AI applied invention, however, imply that more often than in the past more persons may contribute to the final output of the AI system, and may claim and be entitled to own or co-own the invention, thus the patent. That could apply to the programmer(s) of the AI system, or/and to the person(s) who trained the machine (those in charge of dataset selection or creation, supervision of the learning process or reinforcement training). This could equally apply to the owner of the system who may have risked capital to produce the output, including the cost of developing the AI system, e.g. obtaining the input training data, developing the operational logic model(s) and the learning process, as well as turning outputs into applications. The resolution of disputes related to inventorship and ownership issues is a matter for national courts applying national laws (J. Allan, 2020, p. 105).

²³² Also, experts in AI and robotics caution “that characteristics such as ‘autonomous’, ‘unpredictable’ and ‘self-learning’ are ‘based on an overvaluation of the actual capabilities of even the most advanced robots, a *superficial* understanding of unpredictability and self-learning capacities [...], a robot perception distorted by science-fiction and a few recent sensational press announcements.” (Open Letter to the European Commission. Artificial Intelligence and Robotics, para. 2, <<http://www.robotics-openletter.eu>> (last accessed 10 August 2020) (emphasis added) (quoted from D. Kim, 2020, at p. 444).

²³³ R. Abbott, 2019.

However, the feedback to the USPTO Survey and the cautious findings in the Report commissioned by the EU Commission,²³⁴ strongly suggest that patent offices should intensify their efforts to adequately train examiners and provide them with AI tools necessary to perform novelty and inventive step searches effectively in an ever-increasing and extremely diverse available prior art. As the analysis of the DABUS application undertaken in this contribution also demonstrates, this will also require new search strategies for examiners, including detailed guidance for awarding the cross technologies IPC classifications. In addition to examination guidelines, also amendments of implementing regulations may be necessary to provide for stricter disclosure obligations as regards the description standards. Applicants like Thaler should be obliged to disclose and cite such patent documents as the US '666 because only then could examiners effectively detect and assess the relevant prior art. The practical consequence of such measures will not “raise” the non-obviousness requirement bar, as often observed, rather it will provide for the necessary adjustments of the capabilities of the fictitious “person skilled in the art” to those of researchers/inventors assisted by AI tools. In other words, make sure that the agreed standards remain effective. Because inventors, such as Thaler, are using in their search for technical solutions AI tools, which have the power to render inventions predictable and obvious,²³⁵ only restored equality of arms on the side of the “skilled person in the art”, the benchmark for assessing inventive step, can prevent granting patents for obvious research results.

At last, the issue of the enablement of AI-related inventions deserves some thought. As reported, IBM, in its feedback to the USPTO Survey, observed that some AI inventions could operate in a black box “because there is an inherent randomness in AI algorithms”.²³⁶ The resulting inability of users to explain why the algorithm favours a specific decision in case of inventions based on iterative learning capability, according to EPO experts, does not present a challenge for meeting the disclosure requirement under Article 83 EPC. This was so because the experts, as a rule, can reproduce the results of an AI algorithm based on the disclosure of the algorithm and training data available to the applicant.²³⁷ Nonetheless, it appears necessary that disclosure of such information is explicitly required either in the examination guidelines or even in the implementing regulations. Access to the training data is a crucial aspect of ensuring the reproducibility of an invention. Therefore, the disclosure of such data should be made mandatory.²³⁸

²³⁴ J. Allan, 2020.

²³⁵ Cf. R. Clifford, 2018, p. 36.

²³⁶ *Supra* n. 34.

²³⁷ Y. Ménière and H. Pihlaimma, 2019, p. 335.

²³⁸ As discussions in the scientific literature reveal, reproducibility of AI inventions presents an issue of great technical and legal complexity. This because proprietary rights of third parties in the data may be involved and constitute an obstacle for their disclosure (cf. B. Haibe-Kains, et al., 2020, pp. E14-E16; and S.M. McKinney, et al., 2020, p. E17).

If necessary, the introduction and establishment of a depository system similar to that existing for biological material²³⁹ may offer a practicable solution for data access.

It transpires from the results of the overall feedback to the USPTO Survey, the position taken by the key patent offices and the conclusions reached by the Report “Trends and Developments in AI”,²⁴⁰ that the legal framework currently enabling/controlling the grant of patents for AI-related inventions is adequate. Nonetheless, also the need for fine-tuning, including some important adjustments to the changing technological environment, is felt. However, for achieving the necessary adjustments, no legislative actions are required.

A suggestion made by the Committee on Legal Affairs of the European Parliament in its Report on Intellectual Property Rights for the Development of Artificial Intelligence Technologies (2020/2015 (INI))²⁴¹ runs in the directly opposite direction. This Report proposes to create an operational and fully harmonised regulatory framework in the field of AI technologies in the form of a regulation to avoid fragmentation of the European digital single market and promote innovation.²⁴² The motives of this suggestion are certainly laudable,²⁴³ and some reasons are given convincing. Nonetheless, the idea may not stand scrutiny. An attempt to successfully draft a regulation, which should take into account, for example, the degree of human intervention, the autonomy of AI, the importance of the role and the origin of the data²⁴⁴ and wrap these and other sophisticated considerations in a legally binding and enduring, but flexible form, seems nearly mission impossible. This would lead to protracted and controversial discussions within different EU fora and unnecessarily politicise the topic. The unavoidable long-lasting discussions would generate legal uncertainty, i.e. precisely the opposite of intended and could eventually even fail.²⁴⁵ Applicants, with rare exceptions, file applications for AI related inventions, with the EPO, which ensures a centralised and harmonised patent granting practice. The widely accepted EPO case law as regards computer-implemented inventions, including those AI-related, is a result of a decision of the EPO Enlarged Board of Appeal of May 10, 2010. Therein the Board rejected the Referral of the President as inadmissible because it could not identify any inconsistencies in the case-law of different Boards of Appeal as regards the patent-

²³⁹ See for details J. Straus, 2019, pp. 546–554, with further references.

²⁴⁰ *Supra* n. 220.

²⁴¹ PE650.527v02-00, A9 - 0176/2020, published on 2 October 2020.

²⁴² *Ibid.*, no. 3 at p. 6.

²⁴³ The Report critically notes that in the EU Commission’s “White Paper” (*supra* n.1) “the issue of the protection of IPRs has not been addressed by the Commission, despite the key importance of these rights” (*ibid.*, no.1 at p.6).

²⁴⁴ *Ibid.*, no. 10, p. 7.

²⁴⁵ As it happened with the Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on the patentability of computer-implemented inventions of 2002, which, after protracted controversial discussions, was rejected by the European Parliament in July of 2005 (COM (2002) 92 final – 2002/0047 (COD)).

ability of computer-implemented inventions, as alleged by the President. However, the Board used prudently the opportunity to circumscribe the frame of patent eligibility for computer-implemented inventions under the European Patent Convention.²⁴⁶

Prophets predicting that it is “only a matter of time until computers are responsible for most inventions”,²⁴⁷ are reminded of the fate of e.g. the 1930 prediction that “possibly Edison may be the last of the great heroes of invention.”²⁴⁸ To the great benefit of humanity, in reality, numerous great heroes of the invention followed Edison and the prospect that many more will follow him, no fantasy. AI technology has an impact on the patent law paradigms, but as in case of other revolutionary and disruptive technologies preceding AI, it is an impact leading to evolutionary adaptations of their prerequisites. Whether the paradigm that only a natural person can be a “statutory” inventor could one day require a radical change will largely depend on the evolutionary adaptations of other patent law paradigms to the development of AI technologies. The understanding/definition of the patentable invention—inventive concept, and the inventive step, the non-obviousness standard will be crucial, because they will control the question, whether a technical solution entirely autonomously, i.e. from the scratch generated without any human intervention by an AI tool, can in principle fulfil all the patentability requirements.

Until that stage is reached, academic lawyers developing high flying thought for solving problems resulting from inventions “autonomously” generated by AI should overcome their resistance to read and study original research papers reporting on achievements involving AI and the respective patent documents,²⁴⁹ instead to rely on reports of freelanced journalists in scientific or even popular journals.

References

- 2019 Revised Patent Subject Matter Eligibility Guidance (PEG), Federal Register – *The Daily Journal of the United States Government*, <<https://www.federalregister.gov/documents/2019/01/07/2018-28282/2019-revised-patent-subject-matter-eligibility-guidance>> (last accessed 31 August 2020).
- Abbott, R. (2016) ‘I Think, Therefore I Invent: Creative Computers and the Future of Patent Law’, *Boston College Law Rev.*, 57, 4, pp. 1079–1126.

²⁴⁶ G 3/08, OJ EPO 2011, p.10.

²⁴⁷ R. Abbott, 2016, p. 1080.

²⁴⁸ W. Kaempffert, 1930, p. 30, quoted from R. P. Merges, 2020, p. 111.

²⁴⁹ Reading patent documents, however, does not mean to quote a paragraph from the respective patent application. R. Deshpande and K. Karmath, 2020, pp. 879–884, for instance, based on what Thaler contended in its DABUS USPTO patent application (recited at p. 882), without going into any technical details decisive for the assessment, take it for granted that the DABUS machine autonomously generated the invention.

- Abbott, R. (2019) ‘Everything is Obvious’, *UCLA L Rev.*, 66 (2), pp. 2–52.
- Allan, J. (ed.) (2020) *Trends and Developments in Artificial Intelligence: Challenges to the Intellectual Property Rights Framework*, Luxembourg: European Union Publisher.
- Benaich, N. (2020) ‘Why Artificial Intelligence has disappointed in the Pandemic?’, *Financial Times*, 21 September, p. 21.
- Bonadio, E., McDonagh, L., and Dinev, P. (2021) ‘Artificial Intelligence as Inventor: Exploring the Consequences for Patent Law’, *I.P.Q.*, Issue 1, pp. 48–66.
- Bratko, I. (1994) ‘Machine Learning and Qualitative Reasoning’, *Machine Learning* 14, pp. 305–312.
- Clifford, R.D. (2018) ‘Creativity Revisited’, *IDEA*, 59, pp. 25–39.
- Committee of Legal Affairs of the European Parliament, Report on “Intellectual Property Rights for the Development of Artificial Intelligence” of 2 October 2020, Explanatory Statement, pp. 12–13, PE650.527v02-00, A9 – 0176/2020, on 2 October 2020.
- Committee of Legal Affairs of the European Parliament, *Report on “Intellectual Property Rights for the Development of Artificial Intelligence” of 2 October 2020*, Explanatory Statement, pp. 12–13 (Doc. PE650.527v02-00, A9 - 0176/2020).
- Court of Appeals for the Federal Circuit, *In re Wands*, 858 F.2d 731 (Fed. Cir. 1988).
- Decision of the EPO of 27 January 2020, rejecting the application No. 18275174.3 (under No. I, 1-5) (EPO Doc. PK23498), <<https://www.epo.org/news-events/news/2020/20200128.html>> or <<https://data.epo.org/publication-server/pdf-document?pn=3563896&ki=A1&cc=EP&pd=20191106>> (last accessed 17 August 2020).
- Deshpande, K. Karmath (2020) ‘Patentability of Inventions created by AI – the DABUS claims from an Indian perspective’, *JIPLP*, Vol. 15, No. 11, pp. 879–884.
- Dornis, T.W. (2020) ‘Künstliche Intelligenz als “Erfinder” – Perspektiven der Disruption im Patentrecht’, *Part I, Mitteilungen der deutschen Patentanwälte*, pp. 436–446.
- England and Wales High Court (Patents Court), Decision of the of 21 September 2020 – *Stephen L Thaler v. the Comptroller-General of Patents, Designs and Trade Marks* ([2020] EWHC 2412 (Pat)), para. 7.
- EPO (2020) *Patents and the Fourth Industrial Revolution: The Global Technology Trends Enabling the Data-Driven Economy*, Munich, December.
- EPO Enlarged Board of Appeal, G 3/08, OJ EPO 2011, 10.

- EPO Patent Index 2020 (2020) Boom in Digital Technologies Continues, <<https://www.epo.org/about-us/annual-reports-statistics/statistics/2020/digital-technologies.html>> (last accessed 13 April 2021), p. 4.
- EPO Examination Guidelines Part G-II, 3.6, with references to the EPO case law. The Committee on Legal Affairs of the European Parliament in its Report on Intellectual Property Rights for the Development of Artificial Intelligence Technology (2020/2015/INI) of 2 October 2020 (PE650.527v02-00, A9 - 0176/2020).
- European Commission, *White Paper on Artificial Intelligence – A European Approach to Excellence and Trust*, February 2020, COM (2020) 65 final, p. 2.
- Fabris, D. (2020) ‘From the PHOSITA to the MOSITA: Will ‘Secondary Considerations’ Save Pharmaceutical Patents from Artificial Intelligence?’, *IIC* 51, pp. 685–708.
- Ferragina, P., and Luccio, F. (2018) *Computational Thinking, First Algorithm, then Code*, Berlin: Springer.
- Gen, M., and Lin, L. (2009) ‘Evolutionary Techniques for Automation, in: Nof, Sh. (ed.), *Springer Handbook of Automation*, Berlin: Springer, pp. 487–502.
- Greenberg, A. (2020) ‘Protecting Virtual Things: Patentability of Artificial Intelligence Technology for the Internet of Things’, *IDEA* 60 (2), pp. 329–337.
- Gurkaynak, G., Yilmaz, I. and Haksever, G. (2016) ‘Stifling Artificial Intelligence: Human Perils’, *Computer Law & Security Review*, 32, pp. 749–758.
- Haibe-Kains, B. et al. (2020) ‘Transparency and Reproducibility in Artificial Intelligence’, *Nature*, 586, pp. E14-E16.
- Higgins, B. (2019) ‘The Role of Explainable Artificial Intelligence in Patent Law’, *Intellectual Property & Technology Law Journal*, Vol. 31, No. 3, March, pp. 3–8.
- Ireland, I., and Lohr, J. (2020) ‘DABUS’: The AI Topic that Patent Lawyers Should be Monitoring’, *Managing IP.com*, Autumn, pp. 23–25.
- Japan Patent Office Administrative Affairs Division (2019) Comments to Patenting Artificial Intelligence Inventions submitted by the Examination Standards Office, of September 2019 to the United States Patent and Trademark Office (USPTO), *Request for Comments on Patenting Artificial Intelligence Inventions* of 21 August 2019, Federal Register/Vol. 84, No. 166 of 27 August 2019/ Notices 44889.
- Jin, H.R. (2018) ‘Think Big! The Need for Patent Rights in the Era of Big Data and Machine Learning’, *Journal of Intellectual Property and Entertainment Law*, 7, Spring, pp. 78–110.

- JPO Examination Guidelines, <https://www.jpo.go.jp/e/system/laws/rule/guideline/patent/tukujitu_kijun/document/index/03_0100_e.pdf> (last accessed 18 August 2020).
- JPO Patent Examination Department (Electronic Technology) (2020) *Recent Trends in AI-related Inventions – Report of July 2020*.
- Kaempffert, W. (2020) Invention and Society, 1930, p. 30, quoted from Merges, R.P. ‘Patent Markets and Innovation in the Era of Big Platform Companies’, *Berkeley Technology Law Journal*, 35 (1), pp. 53–112.
- Kim, K.G. (2016) ‘Deep Learning’, *HIR Health Informatics Research* 22 (4), pp. 351–354.
- Kim, D. (2020) ‘AI- Generated Inventions: Time to Get the Record Straight’ *GRUR International*, 69(5), pp. 443–456.
- Koay, N.Li-T. (2020) ‘Artificial Intelligence and Inventorship: An Australian Perspective’, *JIPLP*, 15, pp. 399–404.
- Koza, J.R. (2010) ‘Human-Competitive Results Produced by Genetic Programming’, *Genetic Programming & Evolvable Machines*, 11, pp. 251–284.
- Macleod, B.P. et al., *Self-Driving Laboratory for Accelerated Discovery of Thin-Film Materials*, <<https://arxiv.org/ftp/arxiv/papers/1906/1906.05398.pdf>> (last accessed 5 August 2020).
- Marchant, J. (2020) ‘Powerful antibiotics discovered using AI’ *Nature News*, 20 February, <<https://www.nature.com/articles/d41586-020-00018-3>> (last accessed 5 August 2020).
- Marraffa, M. and Paternoster, A. (2017) ‘Models and Mechanisms in Cognitive Science’, in: Magnani, L. and Bertolotti, T. (eds.), *Springer Handbook of Model Based Science*, Berlin: Springer.
- Ménière, Y., and Pihlajamaa, H. (2019) ‘Künstliche Intelligenz in der Praxis des EPA’, *GRUR*, pp. 332–336.
- Merriam-Webster (2020) *Artificial Intelligence*, <<https://www.merriam-webster.com/dictionary/artificial%20intelligence>> [<https://www.perma.cc/24UH-MR3Z>] (last accessed 5 August 2020).
- McKinney, S.M. et al. (2020) ‘Reply to: Transparency and Reproducibility in Artificial Intelligence’, *Nature*, 586, p. E17.
- Office of the Chief Economist IP Data Highlights (2020) *Adjusting to Alice – USPTO Patent Examination Outcomes after Alice Corp. v. CLS Bank International*, No. 3, April, p. 2.
- Open Letter to the European Commission. Artificial Intelligence and Robotics, <<http://www.robotics-openletter.eu>> (last accessed 10 August 2020).

- Patent Handbook, Annex B, Chapter 1, No. 1.2.1.2 Points to Note, <https://www.jp.go.jp/e/system/laws/rule/guideline/patent/handbook_shinsa/document/index/app_b1_e.pdf> (last accessed 18 August 2020).
- Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on the patentability of computer-implemented inventions of 2002, (COM (2002) 92 final – 2002/0047 (COD)).
- Ravid, Sh.Y., and Liu, X. (2018) ‘When Artificial Intelligence Systems Produce Inventions: An Alternative Model for Patent Law at 3A Era’, *Cardozo Law Rev.*, 39, pp. 2215–2262;
- Schulte, R., and Moufang, R. (2017) *Patentgesetz mit EPÜ*, 10th ed., Cologne: Carl Heymanns Publisher.
- Schuster, W.M. (2018) ‘Artificial Intelligence and Patent Ownership’, *Wash. & Lee L. Rev.* 75, pp. 1945–2004;
- Segler, M.H.S., Preuss, M., and Waller, M.P. (2018) ‘Planning Chemical Synthesis With Deep Neural Networks and Symbolic AI’, *Nature*, No. 555, p. 604.
- Service, R.F. (2019) ‘AIs Direct Search for Material Breakthroughs – Decision Making Algorithms Transform How Robots Evaluate and Synthesize Solar Cells and More’, *Science*, 366, p. 1295.
- Silver, D. et al. (2016) ‘Mastering the Game of Go with Deep Neural Networks and Tree Search’, *Nature*, 529, p. 484.
- Silver, D. et al. (2019) ‘A General Reinforcement Learning Algorithm Masters Chess, Shogi and Go Through Self-Play’, *Science*, 362, pp. 1140–1144.
- State Intellectual Property Office of People’s Republic of China (SIPO), Ordinance No. 55 of January 2010.
- Stergiou, C. and Siganos, D. (2014) *Neural Networks*, <<http://srii.sou.edu/ge/neural-networks.pdf>> (last accessed 5 August 2020).
- Stokes, J.M. et al. (2020) ‘A Deep Learning Approach to Antibiotic Discovery’, *Cell* 180, 20 February, pp. 689–690.
- Straus, J. (2013) ‘Ordre Public and Morality Issues in Patent Eligibility’, in: Takenaka, T. (ed.), *Intellectual Property in Common Law and Civil Law*, Cheltenham (UK), Northampton (MA, USA): Edward Elgar Publisher, p. 19.
- Straus, J. (2019) ‘Issues Surrounding Deposit and Release of Biological Material for Patent Granting Procedures’, *EIPR*, Issue 9, pp. 546–554.
- Straus, J. (2021) ‘Artificial Intelligence – Challenges and Chances for Europe’, *European Review*, January, Vol. 29, No. 1, pp. 142–158.

- Ullman, Sh. (2019) 'Using Neuroscience to Develop Artificial Intelligence', *Science*, 363, pp. 692–693.
- US Patent and Trademark Office (2020) *Manual of Patent Examining Procedure (MPEP)*, Ninth Edition, Revision 10.2019, Last Revised June 2020, <<https://www.uspto.gov/web/offices/pac/mpep/index.html>> (last accessed 31 August 2020).
- US Patent and Trademark Office (2020) *Public Views on Artificial Intelligence and Intellectual Property Policy*, Washington D.C. (USPTO Public Views), October.
- US Patent and Trademark Office, *Artificial Intelligence*, <<https://www.uspto.gov/initiatives/artificial-intelligence>> (last accessed 24 November 2020).
- US Patent and Trademark Office, Subject Matter Eligibility Examples: Abstract Ideas, <https://www.uspto.gov/sites/default/files/documents/101_examples_37to42_20190107.pdf> (last accessed 2 September 2020).
- US Supreme Court, *Mackay Radio & Telegraph Co. v. Radio Corp. of Am.*, 306 U.S. 86, 94 (1939).
- US Supreme Court, *Benson*, 409 U.S. 63, 71-72 (1972).
- US Supreme Court, *Parker v. Flook*, 437 U.S. 584, 594 (1978).
- US Supreme Court, *Diamond v. Chakrabarty*, 447 U.S. 303, 309 (1980).
- US Supreme Court, *Diamond v. Diehr*, 450 U.S. 175, 191 (1981).
- US Supreme Court, *Bilski v. Kappos*, 561 U.S. 593, 611 (2010).
- US Supreme Court, *Bilski v. Kappos*, 561 U.S. 605 (2010).
- US Supreme Court, *Mayo Collaborative Servs. v. Prometheus Labs., Inc.*, 566 U.S. 66, 71 (2012).
- US Supreme Court, *Alice Corp. Pty. Ltd. v. CLS Bank Int'l.*, 573 U.S. 208 (2014).
- Wikipedia (2020) 'Evolutionary Algorithm', <https://en.wikipedia.org/wiki/Evolutionary_algorithm> (last accessed 17 August 2020).
- World Intellectual Property Organization (WIPO) (2019a) *Technology Trends 2019: Artificial Intelligence*.
- World Intellectual Property Organization (WIPO) (2019b) *Conversation on Intellectual Property (IP) and Artificial Intelligence (AI)*, Doc. WIPO/IP/AI/2/GE/20/1.
- Yang, St. *Amendments to the Guidelines for Patent Examination*, <<https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=88cc460e-07d2-4d14-8e54-4f2c907ceec5>> (last accessed 19 August 2020).

*Mohor Fajdiga**

Izbira Sodnega sveta: *ignorantia rationis* *nocet?*

1. Uvod

V raziskavi Evropske mreže sodnih svetov iz leta 2019 je 40 odstotkov slovenskih sodnic in sodnikov menilo, da njihovi kolegi niso bili imenovani ali niso napredovali le na podlagi svojih sposobnosti in izkušenj.¹ Zgolj s statistiko se najbrž ne moremo dokopati do resnice, po drugi strani pa nas ti podatki neizprosno izzivajo: gre zgolj za lažen občutek sodnikov ali je karierna pot v sodstvu resnično odvisna od drugega kot zgolj od sposobnosti in izkušenj? Za celovit odgovor bi bilo treba opraviti obsežno multidisciplinarno raziskavo. Sam se bom tako moral zadovoljiti z obravnavo le enega vidika, ki zagotovo pomembno pripomore k zgornjemu rezultatu: dejstvo, da Sodni svet Republike Slovenije (Sodni svet) svojih odločitev o izbiri kandidatov pravzaprav ne obrazloži oziroma da ne navede razlogov, zakaj je nekdo izbran, drugi kandidati pa ne. Odkrival bom, kakšna je slovenska sodna praksa, ki tak pristop dovoljuje, na slovensko ureditev pa bom pogledal tudi z vidika evropskih standardov, ki jih trenutno pospešeno razvijata Sodišče Evropske unije in Evropsko sodišče za človekove pravice (ESČP).

* *Mohor Fajdiga, magister prava, asistent na Katedri za ustavno pravo Pravne fakultete Univerze v Ljubljani; mohor.fajdiga@pf.uni-lj.si.*

¹ Evropska mreža sodnih svetov, 2019, str. 34. Povprečje je bilo približno 22 odstotkov, slabše so se odrezale Hrvaška, Madžarska, Italija in Portugalska, za malenkost boljše pa Španija. Pomembno je poudariti, da nekatere članice EU niso sodelovale (na primer Poljska in Francija), po drugi strani pa imamo podatke za Bosno in Hercegovino ter Črno goro. Slovenskih anketirancev je bilo 211, tj. približno 23 odstotkov sodnic in sodnikov, kar pomeni, da je raziskava vsekakor reprezentativna. Podoben rezultat kaže tudi raziskava Evropske mreže sodnih svetov iz let 2014–2015. Takrat se je s trditvijo, da sodniki v zadnjih dveh letih niso napredovali le na podlagi sposobnosti in izkušenj, strinjalo ali močno strinjalo 39 odstotkov slovenskih sodnikov, 30 odstotkov ni bilo prepričanih, 31 odstotkov pa se ni strinjalo oziroma se sploh ni strinjalo (Evropska mreža sodnih svetov, 2015, str. 138).

2. Izbirni postopek: črna skrinjica

V Poročilu o stanju vladavine prava, ki ga je leta 2020 prvič pripravila Evropska komisija, je v zvezi z delovanjem Sodnega sveta izpostavljena potreba po izboljšanju postopka izbire sodnikov, zlasti obrazložitev njegovih odločitev.² Z drugimi besedami, Evropska komisija je po posvetovanju z deležniki ocenila, da so odločitve Sodnega sveta (pre)skopo obrazložene. Poglejmo, za kaj gre.

Obrazložitev odločbe Sodnega sveta je vsebinsko sestavljena iz treh delov. Najprej Sodni svet pove, koliko kandidatov se je prijavilo, za katero mesto kandidirajo in koliko jih je izpolnjevalo formalne pogoje iz 8. do 13. člena Zakona o sodniški službi (ZSS).³ Nato razkrije parametre, na podlagi katerih so kandidati prišli v ožji izbor, ki vključuje razgovor. To so dokončno mnenje predsednika sodišča (16. člen ZSS), ki je obrazloženo z vidika kriterijev iz 28. člena ZSS,⁴ obseg in vrsta delovnih izkušenj po pravniškem državnem izpitu (PDI), akademski naziv, povprečna ocena na fakulteti in PDI, sodniške izkušnje,⁵ ocene sodniške službe, včasih pa tudi poznavanje področja, na katerem bi kot sodnik deloval. Teža teh parametrov ni navedena, prav tako Sodni svet pri njihovi uporabi ni dosleden, saj včasih denimo upošteva le nekatere. Zgodi se, da je izbran kandidat, ki je po katerem od parametrov izrazito šibak,⁶ da je v bistveno podobnih položajih eno merilo enkrat ključno, drugič pa ne,⁷ ipd. Iz obrazložitve prav tako ni razvidno, kako je Sodni svet upošteval kriterije iz 28. člena ZSS,⁸ ki so nadalje razdelani v Merilih za izbiro kandidatov za sodniško mesto (Merila).⁹ Po razgovorih vsak član sodnega sveta med kandidati podpre največ tri in svoj izbor ustno obrazloži, člani Sodnega sveta pa

² Evropska komisija, 2020, str. 4.

³ Uradni list RS, št. 94/07 – uradno prečiščeno besedilo, 91/09, 33/11, 46/13, 63/13, 69/13 – popr., 95/14 – ZUPPJS15, 17/15, 23/17 – ZSSve in 36/19 – ZDT-1C.

⁴ V skladu s šestim odstavkom 16. člena ZSS predsednik sodišča lahko posebej navede, katere kandidate šteje za najbolj ustrezne za zasedbo prostega mesta in to obrazloži. Taki kandidati so glede na 12. člen Meril za izbiro kandidatov za sodniško mesto samodejno uvrščeni na razgovor.

⁵ Slednje se redno upoštevajo pri kandidatih za mesta okrožnega, višjega in vrhovnega sodnika.

⁶ V odločbi št. 530-2019-38 je Sodni svet med drugim upošteval parameter povprečne ocene na PDI in na fakulteti, izbrana kandidatka za okrožno sodnico pa je izkazovala povprečno oceno na PDI zgolj 6,83, na fakulteti pa 8,51.

⁷ Taka nedoslednost vodi v odločitve, ki so z vidika zunanega opazovalca ob opisani okrnjeni obrazložitvi lahko označene za sporne. Tako se je zgodilo, da je v istem letu Sodni svet enkrat zavrnil kandidaturu odvetnice za mesto okrožne sodnice, saj ji je manjkalo izkušenj z delom na okrajnem sodišču, drugič pa ga to ni motilo in je za višjo sodnico izbral odvetnico brez izkušenj sojenja (odločbi Sodnega sveta št. 2/14-21 in 1/14-3; v zvezi s tem glej tudi sodbo Upravnega sodišča Republike Slovenije IV U 88/2014 z dne 18. junija 2014). Podobne nekonsistentnosti so razvidne iz analize Katarine Kampuš iz leta 2016 (Kampuš, 2016, str. 58–61).

⁸ Kriteriji iz 28. člena ZSS niso enaki kot zgoraj navedeni parametri.

⁹ Uradni list RS, št. 64/17.

nato opravijo izbor z glasovanjem med kandidati, ki so dobili največ individualnih glasov podpore (13. in 14. člen Meril). Ta faza v obrazložitvi ni vključena, ampak Sodni svet navede le, da zakonske kriterije najbolje izpolnjuje določen kandidat, čemur sledi dolga obrazložitve njegovih kompetenc. Tako skopa obrazložitve ne prepriča, saj ne izkazuje konsistentnega odločanja po objektivnih kriterijih, ampak omogoča, da na izbiro vplivajo nedopustni (zavedni ali nezavedni) subjektivni motivi. Sodni svet bi se pravzaprav lahko odločil za kateregakoli kandidata, ki bi brez primerjave z drugimi, ki jo zamenjamo v obrazložitvi, tako ali tako vedno izpadel najboljša izbira.¹⁰

Gre za ustaljeno prakso Sodnega sveta, ki sta jo že pred leti presojali Upravno sodišče RS in Vrhovno sodišče RS. V zadevi IV U 88/2014¹¹ je Upravno sodišče odločilo, da načelo enakosti in z njim povezana prepoved arbitrarnosti od Sodnega sveta zahtevata obrazložitve, ki poleg razlogov za izbiro vsebuje tudi razloge o neizbiri, kar izrecno določa deveti odstavek 18. člena ZSS. Upravno sodišče je menilo, da bi moral Sodni svet obrazložiti tudi, v čem je izbrana kandidatka po predpisanih merilih primernejša od neizbranih kandidatov. Ker obrazložitve tem zahtevam ni zadostila, njegove odločbe ni bilo mogoče preizkusiti, zato jo je sodišče odpravilo in zadevo Sodnemu svetu vrnilo v nov postopek. Diametralno nasprotno razlago je sprejel mariborski oddelek istega sodišča v zadevi II U 59/2015-11,¹² potrdil pa jo je tudi v zadevi I U 880/2015.¹³ Upravni sodniki so tokrat zapisali, so iz odločitve Sodnega sveta razvidni »tisti razlikovalni elementi med tožečo stranko in izbranimi kandidatom, ki so pretehtali izbiro v njuno korist«,¹⁴ čeprav po naravi stvari ni možno govoriti o razlikah med kandidati brez njihove primerjave, ki je v odločbah ne najdemo.¹⁵

Neprepričljivo obrazložitve Upravnega sodišča je dopolnilo Vrhovno sodišče v isti zadevi s sklepom X Ips 333/2015.¹⁶ Izrecno je zavrnilo stališče pritožnika, ki je zagovarjal tezo, da je sodno varstvo neizbranih kandidatov učinkovito le, če izpodbijani akt vsebuje razloge za neizbiro, ki morajo biti za posameznega kandidata izrecno navedeni. Nasprotno, po stališču Vrhovnega sodišča so razlogi za izbiro po naravi stvari hkrati tudi

¹⁰ Čeprav so pogoji in kriteriji ter postopek za izbiro predsednikov in podpredsednikov sodišč drugačni, je obrazložitve Sodnega sveta večkrat podobno pomanjkljiva, kar izhaja denimo iz spodaj obravnavane sodbe Upravnega sodišča RS IV U 213/2014-28 z dne 5. novembra 2014.

¹¹ Sodba Upravnega sodišča RS IV U 88/2014 z dne 18. junija 2014.

¹² Sodba Upravnega sodišča RS II U 59/2015-11 z dne 15. aprila 2015.

¹³ Sodba Upravnega sodišča RS I U 880/2015 z dne 19. avgusta 2015.

¹⁴ Razlikovalne elemente je Upravno sodišče opisalo takole: »Gre za kombinacijo sposobnosti, znanj, delovnih izkušenj in lastnosti, pridobljenih z opravljanjem del v različnih vlogah, ki jih zaradi izjemne zahtevnosti sojenja na upravnem oddelku Vrhovnega sodišča najbolje izpolnjujeta izbrana kandidata.«

¹⁵ Odločbi Sodnega sveta št. 1/15-4 in 1/15-5.

¹⁶ Sklep Vrhovnega sodišča RS X Ips 333/2015 z dne 21. julij 2016.

razlogi za neizbiro.¹⁷ S tem je sodišče po eni strani implicitno potrdilo prakso Sodnega sveta, ki obvestilo o neizbiri »obrazloži« s sklicevanjem na razloge za izbiro, po drugi strani pa je navedlo, da je obseg zakonsko določene obrazložitve razlogov za neizbiro treba presojeti v vsakem konkretnem primeru. Vrhovno sodišče je poudarilo diskrecijsko naravo odločanja, ki Sodnemu svetu »v celoti prepušča izbiro med prijavljenimi kandidati«,¹⁸ ki izpolnjujejo formalne pogoje. Z vidika pravic iz 22., 23. in tretjega odstavka 49. člena Ustave Republike Slovenije (Ustava)¹⁹ naj bi zadostovalo, da Sodni svet v obrazložitvi navede, da predlagani kandidat izpolnjuje vse formalne pogoje za opravljanje sodniške funkcije in v zvezi s tem ugotovi dejansko stanje, da je razvidno, da so bili pri izbiri upoštevani zakonski kriteriji iz 28. oziroma 29. člena ZSS, da so podani vsebinski razlogi za izbiro določenega kandidata in da lahko neizbrani kandidat preveri potek postopka²⁰ (točki 16 in 22). Čeprav Vrhovno sodišče govori o tem, da mora sodni svet obrazložiti, »zakaj je izbrani kandidat najprimernejši« oziroma da morajo biti razvidni vsebinski razlogi, ki »utemeljujejo« izbiro tega kandidata (točki 16 in 22),²¹ to ne pomeni, da mora Sodni svet v obrazložitvi kandidate med seboj primerjati. Kot pojasni Vrhovno sodišče:

»bistvo odločitve o izbiri ni vrednostno ocenjevanje izbranega kandidata glede na ostale (neizbrane) kandidate, temveč celovita in argumentirana predstavitev kandidata, ki ga Sodni svet predlaga v imenovanje [...].«²²

Še več, vrednotenje kandidatov po predpisanih izbirnih kriterijih spada v diskrecijski del odločitve, zato ga Sodnemu svetu ni treba vključiti v obrazložitev. To pa glede na Vrhovno sodišče še ne pomeni arbitrarnosti, ampak zgolj to, da sicer opravljene presoje ni treba ubesediti v obrazložitvi, saj mora Sodni svet uživati zaupanje, da bo izbral najprimernejše kandidate.²³ Vrhovno sodišče gre še bolj daleč, ko zapiše, da »podatki o ostalih [neizbranih] kandidatih v [obrazložitvi] ne sodijo«²⁴ in da:

¹⁷ Enako stališče je zavzelo tudi Upravno sodišče v tej zadevi.

¹⁸ Sklep Vrhovnega sodišča X Ips 333/2015 z dne 21. julija 2016, točka 18.

¹⁹ Uradni list RS, št. 33/91-I, 42/97 – UZS68, 66/00 – UZ80, 24/03 – UZ3a, 47, 68, 69/04 – UZ14, 69/04 – UZ43, 69/04 – UZ50, 68/06 – UZ121,140,143, 47/13 – UZ148, 47/13 – UZ90,97,99, 75/16 – UZ70a in 92/21 – UZ62a).

²⁰ Sklep Vrhovnega sodišča X Ips 333/2015 z dne 21. julija 2016, točki 16 in 22.

²¹ Prav tam.

²² Prav tam, točka 22: »[...] Prijavljeni kandidati se namreč vsak zase in s sebi lastnimi značilnostmi potegujejo za isto sodniško mesto. Cilj Sodnega sveta pa je izbrati po njegovi oceni najustrežnejšega kandidata. Posameznikove lastne značilnosti so glede na zakonsko določene kriterije tiste, ki prepričajo Sodni svet, da ga izbere, zato je argumentacija njegove odločitve o izbiri namenjena izpostavljanju (pravno) relevantnih karakteristik izbranega, in ne neizbranega kandidata. Obrazložitev odločitve o izbiri ni namenjena primerjavi med posameznimi kandidati, temveč utemeljitvi, zakaj je posameznik izbran [...].«

²³ Prav tam, točki 19 in 22.

²⁴ Prav tam, točka 22.

»[I]e na podlagi takšnega načina odločanja in standarda obrazložitve lahko Sodni svet učinkovito udejanja svojo vlogo v sistemu organizacije državne oblasti in prevzema svoj del odgovornosti za kvaliteto sodstva«.

S tem naredi kvalitativni preskok: ne le, da Sodnemu svetu ni treba obrazložiti, zakaj je izbral enega namesto drugih kandidatov, ampak tega celo ne sme.

Vrhovno sodišče je zgornje stališče o diskrecijskem odločanju in posledični okrnjeni obrazložitvi utemeljilo še s sklicevanjem na:

1. 18. člen ZZS, iz katerega izhaja, da Sodni svet ni vezan na mnenje predsednika sodišča o ustreznosti kandidata niti ni dolžan v primeru zgolj enega prijavljenega kandidata slednjega izbrati, čeprav izpolnjuje formalne pogoje;
2. sestavo Sodnega sveta (sodniki in drugi pravniki) in odločanje z dvotretjinsko večino, kar preprečuje odločanje po političnih merilih in favoriziranje sodnikov;
3. *sui generis* položaj Sodnega sveta in njegove funkcije v sistemu oblasti;
4. dejstvo, da kandidati nimajo pravice biti izvoljeni, ampak zgolj pravico, da se pod enakimi pogoji potegujejo za prosto sodniško mesto (tretji odstavek 49. člena Ustave);
5. dejstvo, da gre za javnopravno zadevo in ne za upravno zadevo, zato se 214. člen Zakona o splošnem upravnem postopku (ZUP),²⁵ ki določa vsebino obrazložitve, uporablja le smiselno; in
6. skladnost »pravice do lastne presoje« sodnega sveta z vidika zahtev Evropske konvencije o varstvu človekovih pravic (EKČP).²⁶

Po drugi strani pa v argumentaciji zaman iščemo razloge, ki bi govorili proti taki ureditvi, zlasti zahtevo po izboru, ki temelji na zaslugah, neodvisnosti in transparentnosti ter z njimi povezano zaupanje v proces izbire sodne veje oblasti, s tem pa zaupanje v sodstvo samo, ki je temelj za uresničevanje njegove vloge v demokratični družbi.

3. Zadržana sodna kontrola odločitev Sodnega sveta

Ustreznost obrazložitve Sodnega sveta presoja sodišče v upravnem sporu (21.a člen ZSS in 36. člen Zakona o sodnem svetu – ZSSve²⁷), zato je naslednje bistveno vprašanje, kakšna merila naj pri tem uporabi. Od tega je v bistvenem odvisen obseg obrazložitve. V sodbi IV U 213/2014-28 z dne 5. novembra 2014, ki se je nanašala na imenovanje predsednika Okrožnega sodišča v Celju, je Upravno sodišče odločilo, da mora strogo presojeti izpolnjevanje obeh formalnih pogojev iz prvega odstavka 62. člena Zakona o

²⁵ Uradni list RS, št. 24/06 – uradno prečiščeno besedilo, 105/06 – ZUS-1, 126/07, 65/08, 8/10, 82/13 in 175/20 – ZIUOPDVE.

²⁶ Vrhovno sodišče se sklicuje na zadevo ESČP *Tsanova-Gecheva proti Bolgariji*, št. 43800/12, 15. september 2015.

²⁷ Uradni list RS, št. 23/17.

sodiščih (ZS),²⁸ dejstvo, ali je Sodni svet pri izbiri uporabil predpisane štiri kriterije iz tretjega odstavka 62.a člena ZS ter spoštovanje procesnih garancij, ki jih zagotavlja 6. člen EKČP.²⁹ Glede tega, kako je Sodni svet vsebinsko ocenil te štiri kriterije, pa je presoja Upravnega sodišča ne samo zadržana, ampak je omejena na test očitne nerazumnosti. Sodni svet je torej svoboden pri izbiri kandidata, ki ga šteje za najboljšega, pod pogojem, da njegova izbira ni očitno nerazumna, da izpelje postopek, ki zagotavlja jamstva iz 6. člena EKČP, da izbrani kandidat izpolnjuje formalna pogoja, da odločitev Sodnega sveta temelji na predpisanih kriterijih in da ni diskriminatorna ali arbitrarna. V konkretnem primeru Sodni svet ni imenoval dotedanjega predsednika, ki so ga v skladu z drugim odstavkom 62.a člena ZS podprli predsednica Višjega sodišča v Celju, predsednik Vrhovnega sodišča in pravosodni minister. Upravno sodišče je ugotovilo, da so razlogi za zavrnitev njegove kandidature³⁰ sami po sebi lahko zadostni, vendar morajo biti v obrazložitvi dovolj natančno opisani, verodostojno ugotovljeni in utemeljeni, kandidat pa se je imel o njih možnost izreči pred odločitvijo. Ugotovilo je številne pomanjkljivosti pri opisu razlogov in pri ugotavljanju njihove dejanske utemeljenosti. Prav tako se tožnik do nekaterih očitkov ni mogel opredeliti. Zato je odločbo Sodnega sveta odpravilo in mu zadevo vrnilo v ponovno odločanje.

Odločitev Upravnega sodišča, ki so jo mediji označili za precedenčno,³¹ je sprožila buren odziv takratnega predsednika Sodnega sveta, ki je tarnal, da »si je upravno sodišče 'privoščilo' Sodni svet kot nekakšen upravni (in ne ustavni!) organ«. Označil jo je za »semantično avanturo, ustavno pot, po kateri se ne pride nikamor« in za »najbolj milo rečeno prenapihnjeno glede na siceršnja pozicijo, ki jo ima upravno sodišče v ustavnem sistemu.«³² Ne glede na to je Sodni svet v ponovljenem postopku spoštoval odločitev

²⁸ Uradni list RS, št. 94/07 – uradno prečiščeno besedilo, 45/08, 96/09, 86/10 – ZJNepS, 33/11, 75/12 – ZSPDLS-A, 63/13, 17/15, 23/17 – ZSSve, 22/18 – ZSICT, 16/19 – ZNP-1, 104/20 in 203/20 – ZIUPOP DVE).

²⁹ Upravno sodišče je s sklicevanjem na sodbo velikega senata ESČP v zadevi *Vilho Eskelinen in drugi proti Finski*, št. 632335/00, z dne 19. aprila 2007, najprej ugotovilo, da je 6. člen EKČP uporabljiv, nato pa je s pomočjo zadev *Oleksandr Volkov proti Ukrajini*, št. 21722/11, z dne 9. januarja 2013, *Juričić proti Hrvaški*, št. 58222/09, z dne 26. oktobra 2011 in *Baka proti Madžarski*, št. 20261/12, z dne 27. maja 2014, navedlo še vsebinske zahteve 6. člena: enakost orožij in kontradiktornost, ki dajeta stranki možnost, da navaja dejstva in dokaze ter je seznanjena in se ima možnost odzvati na trditve in dokaze ter tako vplivati na končno odločitev.

³⁰ Anonimne in neanonimne pritožbe na njegovo delo, samovoljno vodenje sodišča zaradi imenovanja sodnika na vodstveno mesto brez njegovega soglasja, neupoštevanje obveznosti pri izdelavi ocen sodniške službe, izguba 85 prekrškovnih zadev in neažurnost pri izterjavi glob, zaradi katere je prišlo do zastaranja.

³¹ Vukelić, M. (2015).

³² Novak, M. (2015). Za nasprotno stališče glej: Zalar, B. (2019), str. 12–17.

Upravnega sodišča, nov upravni spor pa je bil neuspešen.³³ Kljub temu pa se zdi, da je Upravno sodišče iz konflikta s Sodnim svetom izšlo kot poraženec, saj je s sprejemom ZSSve izgubilo pristojnost presoje odločitev Sodnega sveta, ki je bila prenesena na Vrhovno sodišče,³⁴ in sicer v skladu s »predlogom«, ki ga je v odzivu na »avanturo« upravnega sodišča navedel takratni predsednik Sodnega sveta.

S stališčem Upravnega sodišča v zadevi IV U 213/2014-28 se je načelno strinjalo tudi Vrhovno sodišče v že omenjenem sklepu X Ips 333/2015 z dne 21. julija 2016, v katerem je zapisalo, da je presoja omejena na preverjanje procesnih kršitev, nepravilnosti ugotovitve dejanskega stanja, neizpolnjevanja formalnih pogojev in neuporabo kriterijev iz 28. oziroma 29. člena ZSS, glede diskrecijskega dela odločitve pa sodna veja v presoji Sodnega sveta poseže le, če je slednja očitno nerazumna, če krši temeljne človekove pravice kandidatov, je diskriminatorna ali arbitrarna. Vendar, kot se je izkazalo, Vrhovno sodišče v praksi praviloma odstopa od deklariranih standardov in Sodnemu svetu pravzaprav pušča proste roke. Šele v zadnjem letu je pri imenovanju predsednikov sodišč nekoliko poostriilo sodno presojo. V sodbi U 1/2021 z dne 17. februarja 2021 je ugodilo pritožbi edine kandidatke za predsednico okrajnega sodišča, ki je dobila podporo predsednice okrožnega sodišča in predsednika Vrhovnega sodišča, Sodni svet pa je zavrnitev utemeljil z navedbo, da ni prepričala ustreznega števila njegovih članov. Ugotovilo je, da ob taki obrazložitvi ne more preveriti očitka arbitrarnosti. Zapisalo je še, da načelo neodvisnosti sodstva od Sodnega sveta zahteva tako obrazložitev, da ne le kandidata, ampak tudi javnost prepriča o spoštovanju meja diskrecijskega odločanja, poštenosti postopka in enakem obravnavanju, kar je navsezadnje bistvo načela pravne države iz 2. člena Ustave. To stališče je ponovilo v sodbi U 6/2021 z dne 25. maja 2021, v kateri je ugotovilo, da zaradi nezadostne obrazložitve ne more preizkusiti tožnikove navedbe, da kot edini kandidat za predsednika sodišča in kljub podpori predsednika Vrhovnega sodišča in predsednika okrožnega sodišča, ni bil izbran prav zaradi svoje starosti, kar je izpeljeval iz dejstva, da je na razgovoru od ene od članic Sodnega sveta prejel vprašanje, ali ni prestar in ali mu niso bili dovolj trije mandati. Enako je Vrhovno sodišče odločilo tudi v sodbi U 7/2021 z dne 25. maja 2021, v kateri je bilo obravnavano dejansko stanje na las podobno prej omenjeni zadevi.³⁵

³³ Sodba Upravnega sodišča RS IV U 34/2015 z dne 10. marca 2015; sklep Vrhovnega sodišča RS X Ips 169/2015 z dne 7. septembra 2016.

³⁴ Drugi odstavek 36. člena ZSSve.

³⁵ Zaradi nezadostne obrazložitve je Vrhovno sodišče v sodbah U 2/2021 z dne 24. marca 2021 in U 8/2021 z dne 23. avgusta 2021 odpravilo odločbi Sodnega sveta, s katerima je slednji zavrnili hitreje napredovanje v višji sodniški naziv na istem sodniškem mestu.

4. Okrnjeno načelo kontradiktornosti

V sodbi U 2/2019-14 z 12. junija 2019, je Vrhovno sodišče odločilo, da posebna narava postopka pred Sodnim svetom zahteva, da se načelo zaslišanja stranke iz 9. člena ZUP, ki udejanja enako varstvo pravic iz 22. člena Ustave, uporablja smiselno, torej prilagojeno naravi in namenu ter posebnostim postopka pred Sodnim svetom. Vrhovno sodišče je tako za postopke pred Sodnim svetom spustilo standarde iz 22. člena Ustave. Na to je opozorila pritožnica v ustavni pritožbi, v kateri je navedla, da mora imeti stranka možnost s svojimi izvajanjem vplivati tudi na diskrecijski način odločanja, pri čemer se je sklicevala na odločbo Ustavnega sodišča Up-1094/18 z dne 21. februarja 2019, iz katere izhaja, da so procesne garancije glede na diskrecijsko odločanje Sodnega sveta še toliko pomembnejše.³⁶ Ustavno sodišče ni ugotovilo kršitve 22. člena Ustave, ker je pritožnica imela možnost, da se seznanj z mnenjem civilnega oddelka Vrhovnega sodišča, ki je dalo prednost njenemu protikandidatu, a je ni izkoristila. Ustavni sodniki so zavzeli stališče, da sodišča preizkusijo odločbo Sodnega sveta le z vidika poštenosti, ne pa z vidika, kateri od kandidatov je najprimernejši. Postopek pred Sodnim svetom je pošten (22. člen Ustave), če je transparenten in če izbira temelji na objektivnih merilih, s katerimi se izkazuje strokovna usposobljenost in osebnostna primernost izbranega kandidata. Transparentnost, ki ji je pritožnica oporekala, je bila zadoščena s tem, da je imela možnost seznanitve z mnenjem oddelka Vrhovnega sodišča.³⁷

Zdi se, da je Ustavno sodišče v tej zadevi pritrdilo Vrhovnemu sodišču z vidika vseh zgoraj predstavljenih spornih vidikov. Implicitno je potrdilo nižji standard enakega varstva pravic pred Sodnim svetom glede na druge postopke, strinjalo se je z zadržanim sodnim nadzorom nad odločitvami Sodnega sveta, soglašalo pa je tudi z omejeno obveznostjo obrazložitve odločbe Sodnega sveta, ki ne zahteva navedbe razlogov za neizbiro oziroma primerjave med kandidati.

5. (Ne)skladnost obsega sodnega nadzora odločitve Sodnega sveta z evropskimi standardi

ESČP je vprašanje obsega sodne nadzora odločitev sodnih svetov obravnavalo v zadevi *Tsanova-Gecheva proti Bolgariji*,³⁸ s pomočjo katere je Vrhovno sodišče v zadevi X Ips 333/2015 utemeljevalo skladnost slovenske ureditve z EKČP. V tem primeru je, kot pravi Vrhovno sodišče v sklepu X Ips 333/2015 z dne 21. julija 2016 (točka 23), ESČP za skladno s 6. členom EKČP ocenilo bolgarsko ureditev, ki sodiščem omogoča le omejeno

³⁶ Odločba Ustavnega sodišča RS Up-1094/18 z dne 21. februarja 2019, točka 10.

³⁷ Odločba Ustavnega sodišča RS Up-757/19 z dne 20. februarja 2020, točka 10–14.

³⁸ Sodba ESČP v zadevi *Tsanova-Gecheva proti Bolgariji*, št. 43800/12, z dne 15. septembra 2015.

presojo odločitev sodnega sveta, slednjemu pa podeljuje diskrecijo pri izbiri najboljšega kandidata. Poglejmo si, kaj je ESČP vodilo do tega zaključka.

Tsanova-Gecheva je kandidirala za mesto predsednice sodišča v Sofiji. Od prijavljenih štirih kandidatov je Komisija za predloge in ocenjevanje sodnega sveta pritožnici in V. Y. podelila najvišjo oceno. Pozitivno mnenje je podala tudi Komisija za etiko pri sodnem svetu. Pritožnica je pridobila tudi podporno pismo s podpisi 27 sodnikov sodišča v Sofiji, 28 sodnikov okrajnega sodišča v Sofii in 34 sodnikov pritožbenega sodišča. Po razgovoru s kandidati se je sodni svet umaknil na posvetovanje, kjer so trije člani sodnega sveta podprli pritožnico, ki je bila po njihovem mnenju glede na njene izkušnje na vodilnih mestih, izkušnje s sojenjem in kakovostjo načrta za vodenje sodišča, najprimernejša za mesto predsednice sodišča. En član sodnega sveta jo je ocenil negativno, zlasti ker je podpisala peticijo, ki je kritizirala sodni svet, trije člani pa so na mestu predsednika videli V. Y. Poudarili so zlasti, da čeprav nima izkušenj v sodni upravi, ima primerno osebnost in je sposoben sprejemati odločitve. V prvem krogu sta največ glasov prejela pritožnica (devet) in V. Y. (dvanajst), v drugem pa je V. Y. podprlo 18, pritožnico pa pet članov sodnega sveta.

Slednja se je pritožila na Vrhovno upravno sodišče. Uveljavljala je med drugim, da sodni svet v okviru posvetovanj ni presojal kandidatov po posameznih merilih niti jih ni primerjal z vidika teh meril ter da niso razvidni razlogi za odločitev sodnega sveta, zato je ni mogoče preizkusiti. Tričlanski senat je po uradni dolžnosti ugotovil, da glasovanje sodnega sveta ne bi smelo biti tajno, zato je odločbo razveljavil. Argumente pritožnice je zavrnil kot neutemeljene. Ugotovil je, da je bila obrazložitev zadostna, saj je deloma izhajala iz predloga kandidature V. Y., ki so jo podali člani sodnega sveta, deloma pa iz argumentov, ki so jih podali člani sodnega sveta med razpravo. Sodni svet je razpravljal o merilih za izbiro z vidika obeh kandidatov, sodišče pa se ni štelo za pristojno, da bi ocenjevalo primernost izbire sodnega sveta, saj je slednjemu z zakonodajo podeljena diskrecija, da med kandidati, ki izpolnjujejo z zakonom predpisane pogoje, izbere najboljšega.

V. Y. je vložil revizijo na petčlanski senat vrhovnega upravnega sodišča. Pritožnica ji je nasprotovala, hkrati pa je uveljavljala tudi, da je tričlanski senat kršil 6. člen EKČP, ker je odločitev sodnega sveta presojal premalo striktno. Sodišče je reviziji ugodilo in razveljavilo sodbo tričlanskega senata. Odločilo je tudi, da je tričlanski senat naslovil argumente tožnice glede obsega sodne kontrole in je svojo odločitev ustrezno utemeljil.

ESČP je v svoji presoji najprej poudarilo, da po bolgarskem pravu vrhovno upravno sodišče ne more presojati primernosti izbire sodnega sveta, razen če bi šlo za zlorabo oblasti, torej za kršitev namena zakona.³⁹ Temeljno vprašanje primera je tako bilo, ali je bila sodna kontrola diskrecijske odločitve zadostna z vidika zahtev 6. člena EKČP.⁴⁰ Pri tem je ESČP opozorilo, da je treba izhajati iz okoliščin konkretnega primera in da je zato

³⁹ Sodba ESČP v zadevi *Tsanova-Gecheva proti Bolgariji*, št. 43800/12, z dne 15. septembra 2015, točki 96 in 99.

⁴⁰ Prav tam, točka 96.

tudi samo sporno vprašanje presojalo kar najbolj z vidika konkretne zadeve.⁴¹ S tem je zamejilo uporabljivost svoje odločitve v drug(ačn)ih primerih.

Logika ESČP je v takih primerih naslednja: ožji kot je obseg sodne kontrole, močnejše morajo biti procesne garancije v postopku diskrecijskega odločanja pred sodnim svetom, da bo zahtevam 6. člena EKČP zadoščeno. Bolgarske procesne garancije je ocenilo za zadostne, saj so bila številna pravila natančno predpisana v zakonodaji in poslovniku sodnega sveta, zlasti so zagotavljala javnost postopka: javna objava razpisa, seznama kandidatov in prepisa zvočnega posnetka razprave sodnega sveta, urejala pa so tudi potek glasovanja. Za kandidate je Komisija za predloge in ocenjevanje sodnega sveta izdelala oceno, na katero so lahko dali pripombe. Poleg tega je bil zagotovljen tudi razgovor pred sodnim svetom. Spoštovanje postopkovnih pravil je, kot izhaja iz dejstev primera, dejansko preverilo vrhovno upravno sodišče po uradni dolžnosti in na zahtevo stranke. Tudi sporno obrazložitev sodnega sveta je tričlanski senat ocenil za zadostno, saj je bila vsebovana v predlogu kandidature in v mnenjih, izraženih na razpravi sodnega sveta. Tudi petčlanski senat je pritrdil omejenemu obsegu sodne kontrole tričlanskega senata, ki je odraz diskrecijske narave odločitve sodnega sveta. ESČP je poudarilo, da je bolgarska sodna praksa po pritožničinem primeru zaradi varstva pred arbitrarnostjo zaostрила zahtevo, da sodni svet navede jasne in popolne razloge za svojo odločitev.⁴² Sodišča v merilih za izbiro po novem vidijo omejitve diskrecijskega odločanja sodnega sveta, ki jih je dolžan pri izbiri upoštevati, pri čemer se mora nasloniti zlasti na naslednje objektivne parametre: ocene sodniške službe, načrt vodenja in oceno komisije za etiko. Sodnik presoja, ali je sodni svet preučil ta merila, kar mora izhajati iz obrazložitve odločitve sodnega sveta. Kljub temu pa sodišča ne morejo namesto sodnega sveta presojati kvalitete kandidatov.⁴³ Na podlagi vseh teh okoliščin je sklenilo, da 6. člen EKČP ni bil kršen.

Bolgarska in slovenska ureditev sta si v marsičem zelo podobni, toda ne bi si upal staviti, da bi slovenska ureditev prestala strasbourški preizkus. Seveda bi bilo veliko odvisno od okoliščin konkretnega primera. Toda kljub vsemu bi bila na tnalu tudi normativna ureditev in ustaljena praksa sodišč ter sodnega sveta. K skepsi me napeljeta dva vidika, ki imata pomembno mesto v obrazložitvi sodišča. Prvič, ESČP je opozorilo, da se je sodna presoja odločitev sodnega sveta v Bolgariji zaostрила. Ob hkratnem upoštevanju, da kontrola v pritožničinem primeru ni odstopala od drugih primerov v tistem času,⁴⁴ lahko sklenemo, da je ESČP pravzaprav presojalo splošno bolgarsko ureditev, ki pa je bila naknadno izboljšana. To je vsekakor vplivalo na odločitev ESČP, sicer zaostritve sodne kontrole niti ne bi vključilo v obrazložitev. Obsodilna sodba ESČP torej ne bi v ničemer pripomogla k izboljšavi razmer v Bolgariji, pomenila bi le zadoščenje za pritožnico, kar pa je glede na

⁴¹ Prav tam, točka 98.

⁴² Prav tam, točka 103.

⁴³ Prav tam, točka 53.

⁴⁴ Prav tam, točka 99.

sistemske naravo vprašanj v igri manj pomembno. Poleg tega je zgoraj opisana zaostrena bolgarska presoja strožja od slovenske, saj mora upoštevati zakonske kriterije na podlagi objektivnih parametrov, kar mora izhajati tudi iz obrazložitve. Drugič, ESČP je zelo pomembno mesto v okviru procesnih garancij namenilo transparentnosti. Bolgarski postopek je precej preglednejši kot slovenski. Pri nas je sicer v uradnem listu objavljen razpis, iz dnevnega reda sej lahko razberemo, kdaj bodo potekali razgovori, iz zapisnika se je razvidno, koliko članov Sodnega sveta je izrazilo podporo izbranemu kandidatu, iz obrazložitve odločbe pa izhaja kratek opis postopka in kompetence izbranega kandidata. V Bolgariji je javno objavljen tudi seznam kandidatov in prepis zvočnega posnetka posvetovanja. Zlasti slednji je pomembna varovalka pred arbitrarnostjo, saj razprava članov sodnega sveta na očeh javnosti izključi oziroma vsaj pomembno zmanjša možnost odločanja po političnih preferencah in drugih nedopustnih merilih. Hkrati vsaj iz razprave članov sodnega sveta lahko ugotovimo, kateri razlogi so vodili sodni svet pri njegovi izbiri in zakaj je en kandidat dobil prednost pred drugim. Veljalo bi torej premisliti, da bi tudi pri nas izboljšali transparentnost izbirnih postopkov, če želimo preprečiti morebitno obsodbo pred ESČP.

Pravzaprav o tem razmišljamo že dolgo. Tudi zakonodaja se je spremenila prav iz tega razloga. Po priporočilih GRECO⁴⁵ je denimo marca 2015 Državni zbor sprejel novelo ZSS-M,⁴⁶ v kateri je ravno s ciljem transparentnejših postopkov uvedel številne spremembe izbirnega postopka.⁴⁷ Med drugim je določil tudi obveznost Sodnega sveta, da piše zapisnik o posvetovanju in glasovanju v vsaki fazi izbirnega postopka (šesti odstavek 18. člena ZSS).⁴⁸ Upravno sodišče je to določbo presojalo v kontekstu državnih tožilcev, za katere se določila ZSS uporabljajo smiselno⁴⁹ in glede katerih je po sprejemu ZSSve še ohranil pristojnost.⁵⁰ Zavzelo je stališče, da tako iz jezikovne razlage kot tudi iz namena zakonodajalca izhaja, da mora biti v zapisnik vključeno tudi posvetovanje vsaj v smislu navedbe prevladujočega razloga za končno odločitev, povzetega iz razprave, ne pa zgolj, kaj je bilo sklenjeno in delež glasov.⁵¹ Državnotožilski svet, ki posvetovanja v zapisnik ni vključil, se je skliceval na šesti odstavek 82. člena, ki določa tajnost zapisnika, in drugi odstavek 81. člena ZUP, ki opredeljuje obvezno vsebino zapisnika o posvetovanju in gla-

⁴⁵ GRECO (2012).

⁴⁶ Uradni list RS, št. 17/15.

⁴⁷ Predlog ZSS-M, EVA: 2013-2030-0110, str. 3–4.

⁴⁸ 6. člen ZSS-M.

⁴⁹ Po osmem odstavku 37. člena Zakona o državnem tožilstvu (ZDT-1, Uradni list RS, št. 58/11, 21/12 – ZDU-1F, 47/12, 15/13 – ZODPol, 47/13 – ZDU-1G, 48/13 – ZSKZDČEU-1, 19/15, 23/17 – ZSSve, 36/19, 139/20 in 54/21) se glede napredovanja državnih tožilcev, kriterijev za izbiro in napredovanje ter za ocenjevanje dela državnih tožilcev smiselno uporabljajo določbe zakona, ki ureja sodniško službo, če ZDT-1 ne določa drugače.

⁵⁰ Za odločanje o upravnih sporih zoper odločitev Sodnega sveta je od uveljavitve ZSSve pristojno Vrhovno sodišče.

⁵¹ Sodba Upravnega sodišča RS I U 564/2019-25 z dne 29. maja 2019, točka 158.

sovanju za upravne postopke.⁵² Kratko vsebina tega, kar je bilo sklenjeno, kar je ena od obveznih sestavin, je razumel zgolj kot informacijo o kočni odločitvi in o deležu glasov. Upravno sodišče je njegovo argumentacijo zavrnilo, saj je ZSS *lex posterior in lex specialis*, uporaba ZUP pa bi bila tudi ravno nasprotna namenu zakonodajalca, saj postopka ne bi naredila preglednejšega.⁵³ Med vrsticami Upravno sodišče pove, da zanj kratka vsebina tega, kar je bilo sklenjeno, pomeni vsaj prevladujoč razlog za odločitev.⁵⁴ Državnotožilski svet je tako kršil šesti odstavek 18. člena ZSS, toda v okoliščinah konkretnega primera to ni zadoščalo za ugoditev tožbi.⁵⁵

V zvezi z obravnavano zadevo je treba poudariti, da tretji odstavek 32. člena ZDT-1 Državnotožilskemu svetu nalaga, da v mnenju razvrsti kandidate po prednostnem vrstnem redu in to utemelji. Taka ureditev po mnenju Upravnega sodišča po naravi stvari zahteva primerjavo med kandidati.⁵⁶ Zadeva X Ips 333/2015 v delu, v katerem Vrhovno sodišče pravi, da obrazložitev Sodnega sveta ne vključuje primerjave, za državne tožilce torej ni uporabljiva.⁵⁷ Iz tega pa sledi zelo pomemben sklep: bolj kot je obrazložitev izbire skopa, večji je pomen zapisnika o posvetovanju. Zapisnik o posvetovanju je namreč ob odsotnosti obrazložitve, ki bi vključevala primerjavo, zelo pomemben za to, da se zagotovijo ustrezne procesne garancije, o katerih govori ESČP v zadevi *Tsanova-Gecheva*, v kateri je sodišče kot eno od pomembnih varovalk bolgarskega sistema navedlo prav prepis zvočnega posnetka posvetovanja. Ozko sodno varstvo zoper odločitve sodnega sveta je kot rečeno po EKČP dopustno ob zadostnih procesnih garancijah v postopku pred sodnim svetom. V skladu s tretjim in četrtem odstavkom 27. člena Poslovnika Sodnega sveta, zapisnik posvetovanja ne vsebuje, kar potrjuje tudi njegova praksa. Če se želimo

⁵² Podatki o osebni sestavi organa, zadeva, za katero gre, kratka vsebina tistega, kar je bilo sklenjeno, in morebitna posebna mnenja. Iz sodbe je mogoče razbrati, da za Upravno sodišče tudi »kratka vsebina tega, kar je bilo sklenjeno« iz drugega odstavka 81. člena ZUP pomeni več kot zgolj informacijo o sklenjeni odločitvi in deležu glasov.

⁵³ Sodba Upravnega sodišča RS I U 564/2019-25 z dne 29. maja 2019, točke 154–158.

⁵⁴ Prav tam, točka 158.

⁵⁵ Upravno sodišče je poudarilo, da tožnica v postopku pred vložitvijo tožbe ni vztrajala z uveljavljanjem neustreznosti zapisnika, zato jo je na podlagi tretjega odstavka 20. člena Zakona o upravnem sporu (ZUS-1, Uradni list RS, št. 105/06, 107/09 – odl. US, 62/10, 98/11 – odl. US, 109/12 in 10/17 – ZPP-E) zadela prekluzija. Kršitev ji je odvzela zgolj možnost preveriti, ali so se mnenja članov državnotožilskega sveta s posvetovanja udejanjila v obrazložitvi izbire. Sama obrazložitev izbire je bila sicer šibka, vendar ni bila očitno nerazumna, saj je upoštevala potrebe tožilstva, kar je vsekakor več kot samo razumen razlog, kakšnih indicev o odločanju na podlagi nedopustnih meril pa tožnica ni zatrjevala.

⁵⁶ Sodba Upravnega sodišča RS I U 564/2019-25 z dne 29. maja 2019, točka 135. Glej tudi sodbo Upravnega sodišča RS I U 1707/2016-18 z dne 24. januarja 2017, točka 18.

⁵⁷ To pomeni, da je varstvo pravice iz tretjega odstavka 49. člena Ustave vsaj glede na prakso Sodnega sveta in Vrhovnega sodišča za sodnike nižje kot za tožilce.

izogniti obsodbi pred ESČP zaradi kršitve 6. člena, je zato zelo pomembno, da začne Sodni svet spoštovati zakonodajo in pisati zapisnik o posvetovanju.

6. Dovolj ukoreninjeni v zakonu, ko trči islandski ciklon?

Pravica do poštenega sojenja iz 6. člena je relevantna ne samo zaradi zahteve po zadostnem obsegu sodne kontrole, ampak je nedavno dobila še en element, ki je ključen za obravnavano problematiko. V zadevi *Guðmundur Andri Ástráðsson proti Islandiji*⁵⁸ je veliki senat ESČP zahteval po sodišču, ustanovljenem z zakonom, dalo nov pomen. Razsodilo je, da je Islandija kršila 6. člen EKČP, ker je v postopku imenovanja sodnikov novoustanovljenega pritožbenega sodišča prišlo do kršitev nacionalnega prava. Pritožnik, ki mu je v prekrškovnem postopku sodila sodnica, v zvezi z imenovanjem katere so bila kršena islandska pravila, je pred strasbourškim sodiščem uspel. Njegova osebna zmaga je zanemarljiva glede na obsežne posledice, ki jih je prinesla sodba za postopke imenovanj sodnikov članic Sveta Evrope. Veliki senat je namreč v zahtevi po sodišču, ustanovljenem z zakonom, prepoznal samostojen element oziroma pravico znotraj 6. člena EKČP, ki je *sine qua non* pogoj za poštenost postopka. Pritožniku torej ni bilo treba izkazati, da je bil postopek zoper njega tudi v praksi nepošten zaradi sodelovanja sporne sodnice, ampak je bilo dovolj, da je izkazal kršitve nacionalnega prava pri njenem imenovanju.

Toda vsaka kršitev pravil imenovanja še ne pomeni kršitve 6. člena EKČP. ESČP je razvilo tristopenjski test. Kršitev mora biti najprej razpoznavna, v smislu da jo je mogoče objektivno in resnično identificirati, pri čemer sodišče to presojo prepušča nacionalnim sodiščem, razen če je kršitev očitna in bi torej odločitev nacionalnih sodišč, da kršitve ni, lahko šteli za arbitrarno oziroma očitno nerazumno. Pri tem je sodišče zelo jasno nakazalo, da lahko kršitev z zakonom ustanovljenega sodišča ugotovi celo v odsotnosti kršitve nacionalnega prava, saj lahko v določenih okoliščinah postopek imenovanja sodnika tudi ob spoštovanju nacionalnega prava vodi do rezultatov, ki so v nasprotju s predmetom in namenom pravice do z zakonom ustanovljenega sodišča, ki sta v zagotovitvi načel sodniške neodvisnosti, delitve oblasti in izvolitvi sodnikov na podlagi zaslug.⁵⁹ Tak sklep je logičen, saj bi sicer omogočal državam, da imajo z vidika sodniške neodvisnosti in načela delitve oblasti očitno neprimerno zakonodajo, toda sodišče kršitve ne bi moglo ugotoviti,

⁵⁸ Sodba velikega senata ESČP v zadevi *Guðmundur Andri Ástráðsson proti Islandiji*, št. 26374/18, z dne 1. decembra 2020.

⁵⁹ Prav tam, točki 244 in 245. Sodišče sprva navede dva cilja, ki jih zasleduje zahteva po sodišču, ustanovljenem na podlagi zakona: da organizacija sodstva ni odvisna od izvršilne veje, ampak jo določa zakon, ki ga sprejme parlament in da se ustrezno udejanjita načelo delitve oblasti in sodniške neodvisnosti (prav tam, točka 214). Nato pa v delu, kjer dodela splošna načela, osrednjo vlogo nameni zahtevi, da so sodniki izvoljeni na podlagi zaslug, ki se kažejo v njihovem (pravnem) znanju in moralni integriteti (prav tam, točka 220 in 226).

po drugi strani pa bi jo lahko, če bi država v postopku imenovanja kršila sicer zgledno urejen postopek imenovanja. S tem je sodišče sprva formalističen koncept napolnilo z vsebino, ustreznost pravil oblikovanja sodne veje oblasti, ki so bila tradicionalno v polju proste presoje držav članic, pa je podvrglo lastni presoji.

V drugem koraku ESČP preveri, ali je teža kršitve z vidika predmeta in namena zahteve po sodišču, ustanovljenem na podlagi zakona, zadostna. Tako po eni strani kršitve tehnične narave, ki nikakor ne vplivajo na legitimnost procesa izbire, ne zadoščajo, po drugi strani pa bodo praviloma upoštevne le kršitve temeljnih pravil postopka imenovanja, torej kršitve ki posegajo v jedro pravice do z zakonom ustanovljenega sodišča, in kršitve, ki ustvarjajo resnično tveganje, da bi druge veje oblasti, zlasti izvršilna, posegale v postopek imenovanja bolj, kot predvidevajo nacionalna pravila.⁶⁰ V tretjem koraku pa ESČP presoja, kako so se na kršitev odzvala nacionalna sodišča. Slednja so dolžna opraviti presojo kršitve v skladu s prakso ESČP,⁶¹ torej zlasti z zahtevami zadeve *Ástráðsson*, pa tudi zadeve *Xero Flor*,⁶² *Reczkowicz*⁶³ ter *Dolińska-Ficek in Ozimek*,⁶⁴ v katerih je uporabili standarde iz že omenjenega vodilnega primera.

Dejstvo, da Sodni svet ne piše zapisnika o posvetovanju in s tem krši šesti odstavek 18. člena ZSS, je torej problematično tudi z vidika zahteve, da je sodišče ustanovljeno z zakonom. Sicer je vprašljivo, če je teža kršitve zadostna (drugi korak testa),⁶⁵ toda po drugi strani lahko z gotovostjo trdimo, da ne gre zgolj za tehnično pravilo, ki ne vpliva na legitimnost izbirnega postopka. Nasprotno, ob odsotnosti prave obrazložitve lahko

⁶⁰ Prav tam, točki 246–247.

⁶¹ Prav tam, 251.

⁶² Sodba ESČP v zadevi *Xero Flor w Polsce sp. z o.o. proti Poljski*, št. 4907/18, z dne 7. maja 2021. Gre za prvi primer po zadevi *Ástráðsson*, v katerem je ESČP uporabilo tristopenjski test. Ugotovilo je, da poljsko ustavno sodišče ni ustanovljeno na podlagi zakona, kadar odločajo trije »sodniki«, ki so bili imenovani v nasprotju s poljsko ustavo.

⁶³ Sodba ESČP v zadevi *Reczkowicz proti Poljski*, št. 43447/19, z dne 22. julija 2021.

⁶⁴ Sodba ESČP v združenih zadevah *Dolińska-Ficek in Ozimek proti Poljski*, št. 49868/19 in 57511/19, z dne 8. novembra 2021.

⁶⁵ V sodbi Sodišča EU, združene zadeve C-542/18 RX-II in C-543/18/RX-II, *Simpson in HG*, 26. marec 2020, je veliki senat presojal, ali je kršitev pravil o imenovanju članov Sodišča za uslužbenca EU povzročila kršitev 47. člena Listine EU o temeljnih pravicah. V postopku imenovanja sta bili najprej razpisani dve sodniški mesti, za kateri je izbirni odbor naredil seznam šestih kandidatov, vendar Svet sprva ni izbral nobenega. Nato se je sprostilo še eno sodniško mesto. Nov razpis ni bil objavljen, ampak so bili na tri mesta imenovani kandidati s seznama, oblikovanega na podlagi predhodnega razpisa (glej točke 13–17). Splošno sodišče je štelo, da je bila zaradi sodelovanja sodnika, ki je bil imenovan po takem nezakonitem postopku, pritožniku kršena pravica do sodnega varstva iz 47. člena Listine v postopku (Splošno sodišče, zadeva T-639/16 P *FV proti Svetu* z dne 23. januarja 2018). Veliki senat se je strinjal, da je do kršitve prišlo, vendar je ni štel za dovolj hudo, da bi lahko vzbudila resen dvom v neodvisnost in nepristranskost sodišča (sodba Sodišča EU v združenih zadevah C-542/18 RX-II in C-543/18/RX-II *Simpson in HG* z dne 26. marca 2020, točki 75 in 79).

šele na podlagi zapisnika o posvetovanju ugotovimo, kateri razlogi so dejansko vodili Sodni svet pri izbiri, zato bi ga lahko šteli tudi za temeljno pravilo izbirnega postopka. Kot je v zadevi *Ástráðsson* ugotovilo tudi ESČP, pomanjkanje primerjave med kandidati in negotovost glede razlogov za odločitev lahko vzbujata dvom v objektivnost izbirnega postopka.⁶⁶ Trenutno brez zapisnika o posvetovanju ne moremo vedeti, da je bil kandidat izbran na podlagi svojih odlik, kar pa je glede na zadevo *Ástráðsson* zahteva, ki je neločljivo povezana s pojmom sodišča v smislu 6. člena EKČP in je ključna za zaupanje javnosti v sodstvo ter za osebno neodvisnost sodnikov.⁶⁷

Ne glede na to, kaj bi v končni fazi ESČP ugotovilo glede teže kršitve, pa iz zadeve *Ástráðsson* lahko izpeljemo naravnost strašljivo ugotovitev: zaradi sistemske narave kršitve šestega odstavka 18. člena ZSS so z vidika 6. člena EKČP potencialno vprašljivi vsi postopki, v katerih sodelujejo sodniki, ki so bili izvoljeni po uveljavitvi novele ZSS-M.⁶⁸ To pomeni, da bi na zahtevo stranke, oziroma celo brez nje,⁶⁹ v kateremkoli postopku, v katerem sodeluje sodnik, ki je bil izvoljen po uveljavitvi novele ZSS-M, sodišča morala opraviti presojo skladnosti s pravico do z zakonom ustanovljenega sodišča.⁷⁰ Tudi zato, da se vsaj deloma izognemo tem argumentom, ki bi sodiščem naložila dodatno breme, je torej nujno, da Sodni svet začne pisati zapisnik o posvetovanju.

⁶⁶ Sodba velikega senata ESČP v zadevi *Guðmundur Andri Ástráðsson proti Islandiji*, št. 26374/18, z dne 1. decembra 2020, točki 264 in 265.

⁶⁷ Prav tam, točka 220. Kot prizna ESČP v točki 222 zadeve *Ástráðsson*, vprašanje zaslug za konkreten primer sploh ni bilo relevantno. Ne glede na to, pa ESČP »poudar[i] poglobljen pomen [*paramount importance*] strogega [*rigorous*] postopka imenovanja rednih sodnikov, da se zagotovi, da so na sodniška mesta imenovani najbolj usposobljeni kandidati«, kar daje zgornjemu zaključku sodišča še toliko večjo težo. Poleg tega pomembnost meritokratske izbire sodnikov sodišče postavi na sam začetek dela sodbe, kjer nadgrajuje temeljna načela, ki vodijo njegovo presojo skladnosti s pravico do z zakonom ustanovljenega sodišča, kar je še en vidik, s katerim sodišče zaslugam pri izbiri rednih sodnikov daje posebej pomembno mesto.

⁶⁸ ESČP v točki 252 zadeve *Ástráðsson* sicer jasno nakaže, da s potekom časa pravna varnost postaja čedalje pomembnejša, kar mora nacionalno sodišče upoštevati pri tehtanju s pravico do z zakonom ustanovljenega sodišča. Toda ESČP ne postavi meje, kdaj pravna varnost prevlada, ampak oceno prepušča nacionalnim sodiščem.

⁶⁹ V že omenjenih združenih zadevah C-542/18 RX-II in C-543/18/RX-II *Simpson in HG* stranki sploh nista uveljavljali kršitev pravil o imenovanju sodnikov, vendar jih je po uradni dolžnosti z vidika zahtev 47. člena presodil odločujoči senat Sodišča EU. Veliki senat je odločil, da je senat ravnal pravilno in da gre celo za obveznost vseh sodišč, ki je utemeljena v zaupanju javnosti v delovanje sodstva v demokratični družbi (sodba Sodišča EU v združenih zadevah C-542/18 RX-II in C-543/18/RX-II *Simpson in HG* z dne 26. marca 2020, točke 53–58).

⁷⁰ Sicer bi to zagato lahko rešilo Vrhovno sodišče, ki bi bodisi ugotovilo, da ne gre za hujšo kršitev v smislu zadeve *Ástráðsson*, bodisi bi besedo posvetovanje interpretiralo drugače kot upravno sodišče v smislu pomena iz drugega odstavka 81. člena ZUP. Toda do odločitve Vrhovnega sodišča bi negotovost s tem pa obveznost sodišč, da se z njo soočijo, ostala, tudi po njej pa tveganje obsodbe pred ESČP ne bi prenehalo.

7. Slovenska ureditev z vidika standardov Evropske unije

Tudi Sodišče EU je pred kratkim posvojilo pristop iz zadeve *Ástráðsson*. V združenih zadevah C-542/18 RX-II in C-543/18/RX-II *Simpson in HG*⁷¹ je potrdilo, da 47. člen Listine vsebuje novi element pravice do z zakonom ustanovljenega sodišča, pri čemer se je sklicevalo na tretji odstavek 52. člena Listine in odločitev (malega) senata ESČP v zadevi *Ástráðsson*.⁷² Sodišče EU je s tem dopolnilo arzenal argumentov za boj proti razkroju vladavine prava, ki ga je v zadevah C-791/19 *Komisija proti Poljski* z dne 15. julija 2021 in C-487/19 *W. Ż.* z dne 6. oktobra 2021 tudi že uporabilo.

Že pred tem, natančneje v letu 2018, je Sodišče EU s sodbo v zadevi *Associação Sindical dos Juizes Portugueses*⁷³ naredilo prvi korak v to smer. Presoja skladnosti ureditve sodnih sistemov držav članic je podredilo drugemu pododstavku prvega odstavka 19. člena Pogodbe o evropski uniji (PEU),⁷⁴ ki državam članicam nalaga, da na področjih, ki jih pokriva pravo EU,⁷⁵ zagotovijo učinkovito sodno varstvo, kar vključuje tudi zahtevo po neodvisnih sodiščih, ki so garant učinkovitosti prava EU v decentralizirani sodni funkciji EU. Države članice sicer ostajajo svobodne pri urejanju svojih (pravo)sodnih sistemov, toda zadostiti morajo standardu neodvisnosti sodstva, kot ga je razvilo (in ga še vedno pospešeno razvija) Sodišče EU.

Standard na področju imenovanj sodnikov je zelo nedoločen. Sodišče EU pravi, da:

»morajo biti vsebinski pogoji in procesna pravila, ki urejajo imenovanje sodnikov taka, da odpravijo vsak razumen dvom posameznikov glede odpornosti sodnikov na zunanje dejavnike in glede nevtralnosti do interesov pred njimi,«

pri čemer morajo biti te pogoji in procesna pravila:

»izključ[evati] ne zgolj vsakršne neposredne vplive v obliki navodil, ampak tudi oblike bolj posrednega vplivanja, ki lahko usmerjajo odločitve zadevnih sodnikov.«⁷⁶

Sodišče EU specifično nacionalno ureditev presoja z vidika teh abstraktnih standardov. Doslej se je največkrat ukvarjalo s katastrofalno slabo poljsko ureditvijo, zato iz

⁷¹ Sodba Sodišča EU v združenih zadevah C-542/18 RX-II in C-543/18/RX-II *Simpson in HG* z dne 26. marca 2020.

⁷² Sodba ESČP v zadevi *Guðmundur Andri Ástráðsson proti Islandiji*, št. 26374/18, z dne 12. marca 2019.

⁷³ Sodba Sodišča EU v zadevi C-64/16 *Associação Sindical dos Juizes Portugueses* z dne 27. februarja 2018.

⁷⁴ Pogodba o evropski uniji, URADNI LIST EU C 326.

⁷⁵ Ker se sodišča pri svojem odločanju prej ali slej srečajo s pravom EU, mora biti sodni sistem organiziran tako, da je evropskemu standardu neodvisnosti zadoščeno, tudi ko gre za popolnoma nacionalne situacije, ki s pravom EU niso povezane.

⁷⁶ Sodbi Sodišča EU v zadevah C-824/18 *A. B. in drugi proti Krajowa Rada Sądownictwa* z dne 2. marca 2021, točki 123 in 119; ter C-585/18, C-624/18 in C-625/18 *A. K. proti Krajowa Rada Sądownictwa in CP in DO proti Sąd Najwyższy* z dne 19. novembra 2019, točke 125, 134 in 135.

odločitev v teh primerih težko ugotovimo, kako stroga so v resnici merila Sodišča EU. Ne glede na to lahko s pomočjo poljskih primerov sklepamo vsaj o tem, kateri elementi so pomembni z vidika sodniške neodvisnosti po luksemburško. Mednje spadata tudi ustrezna obrazložitev odločitve o izbiri⁷⁷ in sodno varstvo zoper to odločitev.⁷⁸

Nedavno je Sodišče EU prvič presojalo romunsko spodkopavanje pravosodja, pri čemer je moralo odločiti o pravni naravi Mehanizma za sodelovanje in preverjanje (MSP). Gre za pravno-politični instrument, ki ga je vzpostavila Komisija na podlagi 37. in 38. člena Akta o pogojih pristopa Bolgarije in Romunije k EU⁷⁹ v obliki Odločb 2006/929/ES in 2006/928/ES z dne 13. decembra 2006.⁸⁰ Določena so bila merila s področja reform pravosodja ter boja proti korupciji in organiziranemu kriminalu, ki jih morata državi doseči. Taka posebna ureditev je omenjenima državama omogočila hitrejše članstvo, EU pa je ohranila nadzor nad napredkom tudi po pristopu. Komisija tako enkrat letno objavi poročilo, v katerem oceni napredek in predlaga ukrepe.

Sodišče EU je v zadevi *Asociația Forumul Judecătorilor din România*⁸¹ odločilo, da je odločba 2006/928/ES, vključno z merili iz priloge, v celoti zavezujoča. Namen zavezujočih meril je zagotoviti spoštovanje vladavine prava iz 2. člena PEU, Romunija pa je dolžna za dosego meril sprejeti ustrezne ukrepe, pri čemer mora v skladu z načelom lojalnega sodelovanja iz tretjega odstavka 4. člena PEU upoštevati poročila Komisije, zlasti priporočila.⁸² Kot razlagata Kochenow in Dimitrovs, pri MSP ne gre za nek poseben standard, ki bi se uporabljal zgolj za Romunijo in Bolgarijo, saj bi bilo to v nasprotju z načelom enake obravnave držav članic, ampak zgolj za izraz načel vladavine prava in

⁷⁷ V zadevi C-619/18 *Komisija proti Poljski* z dne 24. junija 2019 je kot eno od pomanjkljivosti poljske ureditve podaljšanja sodne funkcije po dopolnitvi upokojitvene starosti prepoznalo tudi dejstvo, da poljski sodni svet svojih predlogov za podaljšanje sodne funkcije ne argumentira (točke 114–117). Tudi v združenih zadevah C-748/19 do C-754/19 *W. B. in ostali* z dne 16. novembra je Sodišče EU v 79. točki poudarilo, da je obrazložitev odločitve o začasnem preestitvi oziroma prenehanju preemistive nujna, da se izognemo arbitrarnosti in manipulaciji. Enako stališče je zastopal tudi generalni pravobranilec v svojem mnenju. Po njegovem naj bi bilo zaradi nadzora nujno, da se vsaj z minimalno jasnostjo obrazloži, zakaj in kako je prišlo do odločitve (mnenje generalnega pravobranilca Michala Bobeka v združenih zadevah C-748/19 do C-754/19 z dne 20. maja 2021, točka 182).

⁷⁸ V zadevah *A. K.* (točka 145) in *A. B.* (točka 128) je Sodišče EU ugotovilo, da glede na nemožnost izpodbijanja odločitve poljskega predsednika republike o imenovanju vrhovnih sodnikov, mora biti zagotovljeno sodno varstvo zoper predlog sodnega sveta, kjer sodišče presoja najmanj napačno uporabo prava, očitno napako pri ugotavljanju dejstev in morebitno *ultra vires* odločanje oziroma neprimerno izvajanje oblasti (angl. *improper exercise of authority*).

⁷⁹ Akt o pogojih pristopa Republike Bolgarije in Romunije in prilagoditvah pogodb, na katerih temelji Evropska unija, Uradni list EU L 157/203.

⁸⁰ Evropska komisija, 2006.

⁸¹ Sodba Sodišča EU v združenih zadevah C-83-19, C-127/19, C-195/19, C-291/19, C-355/19 in C-397/19 *Asociația Forumul Judecătorilor din România* z dne 18. maja 2021.

⁸² Prav tam, točka 2 izreka.

učinkovitega sodnega varstva iz 2. člena in prvega odstavka 19. člena PEU ter načela nezadovoljanja iz zadeve *Republika*.^{83, 84} To potrjuje tudi dejstvo, da se Sodišče EU na MSP kot standard, ki ga romunska ureditev krši, sklicuje le v povezavi s temi načeli. Iz tega pa nujno sledi, da je MSP instrument, ki služi doseganju standardov, ki veljajo za vse države članice. Na MSP in priporočila tako lahko gledamo kot na pomagalo pri ocenjevanju nacionalnih ureditev z vidika standardov EU.⁸⁵

Slednje je za obravnavano problematiko pomembno, ker je Evropska komisija v okviru MPS v poročilu COM (2012) 411 z dne 18. julija 2012 Bolgarski sistem napredovanja in imenovanj v pravosodju odločno kritizirala kot neustrezen. Očitala je, da:

»ocenjevanja, napredovanja in imenovanja v pravosodju še niso pregledna in ne upoštevajo ciljev in meril, ki temeljijo na zaslugah.«

Navedla je, da:

»številna ključna imenovanja sodnikov s strani parlamenta in vrhovnega sodnega sveta niso bila dovolj pregledna in objektivna ter da so jih zaznamovale obtožbe o političnem vplivu«

in da:

»Bolgarija tudi ni bila sposobna ustrezno uvesti integritete v sistem sodnih napredovanj in ocen.«

Zato je Komisija predlagala, da Bolgarija:

»[zagotovi] da so pri ocenjevanjih, napredovanjih, imenovanjih in disciplinskih odločitvah pravosodja najpomembnejša merila preglednost, objektivnost in integriteta.«

Ureditev, ki je iz Strasbourga za las odnesla celo kožo v zadevi *Tsanova-Getcheva*, na katero se opira zadeva X Ips 333/2015, že večkrat omenjeni vodilni primer Vrhovnega sodišča RS, očitno ne dosega standardov prava EU. Ne pozabimo, gre za ureditev, ki je celo bolj transparentna kot slovenska. Čeprav se MPS ne nanaša na Slovenijo, je še kako relevanten pokazatelj standardov, ki jih zahtevata zlasti 2. člen in prvi odstavek 19. člena PEU, zato je treba kritiko bolgarskega sistema razumeti hkrati tudi kot kritiko slovenskega.

Poleg tega na ravni EU od leta 2020 obstaja zelo primerljiv instrument, ki neposredno zadeva vse države članice, torej tudi Slovenijo – Poročilo o stanju vladavine prava. Podobna vsebina in namen, obstoj podlage v temeljnih pogodbah in načelo enake obravnave držav članic so dovolj, da lahko sklenemo, da, tako kot sta v okviru MPS Bolgarija in Romunija zaradi spoštovanja vladavine prava, zlasti 2. člena in prvega odstavka 19. člena PEU, v skladu z načelom lojalnega sodelovanja dolžni upoštevati poročila Komisije, so

⁸³ Sodba Sodišča EU v zadevi C-896/19 *Republika proti Il-Prim Ministru* z dne 20. aprila 2021, točka 63.

⁸⁴ Dimitrovs in Kochenow, 2021, str. 7–8.

⁸⁵ Prav tam.

po isti logiki tudi preostale države članice dolžne upoštevati poročilo o vladavini prava.⁸⁶ In kaj pravi slednje za Slovenijo? Da so odločitve Sodnega sveta premalo obrazložene.

8. Sklep: Od slepega k pravemu zaupanju

Zadeva X Ips 333/2015 temelji na slepem zaupanju Sodnemu svetu, da upošteva objektivne kriterije in izbira dobre kandidate. Afere iz tujine kažejo, da sodni sveti niso imuni na raznorazne pritiske in interese.⁸⁷ Zato morajo nacionalna pravila zagotoviti, da se nedopustni kriteriji izbire kar najbolj izključijo. Ključen korak v to smer bi bila bolj poglobljena obrazložitev. Tudi pisanje zapisnika o posvetovanju bi povečalo transparentnost, s tem pa zmanjšalo možnosti arbitrarnega odločanja. Kot je bilo predstavljeno v tem prispevku, oboje zahtevajo evropski standardi, ki niso zgolj priporočila, ampak zavezujoče pravo.

Poleg evropskih zahtev tudi slovenske izkušnje kažejo, da je v izbirnih postopkih vse preveč skrivnosti, ugibanj in namigovanj, ki negativno vplivajo na zaupanje, ki ga sodstvo uživa tako v splošni kot tudi v strokovni javnosti. Ne gre zgolj za pavšalno kritikantstvo, ampak pogosto žal za utemeljene pomisleke. V ločenem mnenju k že omenjeni zadevi Up-757/19 je sodnica Mežnar denimo opozorila na empirično analizo, ki je pokazala, da je v letih od 2010 do 2020 prav vsak na novo izvoljeni sodnik Vrhovnega sodišča dobil podporo oddelka, na katerega je bil kasneje tudi imenovan.⁸⁸ Ob netransparentnem postopku so razumljiva ugibanja, ali ni morebiti za vrhovnega sodnika lahko izbran le tisti, ki je iz takih ali drugačnih razlogov vseh večini svojih bodočih sodelavcev. Bi lahko trdili, da te za vrhovnega sodnika ne predlaga Sodni svet, ampak te povabijo vrhovni sodniki? Taka praksa hočeš nočeš upravičuje kontroverzno tezo o sodni oligarhiji. Da bi zgradili zaupanje v sodstvo, ki je ključno za njegovo delovanje v demokratični družbi, moramo na izbirni postopek gledati širše kot zgolj na tekmovanje, ki zadeva le prijavljene.⁸⁹ Najnovejša praksa Vrhovnega sodišča v zadevah, omenjenih v 4. razdelku tega prispevka,

⁸⁶ Prav tam. Do takega zaključka Sodišče EU še ni prišlo. Toda od odločitve v zadevi *Asociația Forumul Judecătorilor din România*, ki je poročilom v okviru MPS s pomočjo načela lojalnega sodelovanja dalo posebno težo, do odločitve, ki bi tak pomen podelilo tudi poročilom v okviru ocenjevanja stanja vladavine prava, je le majhen korak.

⁸⁷ Na Slovaškem je denimo nekdanji pravosodni minister in predsednik Vrhovnega sodišča Štefan Harabin ugrabil slovaški sodni svet (Kosař, 2016, str. 393.) V maju 2019 je v Italiji izbruhnila afera Palamaragate, ki je razkrila obširno prakso klientelizma znotraj italijanskega Vrhovnega pravosodnega sveta.

⁸⁸ Pritrdilno ločeno mnenje sodnice dr. Špelce Mežnar k odločbi Up-757/19 z dne 20. februarja 2020, ki se mu pridružuje sodnik dr. Rok Čeferin, 10. marec 2020, točke 12–20.

⁸⁹ Sodba velikega senata ESČP v zadevi *Guðmundur Andri Ástráðsson proti Islandiji*, št. 26374/18, z dne 1. decembra 2020, točka 283; sodba Sodišča EU v združenih zadevah C-542/18 RX-II in C-543/18/RX-II *Simpson in HG* z dne 26. marca 2020, točke 53–58.

je korak v pravo smer, ki pa mu bodo morali slediti še nadaljnji koraki, če želimo priti do korenitejših sprememb.

V zadnjem času so čedalje pogostejše tudi zavrnitve predlaganih kandidatov v Državnem zboru.⁹⁰ Kritika poslancev je na mestu, vendar je prav neobrazloženost predlogov Sodnega sveta zanje pravzaprav dober alibi. Prav v zagotavljanju spoštovanja prava v preglednem in na objektivnih merilih temelječem izbirnem postopku sam vidim vlogo Državnega zbora, saj pri ocenjevanju primernosti kandidatov in dela sodnikov, zlasti po posameznih odločitvah, zaradi sodniške neodvisnosti nima kaj iskati. Neobrazložena odločitev pa, kot ugotavlja tudi ESČP v zadevi *Ástráðsson*, parlamentu odvzema vsakršno funkcijo v postopku imenovanja sodnikov.⁹¹

Navsezadnje smo preglednejši in objektivnejši postopek izbire ter napredovanja sodnikov dolžni sodnikom samim. Številni postopki, v katerih izpodbijajo izbiro Sodnega sveta, in že omenjena statistika, potrjujeta, da marsikateri sodnik ne verjame, da bodo njegovo delo, znanje in sposobnosti pred Sodnim svetom odločilni. Zakaj bi se potem trudil? *Justice must be seen to be done* – to sodniki še posebej dobro vedo!

Literatura

Akt o pogojih pristopa Republike Bolgarije in Romunije in prilagoditvah pogodb, na katerih temelji Evropska unija, Uradni list EU, L 157/203.

Dimitrovs, A. in Kochenow, D. (2021) 'Of Jupiters and Bulls: the Cooperation and Verification Mechanism as a redundant special regime of the rule of law', v: *EU law live weekend edition*, št. 61, junij, str. 2–8.

⁹⁰ V letu 2015 je Državni zbor zavrnil kandidatko za višjo sodnico, odvetnico Anito Dolinšek. Zdi se, da poslancev ni motilo le njeno sodelovanje z nekdanjim direktorjem Termoelektrarne Šoštanj, ampak tudi to, da je bila odločitev Sodnega sveta slabo obrazložena, kar je ugotovilo tudi Upravno sodišče v zadevi IV U 88/2014 z dne 18. junija 2014. Zlasti Sodni svet ni pojasnil, zakaj je pred kratkim zavrnil kandidaturo odvetnice za mesto okrožne sodnice, saj ji je manjkalo izkušenj z delom na krajnem sodišču, tokrat pa ga to ni motilo (odločbi Sodnega sveta, št. 2/14-21 in 1/14-3). Leta 2016 je zavrnil kandidata za vrhovnega sodnika Aleksandra Karakaša, ki je nato pred Ustavnim sodiščem neuspešno izpodbijal ureditev, ki pristojnost imenovanja vrhovnih sodnikov podeljuje Državnemu zboru (U-I-225/16 z dne 6. december 2017). V letu 2020 je sprva neuspeh doživel Primož Gorkič, vendar je bil v drugem poskusu vendarle potrjen. Julija 2021 so poslanci vnovič zavrnil Aleksandra Karakaša, parlamentarnega sita pa ni prestala niti Stanka Živič. Zaskrbljujoče je, da je v zadnjih štirih primerih zavrnitev kandidature najbrž povezana z vlogo kandidatov v posameznih sodnih primerih in ne z neustreznostjo izbirnega postopka. Preostale zavrnitve se nanašajo na kandidate za ustavne sodnike in sodnike mednarodnih sodišč, kar presega temo te razprave.

⁹¹ Sodba velikega senata ESČP v zadevi *Guðmundur Andri Ástráðsson proti Islandiji*, št. 26374/18, z dne 1. decembra 2020, točka 269.

- Evropska komisija (2020) Poročilo o stanju pravne države za leto 2020: Poglavje o stanju pravne države v Sloveniji, SWD(2020) 323 final, Bruselj, 30. september.
- Evropska komisija (2012) Poročilo Komisije Evropskemu parlamentu in Svetu o napredku Bolgarije v okviru mehanizma za sodelovanje in preverjanje, COM(2012) 411 final, Bruselj, 18. julij.
- Evropska mreža sodnih svetov (2019) Independence and Accountability of the Judiciary, ENCJ Survey on the independence of Judges 2019, URL: <https://pgwrk-websitemedia.s3.eu-west-1.amazonaws.com/production/pwk-web-encj2017-p/Projects/ENCJ%202019%20Survey%20on%20the%20Independence%20of%20judges.pdf> (4. junij 2021).
- Evropska mreža sodnih svetov (2014–2015) Independence and Accountability of the Judiciary and of the Prosecution, ENCJ Report 2014-2015, URL: https://www.encj.eu/images/stories/pdf/workinggroups/independence/encj_report_independence_accountability_2014_2015_adopted_ga_corr_2016.pdf (4. junij 2021).
- GRECO (2012) Fourth evaluation round, Preprečevanje korupcije pri poslancih, sodnikih in tožilcih, Poročilo o Republiki Sloveniji, Greco Eval IV Rep (2012) 1 SLO, Strasbourg, 19. oktober.
- Kosař, D. (2016) *Perils of Judicial Self Government in Transitional Societies*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Krampuš, K. (2016) *Izbirni postopki za zasedbo sodniških mest v sodstvu*, magistrsko delo, Ljubljana: Fakulteta za upravo Univerze v Ljubljani.
- Novak, M. (2015) 'Ustavna avantura Upravnega sodišča', v: *Delo*, 31. januar, URL: <https://www.delo.si/mnenja/gostujoce-pero/ustavna-avantura-upravnega-sodisca.html> (4. junij 2021).
- Vukelić, M. (2015) 'Sodni svet bo moral skrbneje voditi izbirne postopke', v: *Delo*, 16. januar, URL: <https://www.delo.si/novice/slovenija/sodni-svet-bo-moral-skrbneje-voditi-izbirne-postopke.html> (4. junij 2021).
- Zalar, Boštjan (2019) '(Ne)moč argumenta človekovih pravic v sodnih postopkih', v: *Odvetnik*, št. 3, str. 12–17.

Špela Lovšin* in Katja Štemberger**

Posledice neudeležbe strank na glavni obravnavi v upravnem sporu

1. Uvod

Pravica do sojenja v navzočnosti je eno temeljnih ustavnih procesnih jamstev, varovanih v okviru 22. člena¹ Ustave Republike Slovenije (Ustava),² ter sestavni del pravice do poštenega sojenja, ki jo zagotavlja 6. člen Evropske konvencije o človekovih pravicah (EKČP).³ (Tudi) v upravnem sporu se udejanja z izvedbo javne glavne obravnave, na kateri ima stranka možnost izjaviti se o vseh dejanskih in pravnih vidikih spora, s čimer se zagotavlja enakopraven procesni položaj strank, ki se srečata pred sodnikom.⁴ Vendar pa pravica do osebne navzočnosti in sodelovanja na glavni obravnavi ni tudi dolžnost stranke. Zato zoper stranko ni mogoče uporabiti nobenih prisilnih ukrepov za zagotovitev njene navzočnosti, če na glavno obravnavo ne pride.⁵ Kljub temu pa pravila postopka za primer nenavzočnosti strank predpisujejo določene pravne posledice. Te so v upravnem sporu urejene precej skopo, posledično pa se sodniki v praksi pogosto znajdejo pred dilemo, kako v primeru nenavzočnosti strank ravnati. K temu pripomore tudi čedalje bolj

* Magistrica prava, sodniška pripravnica pri Višjem sodišču v Ljubljani, asistentka in doktorska kandidatka na Pravni fakulteti Univerze v Ljubljani, elektronski naslov: spela.lovšin@pf.uni-lj.si.

** Magistrica prava, asistentka in doktorska kandidatka na Pravni fakulteti Univerze v Ljubljani, elektronski naslov: katja.stemberger@pf.uni-lj.si.

¹ Pravica do sojenja v navzočnosti je varovana v okviru pravice do izjave, ki je sestavi del pravice do enakega varstva pravic.

² Uradni list RS, št. 33/91-I in nasl.

³ Uradni list RS, št. 33/94.

⁴ Prim. sklep Vrhovnega sodišča RS X Ips 22/2020 z dne 26. avgusta 2020.

⁵ Glej Žuber v Žuber (ur.), 2020, str. 28.

poudarjen pomen pravice do glavne obravnave v upravnem sporu, od katere je mogoče odstopiti zgolj izjemoma in pod omejenimi pogoji.

Namen tega prispevka je predstaviti odprta vprašanja glede pravnih posledice neudeležbe strank na glavni obravnavi v upravnem sporu in podati predloge za ureditev tega instituta *de lege ferenda*. V prvem delu prispevek obravnava vsebino pravice do glavne obravnave v upravnem sporu, posledice neudeležbe strank na glavni obravnavi v upravnem sporu v hrvaškem, avstrijskem in nemškem pravu ter ureditev tega vprašanja v Zakonu o pravnem postopku (ZPP).⁶ Drugi, osrednji del prispevka, pa se osredinja na posledice neudeležbe strank na glavni obravnavi v upravnem sporu v skladu s trenutno ureditvijo ter predlogom Zakona o spremembah in dopolnitvah Zakona o upravnem sporu (ZUS-1C),⁷ glede katerega meniva, da omenjene problematike ne obravnava celovito. Prispevek skleneva s predlogi rešitev.

2. Vsebina pravice do glavne obravnave v upravnem sporu

Zakon o upravnem sporu (ZUS-1)⁸ v prvem odstavku 51. člena določa, da sodišče na prvi stopnji v upravnem sporu odloča po prej opravljeni glavni obravnavi, v izjemnih, zakonsko določenih primerih, pa lahko odloča tudi brez glavne obravnave (sojenje na seji). Zakonska ureditev tako kot pravilo določa sojenje na glavni obravnavi, čeprav je bilo do nedavnega v sodni praksi ravno obratno⁹ in je sodišče praviloma odločalo na seji. K temu je precej pripomoglo razumevanje glavne obravnave zgolj kot sredstva za izvajanje dokazov¹⁰ (prim. drugi odstavek 51. člena ZUS-1) in ne kot pravice posameznika. Na pomen glavne obravnave v upravnem sporu kot samostojne človekove pravice sta s svojimi stališči v novejši sodni praksi začeli opozarjati Ustavno sodišče Republike Slovenije¹¹ in pozneje še Vrhovno sodišče Republike Slovenije,¹² pomembno vlogo pri

⁶ Uradni list RS, št. 26/99 in nasl.

⁷ Predlog Zakona o spremembah in dopolnitvah Zakona o upravnem sporu, delovno gradivo z dne 9. marca 2021.

⁸ Uradni list RS, št. 105/06 in nasl.

⁹ O tem glej Žuber v Kambič in Škrubej (ur.), 2019, str. 487 in 489; ter Žuber, 2019, str. 60.

¹⁰ Odločba Ustavnega sodišča RS Up-1055/05 z dne 19. januarja 2006. O tem tudi Žuber v: Žuber (ur.), 2020, str. 22.

¹¹ Glej denimo odločbe Ustavnega sodišča RS Up-135/19, U-I-37/19 z dne 5. junija 2019, Up-1135/17 z dne 21. novembra 2019, Up-582/17 z dne 21. novembra 2019 in Up-360/16-22 z dne 18. junija 2020.

¹² Glej denimo sklepa Vrhovnega sodišča RS X Ips 15/2019 z dne 5. avgusta 2019 in X Ips 22/2020 z dne 26. avgusta 2020.

razumevanju pomena glavne obravnave v upravnem sporu pa je imelo tudi Evropsko sodišče za človekove pravice (ESČP).¹³

Tudi v upravnem sporu je tako glavna obravnava osrednje procesno dejanje v postopku, njen namen in smisel pa je enak kot pred katerikoli drugim sodiščem:¹⁴ tj. obravnavati in razrešiti, kar je med strankama spornega v neposrednem in javnem postopku pred Upravnim sodiščem.¹⁵ Sodnik lahko namreč prosto presoja vrednost posameznih navedb, trditvev in dokazov praviloma le tedaj, če sam neposredno od stranke postopka sprejema navedbe in trditve ter s svojimi čutili zazna lastnosti in naravo dokaznih sredstev ter vsebino dokazov.¹⁶ Zato mora biti vsako odstopanje od izvedbe glavne obravnave v upravnem sporu predmet izrecne ustavnoskladne zakonske ureditve ter kot izjema tudi restriktivno razlagana v sodni praksi.¹⁷ Poleg tega mora sodišče razloge za odločanje na seji v obrazložitvi sodbe jasno, argumentirano in nedvoumno pojasniti.¹⁸

Izjeme od sojenja na glavni obravnavi so določene v ZUS-1 in ZPP, ki se v upravnem sporu uporablja subsidiarno.¹⁹ V skladu s prvim odstavkom 59. člena ZUS-1 lahko sodišče odloči brez glavne obravnave, če dejansko stanje, ki je bilo podlaga za izdajo upravnega akta, med tožnikom in tožencem ni sporno. V takem primeru bo namreč sodišče odločalo samo o spornih pravnih vprašanjih,²⁰ zaradi česar izvedba glavne obravnave praviloma ni potrebna in bi podaljševala postopek, saj je sodišče edino, ki v skladu z načelom *iura novit curia* razlaga pravo.²¹ Vendar pa je treba v posameznih primerih zaradi zagotavljanja učinkovitosti sodnega varstva strankam z izvedbo glavne obravnave kljub temu omogočiti, da svoje pravne argumente neposredno, ustno in javno soočijo ter predstavijo tudi neposredno pred sodiščem.²² Zakonske izjeme od sojenja na glavni obravnavi so tako zgolj procesna možnost in ne zapoved takega načina odločanja.²³

¹³ Glej sodbe ESČP v zadevah *Cimperšek proti Sloveniji*, št. 58512/16, z dne 30. junija 2020, *Mirovni inštitut proti Sloveniji*, št. 32303/13, z dne 13. marca 2018 in *Produkcija Plus storitveno podjetje d.o.o. proti Sloveniji*, št. 47072/15, z dne 23. oktobra 2018.

¹⁴ Odločba Ustavnega sodišča RS Up-360/16-22 z dne 18. junija 2020 in sklep Vrhovnega sodišča RS X Ips 22/2020 z dne 26. avgusta 2020. Glej tudi Žuber v Žuber (ur.), 2020, str. 147

¹⁵ Sklep Vrhovnega sodišča RS X Ips 22/2020 z dne 26. avgusta 2020.

¹⁶ Odločba Ustavnega sodišča RS Up-360/16-22 z dne 18. junija 2020.

¹⁷ Odločba Ustavnega sodišča RS Up-360/16-22 z dne 18. junija 2020 in sklepa Vrhovnega sodišča RS X Ips 22/2020 z dne 26. avgusta 2020 in I Up 144/2020 z dne 11. novembra 2020. Enako o tem tudi Žuber v Žuber (ur.), 2020, str. 148.

¹⁸ Glej sklepa Vrhovnega sodišča RS Ips 156/2017 z dne 3. julija 2019 in X Ips 22/2020 z dne 26. avgusta 2020, točka 12.

¹⁹ Glej 22. člen ZUS-1.

²⁰ Steinman v Kerševan (ur.), 2019, str. 332.

²¹ Lovšin v Žuber (ur.), 2020, str. 71.

²² Sklep Vrhovnega sodišča RS X Ips 22/2020 z dne 26. avgusta 2020.

²³ Prav tam. Za več o tem glej Žuber v Žuber (ur.), 2020, str. 24–25.

Sodišče lahko odloči brez glavne obravnave tudi, če je dejansko stanje med tožnikom in tožencem sporno, če je že na podlagi tožbe, izpodbijanega akta ter upravnih spisov očitno, da je treba tožbi ugoditi in upravni akt odpraviti na podlagi prvega odstavka 64. člena ZUS-1, pa v upravnem sporu ni sodeloval stranski udeleženec z nasprotnim interesom (prva alineja drugega odstavka 59. člena ZUS-1). Ta določba je po dikciji zakona vezana samo na primere, ko sodišče izpodbijani akt »le« odpravi (spor o zakonitosti dokončnega upravnega akta),²⁴ zato je v sporu polne jurisdikcije (v katerem sodišče tudi odloči o pravici, obveznosti ali pravni koristi strank) ni mogoče uporabiti.²⁵

V drugi alineji drugega odstavka 59. člena ZUS-1 je določeno, da lahko sodišče odloči brez glavne obravnave tudi v primeru, kadar stranke navajajo zgolj tista nova dejstva in dokaze, ki jih skladno z 52. členom ZUS-1 sodišče ne more upoštevati, ali pa predlagana nova dejstva in dokazi za odločitev niso pomembni. Gre za primere, ko stranke predlagajo dokaze, ki pomenijo nedovoljeno tožbeno novoto oziroma dokaze, ki so nerelevantni, nepotrebni ali neprimerni.²⁶ Vrhovno sodišče je v sklepu X Ips 22/2020 z dne 26. avgusta 2020 zavzelo stališče, da je ta zakonska določba protiustavna, opustitev izvedbe glavne obravnave na podlagi te izjeme pa pomeni kršitev ustavno varovane pravice do glavne obravnave iz 22. člena Ustave RS, zato je Upravno sodišče ne sme več uporabljati. V skladu s prej predstavljenimi stališči namreč glavna obravnava ni zgolj sredstvo za izvajanje dokazov,²⁷ temveč je namenjena tudi temu, da se na podlagi neposrednega ustnega in javnega obravnavanja zbere dokazno gradivo, potrebno za presojo, ki jo mora opraviti Upravno sodišče. Glavna obravnava je torej namenjena tudi odločanju o tem, katere dokaze je treba izvesti za razjasnitev spornega dejanskega stanja. Zato izvedba glavne obravnave ne sme biti odvisna od presoje, katere dokaze je mogoče oziroma treba izvesti na glavni obravnavi, temveč je (tudi) to presojo treba opraviti neposredno na glavni obravnavi. Enako stališče je Vrhovno sodišče zavzelo tudi v poznejšem sklepu I Up 144/2020 z dne 11. novembra 2020. Temu pa sledi tudi predlog ZUS-1C, ki predlaga črtanje izjeme po drugi alineji drugega odstavka 59. člena ZUS-1.²⁸

Izjema, določena v tretji alineji drugega odstavka 59. člena ZUS-1, v skladu s katero lahko sodišče odloči na seji, tudi če je dejansko stanje med tožnikom in tožencem sporno, če gre za spor med istima strankama, pa gre za podobno dejansko in pravno podlago ter je o tem vprašanju sodišče že pravnomočno odločilo, se lahko uporabi le, če je sodišče

²⁴ Steinman v Kerševan (ur.), 2019, str. 333.

²⁵ Štemberger v Žuber (ur.), 2020, str. 195.

²⁶ Za več o tem glej prav tam, str. 187.

²⁷ Odločba Ustavnega sodišča RS Up-360/16-22 z dne 18. junija 2020. Primerjaj odločbo Ustavnega sodišča RS Up-1055/05 z dne 19. januarja 2006. Glej tudi sklep Vrhovnega sodišča RS X Ips 15/2019 z dne 5. avgusta 2019.

²⁸ Zakon o spremembah in dopolnitvah Zakona o upravnem sporu (ZUS-1), delovno gradivo z dne 9. marca 2021, str. 18–19.

v prvem sporu glavno obravnavo opravilo.²⁹ Glede te izjeme teorija utemeljeno opozarja, da se sodišče nanjo ne sme sklicevati, kadar je v drugi zadevi dejansko stanje sporno, stranke pa predlagajo izvedbo pravno odločilnih dokazov, ki v prvem postopku niso bili izvedeni (bodisi ker niso bili predlagani bodisi ker je sodišče njihovo pravno upoštevnost ocenilo drugače bodisi je sodišče dokazne predloge prezrlo).³⁰

Sodišče v skladu z določbo četrtega odstavka 59. člena ZUS-1 vselej sodi na seji tudi v sporih o zakonitosti aktov volilnih organov. O pomenu te zakonske določbe se je opredelilo tudi Ustavno sodišče v odločbi Up-135/19, U-I-37/19 z dne 5. junija 2019. Navedlo je, da se določba o sojenju na seji nanaša le na spore pred volilnim dnem (torej na spore v fazi kandidiranja), ne pa tudi na spore po volilnem dnevu pri lokalnih volitvah.³¹ Prav tako sodišče skladno s šestim odstavkom 59. člena ZUS-1 na seji odloča o pravnih sredstvih, kar pa ne velja vedno, saj lahko instančno sodišče pod zakonsko določenimi pogoji³² (v pritožbenem postopku in v postopku z revizijo) izvede glavno obravnavo. Izjema od sojenja na glavni obravnavi pri odločanju o izrednih pravnih sredstvih pa absolutno velja za odločanje o predlogu za obnovo postopka. V obnovljenem postopku pa veljajo vsa pravila iz 51. do 59. člena ZUS-1.³³

Poleg navedenih zakonskih izjem se lahko tožnik in toženec glavni obravnavi odpove tudi na podlagi 279.a člena ZPP. Kot poudarja teorija, pride ta možnost v upravnem sporu v poštev le v tistih primerih, ko lahko sodišče v sporu odloči na podlagi pisnih vlog in pisnih dokazov.³⁴ Odpoved pravici do glavne obravnave mora biti pisna in podana s strani vseh strank postopka.³⁵

Upravno sodišče pa lahko odloči na seji tudi v nekaterih primerih, ko stranke ne pridejo na glavno obravnavo. Takšno pooblastilo sodišča najdemo v 58. členu ZUS-1, ki bo obširneje predstavljen v nadaljevanju.

²⁹ Steinman v Kerševan (ur.), 2019, str. 335.

³⁰ Prav tam.

³¹ Za več o tem glej Sovdat v Žuber (ur.), 2020, str. 203–227. O tem tudi Žuber v Žuber (ur.), 2020, str. 25. Primerjaj Predlog Zakona o spremembah in dopolnitvah Zakona o upravnem sporu (ZUS-1), delovno gradivo z dne 9. marca 2021, str. 19.

³² Glej četrti odstavek 74. člena in prvi odstavek 376. člena ZUS-1.

³³ Za več o tem glej Ambrožič v Žuber (ur.), 2018, str. 33–34.

³⁴ Smrekar v Kerševan (ur.), 2019, str. 304.

³⁵ Za več o tem glej Žuber v Žuber (ur.), 2020, str. 23–24.

3. Primerjalnopravni pregled posledic neudeležbe strank na glavni obravnavi v upravnem sporu

3.1. Hrvaška ureditev

Na Hrvaškem sodišče v skladu z načelom ustne obravnave (7. člen *Zakona o upravnih sporovih*, hrvaški ZUS³⁶) v upravnem sporu odloča na podlagi ustne, neposredne in javne obravnave.³⁷ Zgolj izjemoma, v primerih, ki jih določa zakon,³⁸ lahko sodišče odloči brez izvedbe ustne (glavne) obravnave.³⁹ Sodišče lahko odloči na nejavni seji:

1. če je tožena stranka v celoti priznala tožbeni zahtevek v odgovoru na tožbo ali med upravnim sporom;
2. kadar sodišče odloča o tožbi na podlagi pravnomočne sodbe, izdane v vzorčnem postopku;
3. če ugotovi, da posamezna odločitev, ravnanje ali upravna pogodba vsebuje pomanjkljivosti, ki preprečujejo presojo njihove zakonitosti;⁴⁰
4. če tožeča stranka izpodbija le uporabo prava, dejansko stanje pa je nesporno in stranke v tožbi ali v odgovoru na tožbo izrecno ne zahtevajo izvedbe glavne obravnave;⁴¹ ter
5. če stranke o tem izrecno soglašajo (torej jasno in nedvoumno, pisno ali ustno na zapisnik), sodišče pa ugotovi, da ni treba izvesti novih dokazov.⁴²

V vseh teh primerih pa ima sodišče zgolj pooblastilo za odločanje brez izvedbe glavne obravnave, ne pa tudi obveznosti tako ravnati, s čimer lahko bistveno pripomore k kontradiktornosti upravnega spora.⁴³

Visoko upravno sodišče kot instančno sodišče o pritožbi praviloma odloča brez glavne obravnave (odločanje na seji), razen če meni, da je njena izvedba potrebna. V takem primeru se za razpis in potek glavne obravnave smiselno uporabljajo določbe, ki veljajo za

³⁶ Narodne novine RH, št. 20/10 in nasl.

³⁷ Več o razvoju načela ustne obravnave v upravnem sporu na Hrvaškem glej Kljajić in Štemberger v Žuber (ur.), 2018, str. 139–156.

³⁸ Glej 36. člen hrvaškega ZUS.

³⁹ S tem je zakonodajalec odstopil od prej veljavnega koncepta, po katerem je Upravno sodišče odločalo na nejavni seji, vsa komunikacija med strankama pa je bila omejena na pripravo tožbe in odgovora na tožbo. Upravno sodišče je sicer imelo pristojnost, da po uradni dolžnosti ali na predlog stranke razpiše glavno obravnavo, če je presodilo, da to zahteva zapletenost zadeve ali da bi obravnavna pripomogla k boljši razjasnitvi zadeve, vendar pri tem ni bilo vezano na predlog stranke. Ustavno sodišče Republike Hrvaške je v zadevi U-I-745/99 z dne 8. novembra 2000 ugotovilo, da je taka ureditev upravnega spora v neskladju s 6. členom EKČP, saj Upravnega sodišča Republike Hrvaške ni bilo mogoče šteti za sodišče polne jurisdikcije. Glej Đerđa in Kryška, 2018, str. 105–106.

⁴⁰ Glej 5 Usl-1728/15-3 z dne 3. marca 2016.

⁴¹ Glej 7 Usl-1599/13-9 z dne 31. julija 2015.

⁴² Glej 2 USL-430/15-9 z dne 11. januarja 2016 in Usl-1986/15-10 z dne 18. avgusta 2016.

⁴³ Prav tam, str. 106.

glavno obravnavo pred sodiščem prve stopnje.⁴⁴ Na nejavni seji odloča Visoko upravno sodišče tudi o predlogu za obnovo postopka in o zahtevi za izredno presojo zakonitosti pravnomočne odločbe^{45, 46}

Hrvaški ZUS potek glavne obravnave in posledice neudeležbe strank na glavni obravnavi ureja v 39. členu. Te ureja enotno, ne glede na to, katera od strank (tožnik ali toženec) se glavne obravnave ne udeleži. Sodnik, ki mu je zadeva dodeljena v reševanje, preveri, ali so na glavno obravnavo prišle vse vabljeni osebe in, če niso, ali so bile pravilo vabljeni in ali so svoj izostanek opravičile. Na dejstvo, da se bo glavna obravnava lahko izvedla tudi v nenavzočnosti pravilno vabljenih strank, morajo biti stranke (predhodno) opozorjene v vabilu, ki mora biti (pravilno) vročeno najpozneje 15 dni pred predvidenim datumom glavne obravnave.⁴⁷ Če na glavno obravnavo ne pridejo stranka ali drugi udeleženci, ki so bili na glavno obravnavo pravilno vabljeni in ni izkazan upravičen razlog za njihovo odsotnost, ima sodišče dve možnosti: glavno obravnavo opravi v nenavzočnosti strank(e) ali pa jo preloži. Odločitev je v rokah sodnika, ki mora presoditi, kakšen pomen ima udeležba stranke na glavni obravnavi za odločitev v konkretni zadevi. Če je za odločitev o zadevi nujno neposredno izvajanje dokazov v navzočnosti strank oziroma zagotovitev pravice do izjave neposredno pred sodiščem in drugo stranko, bo sodišče glavno obravnavo moralo preložiti. V nasprotnem pa bo glavno obravnavo izvedlo z branjem pisnih dokazov in drugih vlog odsotne stranke oziroma v nenavzočnosti strank, če sta odsotni obe.⁴⁸ Stranke imajo tako zgolj pravico do izjave o pravnih in dejanskih vidikih spora neposredno pred sodiščem, ne pa tudi dolžnost. Zato tudi odsotnost strank z glavne obravnave nima pravnih posledic v smislu umika tožbe oziroma strinjanja toženca s tožbenimi navedbami.⁴⁹ Preložitev glavne obravnave zaradi odsotnosti strank(e) je tako mogoča zgolj v izjemnih primerih.⁵⁰ Odsotnost (katere od) strank pa po hrvaški ureditvi ni dopusten razlog za odločanje sodišča prve stopnje na seji. Posebna ureditev velja pri odločanju Visokega upravnega sodišča o pritožbi. Če na glavno obravnavo, ki jo sodišče razpiše ob uporabi pooblastil iz 73. člena, ne pride ena ali nobena od strank, ki so bile

⁴⁴ Glej 73. člen hrvaškega ZUS.

⁴⁵ Glej šesti odstavek 78. člena hrvaškega ZUS.

⁴⁶ Gre za izredno pravno sredstvo, ki ga v primeru kršitve zakona vložijo Državno odvetništvo Republike Hrvaške.

⁴⁷ Tretji in četrti odstavek 37. člena hrvaškega ZUS. Glej tudi odločitev Upravnega sodišča v Splitu 1 UsI-1173/2018-12 z dne 8. maja 2019, 1 UsInoi-19/16-16 z dne 22. novembra 2017 in 15 UsIgr-356/18-8 z dne 15. novembra 2018.

⁴⁸ Staničić, Britvić Vetma in Hrovat (ur.), 2017, str. 138.

⁴⁹ Đerđa, 2010, str. 84. Glej tudi odločitev Upravnega sodišča v Osijeku 7 UsI-1270/14-7 z dne 20. januar 2015 in odločitev Visokega upravnega sodišča Republike Hrvaške Usž-323/15-2 z dne 29. aprila 2015.

⁵⁰ Borković, 2002, str. 512–513.

pravilno vabljeni, lahko sodišče sprejme odločitev tudi v njihovi nenavzočnosti (tretji odstavek 73. člena hrvaškega ZUS).

3.2. Nemška in avstrijska ureditev

Sojenje na ustni obravnavi (nem. *mündliche Verhandlung*) je tudi v nemškem pravu določeno kot pravilo, saj se izvede vedno, če z zakonom ni določeno drugače (prvi odstavek 101. člen nemškega Zakona o upravnih sodiščih, nem. *Verwaltungsgerichtsordnung* – VwGO).⁵¹ Sodišče lahko odloča na seji, če se pri obravnavi predmeta ne pokažejo nobena posebna dejanska ali pravna vprašanja in dejansko stanje ni sporno, tako da lahko sodišče odloči, ne da bi moralo še dodatno izvajati posebno obravnavo in vnovič zasliševati stranki ali izvajati druge dokaze. Enako je tudi v situaciji, ko se stranki strinjata o vseh za odločitev bistvenih elementih dejanskega stanja. V navedenih primerih sodišče o sporu ne odloči s sodbo, temveč s posebno odločbo (nem. *Gerichtsbescheid*, glej 84. člen VwGO), ki pa ima učinek sodbe, zato se lahko tudi izpodbija s pravnimi sredstvi, stranke pa imajo možnost, da v primeru nestrinjanja s tako odločbo po njeni izdaji zahtevajo izvedbo ustne obravnave. V tem primeru se šteje, da taka prvotna sodna odločba sploh ni bila izdana in da je treba postopek nadaljevati. Glavna obravnavo se ne izvede tudi v primeru, ko vsi udeleženci postopka soglašajo, da se glavna obravnavo ne opravi (drugi odstavek 101. člena VwGO). Stranki postopka in stranski udeleženci morajo svojo voljo izraziti jasno ter nepreklicno, in sicer pisno ali ustno na zapisnik.⁵² Brez izvedbe glavne obravnave se odloči tudi v primerih, ko sodišče ne odloča s sodbo, temveč s sklepom (tretji odstavek 101. člena VwGO).⁵³

V skladu z nemško ureditvijo morajo biti stranke na glavno obravnavo povabljeni čim prej, vabilo pa jim mora biti vročeno najpozneje dva oziroma štiri tedne pred glavno obravnavo, če se ta opravi pred nemškim Zveznim upravnim sodiščem (prvi odstavek 102. člena VwGO). V upravičenih primerih lahko predsednik senata ta rok skrajša. V vseh primerih, ko se lahko glavna obravnavo opravi v nenavzočnosti pravilno povabljenih strank, mora biti stranka na to posebej opozorjena v vabilu. Če sodišče oceni, da bi bilo to koristno za razjasnitev dejstev ali za doseg poravnave med strankama,⁵⁴ lahko na podlagi prvega odstavka 95. člena VwGO odredi, da se mora stranka postopka osebno udeležiti. Če se tako povabljeni stranka obravnave osebno ne udeleži, ji sodišče lahko s sklepom izreče denarno kazen v razponu med 5 in 1.000 evrov.⁵⁵ Javnopravni stranki postopka

⁵¹ BGBl. I S. 686 in nasl.

⁵² Eyermann in Fröhler (ur.), 2010, str. 705.

⁵³ Za več o tem glej tudi Brinovec in Pokrajčević v Žuber (ur.), 2018, str. 133–135.

⁵⁴ Eyermann in Fröhler (ur.), 2010, str. 652.

⁵⁵ Člen 380. nemškega Zakona o civilnem postopku (*Zivilprozessordnung* – ZPO, BGBl. I S. 3202 in nasl.) v zvezi s prvim odstavkom 6. člena nemškega Uvodnega zakona h Kazenskemu zakoniku (*Einführungsgesetz zum Strafgesetzbuch* (EGStGB), BGBl. I S. 469 in nasl.).

lahko sodišče v skladu s tretjim odstavkom 95. člena VwGO naloži, da mora za zastopanje pooblastiti javnega uslužbenca, ki se mora udeležiti glavne obravnave in ki je ustrezno seznanjen z dejanskim in pravnim stanjem zadeve. V tem primeru pa sodišče nima na voljo sredstev (grožnja z denarno kaznijo), s katerimi bi prisililo javnopravno stranko, da to stori.⁵⁶ Če se povabljeni brez opravičila glavne obravnave ne udeležijo, se ta kljub temu opravi. Ne sme pa zaradi nenavzočnosti stranke sodišče izdati zamudne sodbe (nem. *Versäumnisurteil*), kar izhaja iz načela oficialnosti, ki zavezuje nemško upravno sodišče.⁵⁷

Drugače kot nemško pravo je avstrijsko pravo glede dolžnosti izvedbe glavne obravnave v upravnem sporu bolj restriktivno. V prvem odstavku 44. člena avstrijskega Zakona o postopku pred upravnim sodiščem (*Verwaltungsgerichtsverfahrensgesetz – VwGVG*)⁵⁸ je vzpostavljeno pravilo, da upravno sodišče odloča po opravljeni glavni obravnavi, drugi do peti odstavek istega člena pa vsebujejo nekatere izjeme od tega temeljnega pravila. Sodišče ne odloča na glavni obravnavi, če je treba tožbo zavreči zaradi neizpolnjevanja procesnih predpostavk ali če je že na podlagi podatkov v spisu očitno, da je treba izpodbijani upravni akt odpraviti. Sodišče prav tako lahko odloči na seji, če je med strankama sporna zgolj pravna ocena, če je tožba usmerjena zgolj v višino kazni, če je bila z izpodbijano odločitvijo naložena kazen v višini do 500 evrov ali če se s tožbo izpodbija upravni akt procesne narave in nobena od strank ni zahtevala, da se izvede glavna obravnava. Sodišče bo na seji odločilo tudi v primeru, če tega ne prepovedujejo deželni ali zvezni zakoni, kljub izrecni zahtevi strank, naj se glavna obravnava izvede, če iz spisa izhaja, da glavna obravnava ne bo pripomogla k nadaljnji razjasnitvi zadeve in če to ni v nasprotju s prvim odstavkom 6. člena EKČP in 47. členom Listine EU o temeljnih pravicah.

Če stranka brez upravičenega razloga⁵⁹ ne pride na glavno obravnavo, čeprav je bila pravilno vabljen, to ne ovira poteka glavne obravnave in izdaje sodbe (drugi odstavek 45. člena VwGVG).

VwGVG v petem odstavku 44. člena daje sodišču tudi procesno možnost, da glavne obravnave ne izvede, če se ji stranki izrecno odpovesta. Tako izjavo stranki lahko podata do začetka glavne obravnave.

4. Pravne posledice neudeležbe strank na pripravljalnem naroku in glavni obravnavi po ZPP

Temeljna določba, ki ureja pravne posledice izostanka strank s pripravljalnega naroka ali prvega naroka za glavno obravnavo, je 282. člen ZPP, ki je bil v zadnjem desetletju

⁵⁶ Eyermann in Fröhler (ur.), 2010, str. 654.

⁵⁷ Prav tam, str. 652. Za več o tem glej tudi Brinovec in Pokrajčević v Žuber (ur.), 2018, str. 128–138.

⁵⁸ BGBl. I Nr. 33/2013 in nasl.

⁵⁹ Tako avstrijsko Vrhovno upravno sodišče v sklepu Ra 2018/05/0008 z dne 27. februarja 2018, sodbi 2012/02/0079 z dne 26. februarja 2014 in sodbi 2001/09/0068 z dne 29. aprila 2004.

podvržen številnim spremembam. Do sprejema novele ZPP-D,⁶⁰ ki je začela veljati 1. oktobra 2008, je zakon določal, da se obravnava, če ne pride na prvi narok za glavno obravnavo tožeča ali tožena stranka kakor tudi če ne pride na kateri poznejši narok tožeča ali tožena stranka, vendarle opravi. V zvezi s takšno ureditvijo je pravna teorija poudarjala, da stranke ni mogoče prisiliti k temu, da bi se udeležila naroka za glavno obravnavo, vendar se bo v primeru njene odsotnosti upoštevalo pisno gradivo odsotne stranke ter pisno gradivo in ustne navedbe nasprotne stranke.⁶¹

Novela ZPP-D je predvidela različne pravne posledice glede na dejstvo, katera stranka se ni udeležila poravnalnega naroka ali prvega naroka za glavno obravnavo. Tako je v prvem odstavku 282. člena novela ZPP-D predvidela, da v primeru odsotnosti tožeče stranke sodišče izda sodbo na podlagi odpovedi, če so izpolnjeni pogoji iz 317. člena tega zakona. Če ne pride tožena stranka, sodišče pod pogoji, ki jih določa ZPP, izda zamudno sodbo, čeprav je tožena stranka odgovorila na tožbo (drugi odstavek 282. člena ZPP-D). Če na poravnanli narok ali na prvi narok za glavno obravnavo ne pride nobena od strank, se šteje, da je tožeča stranka tožbo umaknila (tretji odstavek 282. člena ZPP-D). Če na kakšen poznejši narok ne pride tožeča stranka, pa sodišče ne izda sodbe na podlagi stanja spisa, se šteje, da je tožeča stranka tožbo umaknila, razen če se tožena stranka ne strinja z domnevo umika tožbe (četrti odstavek 282. člena ZPP).

Določbo drugega odstavka 282. člena ZPP-D, ki je predvidela izdajo zamudne sodbe, če na poravnanli narok ali na prvi narok za glavno obravnavo ne pride tožena stranka, je Ustavno sodišče z odločbo U-I-164/09-13 z dne 4. februarja 2010 razveljavilo. V obrazložitvi je poudarilo pomembnost pravice do kontradiktornega sodnega postopka kot enega najpomembnejših izrazov pravice do enakega varstva pravic: pravnice stranke imajo na podlagi 22. člena Ustave pravico do tega, da sodišče njihove trditve in stališča, če so postavljena v skladu z določbami pravnega postopka in če niso očitno pravno nepomembni, obravnava, ovrednoti in obrazloženo sprejme ali zavrne. Ker v postopku za izdajo zamudne sodbe sodišču dejanskega stanja ni treba ugotavljati, ampak vzame kot podlago zamudne sodbe dejansko stanje, ki je navedeno v tožbi, pomeni ureditev drugega odstavka 282. člena ZPP, ki vzpostavlja fikcijo priznanja v tožbi navedenih dejstev kot sankcijo zaradi šele naknadne pasivnosti tožene stranke, poseg v pravico do enakega varstva pravic tožene stranke.⁶² Čeprav je Ustavno sodišče presodilo, da so koncentracija, pospešitev in ekonomičnost postopka ustavno dopustni cilji, je ocenilo, da tak poseg ni bil primeren za doseganje omenjenih ciljev, saj lahko sodišče že pred glavno obravnavo zbere procesno gradivo in pridobi potrebna pojasnila od obeh strank postopka, prav tako pa lahko ob upoštevanju večje procesne aktivnosti tožnika, ki bo pogosto vplivala na izid

⁶⁰ Uradni list RS, št. 45/2008.

⁶¹ Betetto v Ude in Galič (ur.), 2006, str. 574–575.

⁶² Odločba Ustavnega sodišča RS U-I-164/09-13 z dne 4. februarja 2010, točka 15 obrazložitve.

postopka, s tem primerno sankcionira toženo stranko, ki kljub pravilnemu vabljenju ne pride na prvi narok za glavno obravnavo.⁶³

Izdaja sodbe na podlagi odpovedi, ki je bila s prvim odstavkom 282. člena ZPP-D predvidena kot sankcija, če na poravalni narok ali na prvi narok za glavno obravnavo ne pride tožeča stranka, je bila s strani Ustavnega sodišča ocenjena za nesorazmeren poseg v pravico tožeče stranke iz 23. člena Ustave. Z odločbo U-I-161/10 z dne 9. decembra 2010 je Ustavno sodišče razveljavilo omenjeno določbo ZPP in poudarilo, da so zagotavljanje večje procesne discipline strank zaradi zagotovitve pospešitve postopka, povečanja njegove ekonomičnosti in uveljavitve načela koncentracije postopka ustavno dopustni cilji za omejitev pravice tožeče stranke do sodnega varstva iz 23. člena Ustave, ki so vsebinsko povezani z varstvom človekove pravice do sojenja brez nepotrebnega odlašanja toženih strank v postopkih, v katerih pride do neupravičenega izostanka z naroka, ter pravnih strank na splošno.⁶⁴ Ob opravljenem strogem testu sorazmernosti pa je Ustavno sodišče ugotovilo, da sankcija izdaje sodbe na podlagi odpovedi nesorazmerno posega v pravni položaj tožeče stranke, saj je obseg njene dejanske koristnosti in učinkovitosti za doseganje ciljev zakonodajalca zmanjšan tako zaradi možnosti podaljšanja postopka zaradi vlaganja pravnih sredstev kakor tudi zato, ker neudeležba tožeče stranke na naroku ne ovira bistveno hitrega in učinkovitega zaključka postopka.⁶⁵

Ustavno sodišče je z odločbo U-I-290/12 z dne 25. aprila 2013 naposled razveljavilo še določbo četrtega odstavka 282. člena ZPP, ki je predvidela fikcijo umika tožbe, če na kakšen poznejši narok ne pride tožeča stranka, pa sodišče ne izda sodbe na podlagi stanja spisa. Poudarilo je, da ima taka sankcija dejanske učinke posega v človekovo pravico do sodnega varstva, ker lahko v součinkovanju s prekluzivnimi in zastaralnimi roki pripelje do trajne izgube možnosti prave meritorne odločitve o tožnikovih pravicah, obveznostih in pravnih interesih.⁶⁶ Po mnenju Ustavnega sodišča tako sankcioniranje tožeče stranke zaradi neudeležbe na naroku, še zlasti zaradi neudeležbe na enem od poznejših narokov, ne more bistveno pripomoči k hitremu in učinkovitemu zaključku postopka, ker lahko sodišče kljub njenemu izostanku z naroka tega opravi ter ob polnem upoštevanju pravil o trditvenem in dokaznem bremenu odloči o zahtevku.⁶⁷

Danes se pravne posledice neudeležbe strank v rednem pravnem postopku razlikujejo glede na to, ali gre za odsotnost strank na pripravljalnem naroku ali na katerem od poznejših narokov. Če na pripravljalni narok⁶⁸ ne pride katera od strank, mora povrni-

⁶³ Prav tam, točki 22 in 23 obrazložitve.

⁶⁴ Odločba Ustavnega sodišča RS U-I-161/10 z dne 9. decembra 2010, točka 9 obrazložitve.

⁶⁵ Prav tam, točka 11 obrazložitve.

⁶⁶ Odločba Ustavnega sodišča RS U-I-290/12 z dne 25. aprila 2013, točka 6 obrazložitve.

⁶⁷ Prav tam, točka 9 obrazložitve.

⁶⁸ Namen pripravljalnega naroka je, da sodišče s strankami odprto razpravlja o pravnih in dejanskih vidikih spora, da stranke dopolnijo svoje trditve in pravna stališča ter predlagajo nadaljnje dokaze,

ti nasprotni stranki stroške tega naroka (tretji odstavek 156. člena ZPP), prav tako pa izgubi pravico od nasprotne stranke zahtevati povrnitev nadaljnjih stroškov postopka pred sodiščem prve stopnje (prvi odstavek 282. člena ZPP), ne glede na končni uspeh v pravdi.⁶⁹ Iz jezikovne razlage zakonske določbe je mogoče ugotoviti, da lahko stranka, ki na pripravljalni narok ne pride, zahteva povračilo stroškov, ki so nastali do začetka pripravljalnega naroka, kot tudi stroške, ki nastanejo v postopku s pravnimi sredstvi. Razen stroškovne posledice pa zakon v 282. členu posebej ne določa, kako naj sodišče v primeru (ne)upravičenega izostanka strank(e) na pripravljalnem naroku ravna. V takem primeru je mogoče uporabiti določbo prvega odstavka 115. člena ZPP. Če za izostanek stranke obstajajo upravičeni razlogi, je to okoliščina, ki upravičuje preložitev pripravljalnega naroka (prvi odstavek 115. člena ZPP).⁷⁰ V nasprotnem, torej če za izostanek ni izkazan upravičen razlog, sodišče pripravljalni narok opravi v nenavzočnosti strank, saj zakon v rednem postopku ne omogoča opustitve izvedbe pripravljalnega naroka.⁷¹

Če na kakšen poznejši narok ne pride nobena stranka, sodišče odloči glede na stanje spisa, vendar le, če je že opravilo narok, na katerem so se izvajali dokazi, in je dejansko stanje dovolj pojasnjeno (sodba na podlagi stanja spisa). Tako ravna sodišče tudi, če na narok ne pride ena stranka, nasprotna stranka pa predlaga odločitev glede na stanje spisa. Navedene pravne posledice pa veljajo pod pogojem, da je bila stranka pravilno vabljen in ni izkazala upravičenih razlogov za izostanek oziroma ni splošno znanih okoliščin, iz katerih izhaja, da stranka iz upravičenih razlogov ni mogla priti na narok, na kar mora sodišče opozoriti stranke v vabilu na pripravljalni narok oziroma glavno obravnavo (glej drugi odstavek 279.c člena in četrti odstavek 282. člena ZPP). V takem položaju bi se tako lahko zgodilo, da bodo močnejše učinkovala procesna dejanja stranke, ki je z udeležbo na glavni obravnavi izrabila možnost, da svoja stališča neposredno in v ustni obliki predstavi sodišču.⁷² Če sodišče ugotovi, da stranki (ena ali obe) nista navzoči, ker nista bili pravilno vabljeni, preloži narok. Narok se lahko preloži tudi takrat, kadar je ena od strank svoj izostanek opravičila in zanj izkazala upravičljiv razlog⁷³ oziroma če obstajajo

se o njih izjavijo ter si prizadevajo skleniti sodno poravnavo. Pripravljalni narok je namenjen tudi izdelavi programa vodenja postopka v skladu z 279.č členom ZPP.

⁶⁹ To ne pomeni, da bo izostala stranka nujno nosila vse stroške postopka. Če bo na koncu v pravdi uspela, ji seveda ne bo treba povrniti stroškov nasprotne stranke, le do povrnitve svojih stroškov ne bo upravičena. Glej Galič, 2017, str. 9.

⁷⁰ Sodba Višjega sodišča v Ljubljani I Cpg 14/2020 z dne 5. maja 2020.

⁷¹ Primerjaj sodbo Višjega sodišča v Ljubljani I Cp 1152/2019 z dne 27. maja 2020, točka 9 obrazložitve.

⁷² Betetto v Ude in Galič (ur.), 2006, str. 574–575.

⁷³ Pogoja za preložitev naroka sta tako dva: opravičilo samo in opravičljiv razlog za izostanek, pri čemer mora biti opravičilo podprto z dokazom. Glej sodbo Višjega sodišča v Ljubljani I Cpg 421/2019 z dne 26. septembra 2019.

splošno znane okoliščine, ki upravičujejo odsotnost stranke.⁷⁴ Enako velja v primeru, ko stanje spisa ne dopušča sprejema končne odločitve. Čeprav to iz zakonskega besedila neposredno ne izhaja, teorija poudarja, da se sankcije za neudeležbo strank na pripravljalnem naroku oziroma naroku za glavno obravnavo ne smejo uporabiti, če na narok ne pride stranka osebno, temveč le njen pooblaščenec.⁷⁵

5. Pravne posledice neudeležbe strank na pripravljalnem naroku in glavni obravnavi v upravnem sporu

Upravni spor ne pozna posebnega poravnalnega naroka, na katerem bi sodišče preverilo možnost oziroma pripravljenost strank za sklenitev sodne poravnave. Razlog za njegovo izključitev je v naravi večine zadev v upravnih sporih, v katerih zaradi varstva javne koristi pogajanje med strankami o vsebini rešitve spora sploh ni mogoče.⁷⁶ Vendar pa zakonske določbe, ki izključuje poravnalni narok (prvi odstavek 58. člen ZUS-1) v upravnem sporu v skladu s stališči teorije⁷⁷ ni mogoče razumeti tudi kot izključitev pripravljalnega naroka po noveli ZPP-E, saj je funkcija slednjega širša. Predsednik senata tako lahko,⁷⁸ če meni, da je med strankami mogoče doseči sporazum, že v okviru pripravljalnega postopka vzpostavi pisno komunikacijo z njimi in jih povabi k sklenitvi poravnave (prva alineja prvega odstavka 45. člena ZUS-1). V takem primeru razpiše poseben pripravljalni narok, saj se mora sporazum o poravnavi vpisati v zapisnik (279.c člen ZPP). Če sodna poravnava na pripravljalnem naroku ni dosežena, lahko sodišče ob predpisanih pogojih glavno obravnavo takoj nadaljuje, stranke pa lahko sklenejo sporazum pred sodiščem prve stopnje vse do izdaje njegove odločbe.⁷⁹ Ob tem pa se postavlja vprašanje, kakšne pravne posledice ima neudeležba (ene ali obeh) strank na pripravljalnem naroku, saj trenutna ureditev posebnih določb o pripravljalnem naroku ne vsebuje.

Drugače velja za pravne posledice neudeležbe na glavni obravnavi, ki jih ZUS-1 izrecno ureja v drugem in tretjem odstavku 58. člena. Te se razlikujejo glede na to, katera

⁷⁴ Glej sklep Višjega sodišča v Celju Cp 465/2015 z dne 8. decembra 2015 in sodbo Višjega sodišča v Ljubljani I Cpg 695/2018 z dne 3. aprila 2019.

⁷⁵ Levovnik, 2017, str. 13; in Galič, 2004, str. 194.

⁷⁶ Glej Predlog Zakona o spremembah in dopolnitvah Zakona o upravnem sporu, delovno gradivo z dne 9. marca 2021, str. 41.

⁷⁷ Obširneje o tem glej Smrekar v Kerševan (ur.), 2019, str. 328; in Štucin v Kerševan (ur.), 2019, str. 287–288.

⁷⁸ V praksi v upravnem sporu sicer pripravljalni postopek skoraj brez izjem poteka pisno. O tem glej Štucin v Kerševan (ur.), 2019, str. 287; in Žuber v Žuber (ur.), 2020, str. 135.

⁷⁹ Temu sledi tudi predlog novele zakona, ki iz prvega odstavka 58. člena ZUS-1 izpušča določilo o izključitvi poravnalnega naroka in s tem razširja zakonsko podlago za sklenitev sodne poravnave. Glej Predlog Zakona o spremembah in dopolnitvah Zakona o upravnem sporu, delovno gradivo z dne 9. marca 2021, str. 41.

od strank se glavne obravnave ni udeležila. Če na glavno obravnavo ne pride toženec, se glavna obravnava kljub temu opravi v njegovi nenavzočnosti,⁸⁰ sodišče pa pri odločanju upošteva le navedbe, ki jih je toženec podal v pisnih vlogah. Šteje se, da toženec vztraja pri ugotovljenem dejanskem stanju, na katerem temelji izpodbijani akt, tožnik pa lahko z navzočnostjo in sodelovanjem na glavni obravnavi daje dokazne predloge, ki izpodbijajo tako ugotovljeno dejansko stanje.⁸¹ Če pa ne pride tožnik ali nobena od strank, lahko sodišče odloči brez glavne obravnave (sojenje na seji). Teorija navaja, da tožnikova (neupravičena) odsotnost namreč kaže na pomanjkanje pravnega interesa za polno izrabo procesnih pravic in s tem za vplivanje na uspeh z materialnopravnim zahtevkom, zato tudi sodišče ni dolžno vztrajati pri glavni obravnavi, saj stranke ni mogoče siliti k uporabi pravic v postopku.⁸² Določba ZUS-1 o sojenju na seji zaradi odsotnosti tožnika ali obeh strank pa je zgolj procesna možnost sodišča in ne zapoved takega načina odločanja.⁸³ Ker predpisane pravne posledice omejujejo pravico stranke do izjave, teorija utemeljeno opozarja, da se lahko uporabijo le pod pogoji iz ZPP, to je da sta bili stranki na glavno obravnavo pravilno in pravočasno⁸⁴ vabljeni ter v vabilu opozorjeni na posledice njunega izostanka in da za odsotnost stranka ni izkazala upravičenih razlogov oziroma ni splošno znanih okoliščin, iz katerih izhaja, da stranka iz upravičenih razlogov ni mogla priti na glavno obravnavo (tretji odstavek 282. člena ZPP),⁸⁵ v nasprotnem je treba narok preložiti. Prav tako obravnavane posledice nastopijo le, če na glavno obravnavo na strani tožene ali tožeče stranke ni pristopil nihče, ne pa tudi v primeru, ko bi namesto tožene ali tožeče stranke na glavno obravnavo prišel njun pooblaščenec.⁸⁶

Določba o pravnih posledicah odsotnosti strank na glavni obravnavi v upravnem sporu se vse od sprejema in uveljavitve prvega Zakona o upravnem sporu (ZUS)⁸⁷ leta 1997 do danes po vsebini ni spreminjala, kar kaže na to, da njena uporaba v praksi očitno ni povzročala posebnih težav oziroma odpirala posebnih pravnih dilem, zato tudi teoretičnih razprav in sodne prakse na to temo ni mogoče najti. Sprejem novele ZPP-E, ki je spremenila razmerje med ZUS-1 in ZPP, ter čedalje bolj poudarjen pomen glavne obravnave v upravnem sporu, pa skladnost zakonske ureditve pravnih posledic neudelež-

⁸⁰ Drugi odstavek 58. člena ZUS-1.

⁸¹ O tem glej Jerovšek, 2001, str. 53.

⁸² Smrekar v Kerševan (ur.), 2019, str. 329.

⁸³ O tem tudi Žuber v Žuber (ur.), 2020, str. 28.

⁸⁴ Narok za glavno obravnavo je treba določiti tako, da ostane strankam zadosti časa za pripravo, vendar najmanj petnajst dni od prejema vabila (drugi odstavek 280. člena ZPP). Tega roka ne bo mogoče upoštevati v primerih, ko zakon določa krajši rok za odločitev o tožbi v upravnem sporu, zato se tudi čas med vabilom in glavno obravnavo sorazmerno skrajša. O tem glej sodbo Vrhovnega sodišča RS I Up 1100/2004 z dne 6. oktobra 2004 in Smrekar v: Kerševan (ur.) 2019, str. 329.

⁸⁵ Prav tam, str. 328–329.

⁸⁶ Levovnik, 2017, str. 13; in Galič, 2004, str. 194. Glej tudi Žuber v Žuber (ur.), 2020, str. 28–29.

⁸⁷ Uradni list RS, št. 50/97 in nasl.

be strank v upravnem sporu postavljata pod vprašaj in odpirata številne pravne dileme, ki bodo obravnavane v nadaljevanju. V tem okviru bo predstavljena tudi predlagana ureditev pravnih posledic neudeležbe strank na pripravljalnem naroku in glavni obravnavi v predlogu novele ZUS-1C, za katero pa meniva, da obravnavanih dilem v celoti ne rešuje, temveč le odpira nova pravna vprašanja.

5.1. Neupravičen izostanek tožnika

V skladu s trenutno veljavno ureditvijo lahko sodišče odloči na seji, če na obravnavo ne pride tožnik ali nobena od strank (tretji odstavek 58. člena ZUS-1). Ker omenjena določba upravnemu sodišču nudi zgolj možnost, da odloči na seji (kar pomeni, da bo sodišče v primeru odsotnosti tožnika kljub temu lahko odločilo tudi na glavni obravnavi, za več o tem glej razdelek 5.2), ZUS-1 pa drugih določb glede odsotnosti tožnika in ravnanja sodišča, če kljub njegovi odsotnosti opravi glavno obravnavo, ne predvideva, se v tem delu v skladu s prvim odstavkom 22. člena ZUS-1 subsidiarno uporabljajo določbe ZPP.

Ob opiranju na prvi odstavek 282. člena ZPP je mogoče ugotoviti, da bo stranka, ki ne pride na pripravljalni narok, izgubila pravico zahtevati povrnitev nadaljnjih stroškov postopka v upravnem sporu. Glede tega je treba poudariti, da so pravila o povračilu stroškov postopka v ZUS-1 urejena bistveno drugače kot v ZPP, zaradi česar sankcija, ki jo ZPP določa za odsotnost strank na pripravljalnem naroku, v upravnem sporu ne doseže svojega namena. ZPP v 154. členu namreč določa pravilo uspeha: tista stranka, ki v pravi ne uspe, mora nasprotni stranki povrniti stroške pravnega postopka. Če bo sodišče v upravnem sporu tožbi ugodilo in izpodbijani upravni akt odpravilo ali ugotovilo njegovo nezakonitost, se bo tožniku prisodilo pavšalni znesek povračila stroškov po Pravilniku o povrnitvi stroškov tožniku v upravnem sporu (v nadaljevanju: Pravilnik).⁸⁸ Na podlagi Pravilnika bo tožnik upravičen do povrnitve stroškov v obliki pavšalnega zneska, višina katerega je odvisna od tega, ali je sodišče odločalo na glavni obravnavi (v odsotnosti posebnih določb je treba šteti, da ta vključuje tudi izvedbo pripravljalnega naroka) ali na seji ter ali je imel tožnik v postopku pooblaščenca. Prisojeni znesek mora tožniku plačati tožena stranka. Če pa bo sodišče tožbo zavrnilo ali zavrglo ali če se bo postopek ustavil, bo vsaka stranka trpela svoje stroške postopka. Pravila o računanju in plačilu stroškov postopka, ki jih vsebuje ZPP, bo Upravno sodišče uporabilo zgolj v primeru, ko bo odločalo v sporu polne jurisdikcije.⁸⁹

Predlog novele ZUS-1C predvideva novosti tudi glede višine in povračila stroškov v upravnem sporu. Če bo sodišče odločilo na glavni obravnavi, se bodo stroški postopka tako tožeči kot tudi toženi stranki priznali po splošnih pravilih pravnega postopka. Ko bo Upravno sodišče odločalo na seji, pa se tožniku v primeru uspeha prizna povračilo

⁸⁸ Uradni list RS, št. 24/07 in nasl.

⁸⁹ Prvi odstavek 25. člena ZUS-1.

stroškov v skladu s Pravilnikom, ki se naloži v plačilo toženi stranki.⁹⁰ Meniva, da predlog novele ZUS-1C v zvezi s stroškovnimi posledicami ne bo v bistvenem vplival na motivacijo tožeče stranke za udeležbo v postopku. Ker bo Upravno sodišče v primeru neupravičenega izostanka tožeče stranke v skladu s predlogom novele vselej odločalo na seji,⁹¹ bodo tožeči stranki v primeru uspeha priznani stroški v skladu s Pravilnikom, če pa bo sodišče njen tožbeni predlog zavrnilo, s tem zanjo ne bo nastala obveznost povračila stroškov toženi stranki.

V skladu z drugim odstavkom 282. člena ZPP sodišče odloči glede na stanje spisa (sodba na podlagi spisa), če na narok ne pride ena stranka, nasprotna stranka pa predlaga tako odločitev sodišča. Ob uporabi pravil ZPP v zvezi z neudeležbo strank na glavni obravnavi v upravnem sporu pa je treba poudariti pomembno razliko glede dejstev in dokazov, ki se ugotavljajo v pravnem postopku in v upravnem sporu. Sodišče prve stopnje je namreč tisto, pred katerim stranke v rednem pravnem postopku prvič navajajo dejstva in predlagajo dokaze, ki se nato izvajajo na glavni obravnavi, sodišče v upravnem sporu pa razpolaga z upravnim spisom, torej procesnim gradivom, ki ga je v predhodnem upravnem postopku zbral upravni organ (ki v upravnem sporu zastopa toženo stranko), pri čemer ga pri njegovem delu vodi načelo materialne resnice (8. člen ZUP). Čeprav upravni spis služi kot izhodišče za celoten sodni postopek in temelj za sodno odločanje o (ne)utemeljenosti tožbe, pravna teorija poudarja, da take uporabe upravnega spisa ne smemo enačiti z uporabo prvostopenjskega sodnega spisa v postopkih s pravnimi sredstvi v pravnem postopku, saj je sodni spis ustvarjen po neodvisnem in nepristranskem sodniku.⁹² Kljub temu pa je mogoče ugotoviti, da sprejemanje upravnega spisa kot dokaznega gradiva v celoti in seznanjanje z njegovo vsebino po uradni dolžnosti usmeri pogled sodnikov v upravnem sporu v *a priori* sprejemanje pogleda tožene stranke, kar tožečo stranko lahko postavi v procesno neenakovreden položaj.⁹³ Sodišče bo na podlagi predloga navzoče (tožene) stranke lahko izdalo sodbo na podlagi spisa le pod pogojem, da je že opravilo narok, na katerem so se izvajali dokazi,⁹⁴ v zvezi s čemer se postavlja vprašanje, na kateri fazi upravnega spora (oziroma na katerem naroku za glavno obravnavo) bo navzoča stranka lahko podala tak predlog. Ob upoštevanju pravkar poudarjene vloge, ki jo ima v upravnem sporu upravni spis, meniva, da bo tožena stranka to lahko storila že na prvem naroku za glavno obravnavo in da bo tak predlog najverjetneje tudi uporabila.

⁹⁰ Predlog Zakona o spremembah in dopolnitvah Zakona o upravnem sporu, delovno gradivo z dne 9. marca 2021, str. 37.

⁹¹ Prav tam, str. 41–42. Za več o tem glej razdelek 5.2.

⁹² Kerševan v Žuber (ur.), 2020, str. 165.

⁹³ Prav tam.

⁹⁴ Tako med drugim tudi sodba Višjega sodišča v Ljubljani I Cpg 824/2018 z dne 9. oktobra 2019, točka 5 obrazložitve.

5.2. Posebej o nepravilnem izostanku tožnika ali obeh strank z glavne obravnave v luči sklepa Vrhovnega sodišča RS X Ips 22/2020 z dne 26. avgusta 2020

Določba tretjega odstavka 58. člena ZUS-1 sodišču omogoča, da lahko odloči na seji, če na glavno obravnavo ne pride tožnik ali nobena od strank. Postavlja se vprašanje, kakšno je razmerje med to določbo in zakonsko ureditvijo izjem od sojenja na glavni obravnavi iz 59. člena ZUS-1. Ta dilema je zanimiva zlasti v luči sklepa Vrhovnega sodišča RS X Ips 22/2020 z dne 26. avgusta 2020, v katerem je sodišče zavzelo stališče, da je treba izjeme od sojenja na glavni obravnavi uporabljati restriktivno, saj posegajo v pravico do glavne obravnave, ki je ustavno varovana človekova pravica ter da je določba druge alineje drugega odstavka 59. člena ZUS-1 protiustavna, saj »izvedba glavne obravnave ne sme biti odvisna od presoje, katere dokaze je mogoče oziroma potrebno izvesti na glavni obravnavi, temveč je (tudi) to presojo treba opraviti neposredno na glavni obravnavi« in da »je mogoče glavno obravnavo opustiti zgolj izjemoma«. Kako naj torej sodišče ravna v primeru, ko stranka v tožbi ali odgovoru na tožbo (pod pogoji iz 20. člena ZUS-1) navaja nova dejstva ali predlaga nove dokaze, s katerimi prereka pravilnost dejanskega stanja, ki je bilo ugotovljeno v postopku izdaje upravnega akta, vendar na glavno obravnavo, na kateri naj bi se ta dejstva ugotavljala oziroma bi se izvajali dokazi, nato ne pride, da mu ne bo mogoče očitati kršitve pravice do glavne obravnave?

Na podlagi jezikovne razlage zakonskih določb bi bilo mogoče zaključiti, da gre v primeru tretjega odstavka 58. člena ZUS-1 za dodatno pravno podlago za odločanje sodišča na seji, torej da lahko sodišče odloči brez glavne obravnave, če so izpolnjeni pogoji iz tretjega odstavka 58. člena ZUS-1, ne glede na to, ali so tudi sicer izpolnjeni pogoji iz 59. člena ZUS-1. Vendar je tak sklep prenačilen. V skladu z zakonsko ureditvijo glavne obravnave in s stališči Ustavnega sodišča in Vrhovnega sodišča je namreč tudi v upravnem sporu glavna obravnavna temeljno pravilo odločanja, za vsako izjemo od tega pravila pa mora obstajati ustavno dopusten razlog. Zato tudi že sama odsotnost strank ali tožnika na glavni obravnavi ne more biti *per se* podlaga za sojenje sodišča na seji, temveč mora sodišče glede na vse okoliščine konkretnega primera presoditi, ali opustitev glavne obravnave pomeni poseg v pravico do glavne obravnave iz 22. člena Ustave. Posledica neizvedene glavne obravnave je namreč, da predlagani dokazi ne bodo izvedeni, zamujena pa bo tudi možnost stranke predlagati dokaze na glavni obravnavi, kar je lahko problematično zlasti v primerih, ko je nove dokazne predloge podala stranka, ki se je razpisane glavne obravnave udeležila (torej toženec). Odločanje na seji namreč pomeni, da sodišče (novega) dejanskega stanja ne bo smelo ugotavljati, temveč bo vezano na ugotovitve iz upravnega postopka, s čimer bo dejansko posledice neudeležbe tožnika trpela nasprotna stranka, to je toženec, kar pa ni *ratio legis*.⁹⁵ Zaradi uresničitve pravice do izjave

⁹⁵ Drugače o tem Smrekar v Kerševan (ur.), 2019, str. 329–330.

bi zato sodišče v takih okoliščinah primera moralo izvesti glavno obravnavo v nenavzočnosti tožnika, na kateri bi ugotovljalo nova dejstva oziroma izvedlo predlagane dokaze.⁹⁶ Sodišče glavne obravnave zaradi nenavzočnosti praviloma prav tako ne bo smelo opustiti v primeru spora polne jurisdikcije, saj je eden od pogojev za sprejem meritorne odločitve pravilno ugotovljeno dejansko stanje, ki pa ga sodišče lahko ugotavlja le na glavni obravnavi.⁹⁷ Za drugačen položaj pa bo šlo v primeru, ko bo glavna obravnavo razpisana (tudi) zaradi odprave v tožbi zatrjevane kršitve pravil upravnega postopka, ki se nanašajo na pravico udeleževati se postopka kot stranka ali stranski udeleženec (prva alineja tretjega odstavka 59. člena ZUS-1) ali na kršitev strankine pravice do izjave (druga alineja tretjega odstavka 59. člena ZUS-1), stranka, katere pravica je bila kršena, pa nanjo ni prišla. Treba je šteti, da se je stranka z neupravičeno odsotnostjo na pravilno razpisani glavni obravnavi odpovedala sanaciji kršitve,⁹⁸ zato lahko sodišče, če niso podane druge okoliščine, ki terjajo izvedbo glavne obravnave (v nenavzočnosti), odločitev sprejme na seji.

Iz navedenega tako izhaja, da je treba določbo tretjega 58. člena ZUS-1 brati v povezavi z 59. členom ZUS-1 in ne kot povsem samostojno in ločeno pravno podlago za odločanje na seji, kar pomeni, da mora sodišče v vsakem primeru posebej pretehtati, ali zahteva po učinkovitem sodnem varstvu od sodišča zahteva, da (navzočim) strankam omogoči neposredno, javno in ustno izjavljanje pred sodiščem.⁹⁹ Prav tako mora sodišče razloge za odločanje na seji v vsakem konkretnem primeru jasno in argumentirano pojasniti. S tega vidika je zato sporna predlagana ureditev, ki v primeru nepristopa tožnika ali obeh strank na glavno obravnavo kot pravilo uveljavlja odločanje na seji (tj. obligatorna izvedba seje) in sodišču ne dopušča več procesne možnosti izvedbe glavne obravnave (izpušča namreč besedo »lahko«, glej 15. člen ZUS-1C). Predlagatelj zakona tako ureditev utemeljuje s tem, da je osebna navzočnost na glavni obravnavi zgolj pravica stranke, ne pa tudi njena dolžnost in se ji zato lahko tudi odpove.¹⁰⁰ Ugotavlja, da je predlagatelj najverjetneje sledil ustaljeni sodni praksi ESČP, v skladu s katero so jamstva, ki izhajajo iz 6. člena EKČP, razpoložljiva,¹⁰¹ zato se posameznik lahko odpove pravici do glavne obravnave, bodisi izrecno bodisi konkludentno, če je taka odpoved podana na nedvoumen način in ne sme nasprotovati kakšnemu pomembnemu javnemu interesu.¹⁰² Vendar pa trenutna ureditev odpovedi pravice do glavne obravnave v ZPP (279.a člen),

⁹⁶ Tako ureditev poznajo tudi na Hrvaškem.

⁹⁷ Za več o tem glej Štemberger v Žuber (ur.), 2020, str. 190–197.

⁹⁸ O tem tudi Smrekar v Kerševan (ur.), 2019, str. 329–330.

⁹⁹ O tem glej sklep Vrhovnega sodišča RS X Ips 22/2020 z dne 26. avgust 2020, točka 11 obrazložitve.

¹⁰⁰ Glej Predlog Zakona o spremembah in dopolnitvah Zakona o upravnem sporu, delovno gradivo z dne 9. marca 2021, str. 41–42. Glej tudi Žuber v Žuber (ur.), 2020, str. 28.

¹⁰¹ Sodba velikega senata ESČP v zadevi *Hermi proti Italiji*, št. 18114/02, z dne 18. oktobra 2006, točka 73; sodba ESČP v zadevi *Natslishvili in Togonidze proti Gruziji*, št. 9043/05, z dne 29. aprila 2014, točke 90–92.

¹⁰² Za več o tem glej tudi Lovšin v Žuber (ur.), 2020, str. 73–74.

ki se v skladu z enotnim stališčem teorije uporablja tudi v upravnem sporu, dopušča le pisno, ne pa tudi konkludentne odpovedi pravici do glavne obravnave, tej pravici pa se morajo (pisno) odpovedati vse stranke postopka (in ne le ena od strank).¹⁰³ Prav tako je v skladu z ZPP odpoved pravici do glavne obravnave dopustna samo v primerih, ko lahko sodišče odloči v sporu na podlagi pisnih vlog strank, kar pa v primeru novih dokaznih predlogov ne bo vselej izpolnjeno (če denimo stranka predlaga zaslišanje priče). Ob tem je treba še poudariti, da se predlagatelj pri utemeljevanju nove zakonske ureditve sklicuje na sodbo Višjega sodišča v Ljubljani II Cp 675/2010 z dne 21. aprila 2010, ki se nanaša na odsotnost stranke v pravdi. Odsotnost stranke na pripravljalnem naroku ali glavni obravnavi v pravnem postopku pa ni razlog za sojenje na seji, temveč za izvedbo naroka v nenavzočnosti odsotne stranke, zato tega stališča ni mogoče samodejno uporabiti kot argument za sojenje na seji v upravnem sporu.

5.3. Posebej o neupravičenem izostanku toženca

Odsotnost pravilno vabljenega toženca na glavni obravnavi je v skladu s trenutno veljavno ureditvijo razlog za sojenje v njegovi nenavzočnosti. Predlog novele ZUS-1C te pravne posledice ne vsebuje več, temveč ureja le še položaj, ko se pripravljalnega naroka ali glavne obravnave ne udeleži tožnik ali nobena od strank. Razlogov za to v obrazložitvi predloga zakona ni mogoče najti, kar kaže, da gre najverjetneje za pomoto zakonodajalca. Če pa bo taka ureditev sprejeta, se lahko v praksi postavi vprašanje, kako naj sodišče ravna, če na pripravljalni narok ali glavno obravnavo ne pride pravilno vabljen toženec. Ob upoštevanju 22. člena ZUS-1, ki predpisuje subsidiarno uporabo določb ZPP, se bo sodišče najverjetneje oprlo na določbe 282. člena ZPP. Kot je bilo že pojasnjeno zgoraj, pa omenjena določba ne ustreza v celoti posebni naravi upravnega spora, zaradi česar je njena uporaba v praksi vprašljiva.

V zvezi s sankcijo izgube pravice do povrnitve nadaljnjih stroškov postopka v upravnem sporu, če stranka ne pride na pripravljalni narok, ugotavljava, da trenutna ureditev pravil o stroških postopka po 25. členu ZUS-1 in Pravilniku tožene stranke ne motivira k udeležbi na naroku. V primeru uspeha tožene stranke (če sodišče tožbo zavrne ali zavrzé) bo v skladu s četrtnim odstavkom 25. člena ZUS-1 vsaka stranka trpela svoje stroške postopka, kar za toženo stranko ni ustrezna spodbuda za aktivno sodelovanje v postopku. Edina izjema velja za primer, ko bo Upravno sodišče odločilo v sporu polne jurisdikcije, saj bo takrat o stroških postopka odločeno na podlagi ZPP (prvi odstavek 25. člena ZUS-1), kar pa je v praksi izjema in ne pravilo, saj ureditev upravnega spora temelji na sporu o zakonitosti dokončnih upravnih aktov.¹⁰⁴

¹⁰³ Žuber v Žuber (ur.), 2020, str. 23–24; in Smrekar v Kerševan (ur.), 2019, str. 304.

¹⁰⁴ Glej Štemberger v Žuber (ur.), 2020, str. 180–181.

Novela ZUS-1C, ki predvideva odločanje o višini in povračilu stroškov po pravilih ZPP v vseh primerih, ko bo sodišče odločalo na glavni obravnavi, pa bo po najinem mnenju toženo stranko ustrezno motivirala k udeležbi v postopku, saj ji bo dana možnost, da uveljavlja stroške, ki so ji nastali v konkretnem postopku, kar ji je po trenutni ureditvi onemogočeno. Tožena stranka bo tudi bolj motivirana k aktivnemu sodelovanju na glavni obravnavi, saj v primeru uspeha tožeča stranka sodišče v izreku ne bo več »zgolj« odpravilo upravnega akta, ugotovilo njegove nezakonitosti oziroma naložilo organu, naj ga izda in vroči, temveč bo toženi stranki v plačilo naložilo (praviloma) višje stroške postopka.

V primeru odsotnosti tožene stranke s poznejših narokov bo tožeča stranka v skladu z drugim odstavkom 282. člena ZPP sodišču lahko predlagala izdajo sodbe na podlagi spisa. Ob upoštevanju zgoraj predstavljene specifične narave upravnega spora, v katerem sodišče že pred izvedbo glavne obravnave razpolaga s procesnim gradivom v obliki upravnega spisa, ki ga je v predhodnem upravnem postopku zbral organ, ki toženo stranko zastopa v upravnem sporu, ugotavlja, da tožeča stranka ob odsotnosti tožene stranke praviloma ne bo zainteresirana za podajo predloga odločitve glede na stanje spisa, saj si bo praviloma prizadevala za to, da sodišče na glavni obravnavi izvede dokaze, ki jih je predlagala v tožbi.

Ob vsem navedenem meniva, da 25. člen ZUS-1 ter prvi in drugi odstavek 282. člena ZPP trenutno ne vsebujejo ustreznih mehanizmov, s katerimi bi toženo stranko spodbudili ali prisilili k udeležbi na glavni obravnavi. Pravnih posledic, ki toženo stranko doletijo zaradi neupravičene odsotnosti z glavne obravnave, skoraj ni. V nadaljevanju je zato treba ugotoviti, ali danes veljavna ureditev upravnega spora omogoča katere druge mehanizme prisile, s katerimi bi bilo mogoče toženo stranko motivirati k udeležbi na glavni obravnavi oziroma ustrezno sankcionirati njeno neupravičeno odsotnost. Pri tem je treba upoštevati tudi zgoraj predstavljena stališča Ustavnega sodišča v zvezi s sorazmernostjo posegov v pravico stranke do izjave in sodnega varstva.¹⁰⁵

6. Namesto sklepa – predlogi *de lege ferenda*

Ker ZUS-1 pravne posledice neudeležbe strank na pripravljalnem naroku in glavni obravnavi v upravnem sporu ureja precej skopo, je treba v primeru odsotnosti posebnih določb v skladu z 22. členom ZUS-1 uporabiti določbe 282. člena ZPP. Vendar meniva, da je učinek te določbe v upravnem sporu omejen iz več razlogov. Zaradi specialne ureditve pravil o povračilu stroškov v upravnem sporu meniva, da sankcija iz prvega odstavka 282. člena ZPP, ki stranki, ki se ne udeleži pripravljalnega naroka, jemlje pravico zahtevati povračilo nadaljnjih stroškov postopka, v upravnem sporu ni ustrezna spodbuda za udeležbo na pripravljalnem naroku. To velja še zlasti z vidika tožene stranke, ki v primeru uspeha v upravnem sporu (če sodišče tožbo zavrže ali zavrne) nosi svoje stroške postopka,

¹⁰⁵ Glej razdelek 4.

v nobenem primeru (razen v sporu polne jurisdikcije) pa ne more zahtevati njihovega povračila. Meniva, da je predlog novele ZUS-1C, ki predvideva uporabo pravil o računanju in povračilu stroškov po ZPP v vseh primerih, ko bo Upravno sodišče odločilo na glavni obravnavi, korak k večji spodbudi toženca za udeležbo na glavni obravnavi, saj bo, drugače od trenutne ureditve, lahko uveljavljal nastale stroške in v primeru uspeha tudi zahteval njihovo povračilo. Smiselno enako velja tudi za tožnika.

ZPP v drugem odstavku 282. člena določa, da če na poznejši narok ne pride nobena stranka, sodišče izda sodbo na podlagi stanja spisa, če je pred tem izvedlo narok, na katerem je izvajalo dokaze, in je dejansko stanje dovolj pojasnjeno. Enako ravna v primeru, ko na poznejši narok ne pride ena stranka, druga stranka pa predlaga izdajo sodbe na podlagi stanja spisa. Pri uporabi te določbe v upravnem sporu je treba upoštevati, da je bil predhodno že izveden upravni postopek, v katerem je pristojni organ zbral relevantno procesno gradivo, ki je v primeru upravnega spora v obliki upravnega spisa praviloma tudi posredovano sodišču. Čeprav teorija opozarja, da se sodišče ne sme opirati na upravni spis na enak način, kot se instančna sodišča opirajo na prvostopenjski sodni spis v pravdi, je mogoče trditi, da upravni spis usmerja sodnikov pogled *a priori* v sprejemanje stališč tožene stranke kot verodostojnejše. Zaradi vloge, ki jo ima upravni spis v upravnem sporu, je v zvezi z določbo drugega odstavka 282. člena ZPP mogoče zavzeti stališče, da je sodbo na podlagi stanja spisa mogoče izdati že na prvem naroku za glavno obravnavo. Iz tega izhaja, da tožeča stranka praviloma ne bo zainteresirana za podajo takega predloga, če se tožena stranka naroka za glavno obravnavo ne bo udeležila, saj si bo praviloma prizadevala, da sodišče na glavni obravnavi ugotavlja dejstva in izvaja predlagane dokaze. Tožena stranka pa bo tak predlog, če bo sodišče izvedlo glavno obravnavo v nenavzočnosti tožeče stranke, najverjetneje uporabila.

Določba tretjega odstavka 58. člena ZUS-1, ki sodišče pooblašča, da lahko sodi na seji, če se glavne obravnave ne udeleži tožeča stranka ali nobena od strank glede na novejša stališča sodne prakse o pomenu pravice do glavne obravnave kot človekove pravice ni povsem neodvisna pravna podlaga za sojenje na seji, temveč jo je treba brati v povezavi s siceršnjimi izjemami od sojenja na glavni obravnavi iz 59. člena ZUS-1. Sodišče bo tako glavno obravnavo zaradi nenavzočnosti tožnika ali obeh strank lahko opustilo zgolj izjemoma, če bodo za to podani ustavno dopustni razlogi, ki jih mora tudi v vsakem primeru posebej utemeljiti. V tem primeru namreč ni mogoče šteti, da se je odsotna stranka svoji pravici do osebne navzočnosti odpovedala, saj je lahko v skladu z določbami ZPP odpoved pravici do glavne obravnave le pisna, odpovedati pa se ji morata obe stranki. S tega vidika je zato problematičen predlog novele ZUS-1C, ki v primeru nenavzočnosti tožnika ali obeh strank določa obligatorno odločanje na seji. S takim predlogom bo izničen tudi namen sankcije po prvem odstavku 282. člena ZPP, saj bo tožnik kljub uspehu zaradi (obligatornega) odločanja na seji upravičen le do povračila stroškov v skladu s Pravilnikom.

Glede na vse navedeno meniva, da trenutna ureditev ne predstavlja učinkovitega sistema, s katerim bi bilo mogoče stranke v upravnem sporu ustrezno motivirati k udeležbi na pripravljalnem naroku in glavni obravnavi, kar se v praksi kaže tudi v tem, da toženec na narok za glavno obravnavo pogosto sploh ne pride. Zato bi bilo ob neupravičenem izostanku tožene stranke ustrezneje predvideti drugačne pravne posledice. Kot zanimiva alternativa se kaže sankcija priznanja dejstev, ki jih tožena stranka ni prerekala, pa ta niso bila podlaga za odločanje v postopku izdaje upravnega akta, tožeča stranka pa glede njihovega navajanja ni prekludirana. Taka sankcija bi bila skladna tudi s stališči, ki jih je zavzelo Ustavno sodišče, saj bo sodišče že pred glavno obravnavo razpolagalo s procesnim gradivom, ki ga je v predhodnem upravnem postopku zbral upravni organ, ki v upravnem sporu zastopa toženo stranko. Prav tako pozdravljala predlog novele ZUS-1C v delu, ki predpisuje, da se bodo v primeru izvedbe glavne obravnave stroški vedno presojali po pravilih ZPP, in sicer iz zgoraj predstavljenih razlogov. Ne glede na to pa bi bilo treba še enkrat preučiti nekatere predloge ZUS-1C (denimo izpad določbe, ki ureja pravne posledice nenavzočnosti toženca na pripravljalnem naroku in glavni obravnavi, obligatorna izvedba seje v primeru odsotnosti tožnika ali obeh strank), da bi se izognili novim pravnim dilemam v teoriji in praksi.

Literatura

- Ambrožič, M. (2018) 'Pravna ureditev glavne obravnave v ZUS-1 in področni zakonodaji' v Žuber, B. (ur.) (2018) *Pomen prakse in zahtev ESČP za izvedbo glavne obravnave v upravnem sporu*. Ljubljana: Pravna fakulteta Univerze v Ljubljani, str. 26–34.
- Borkovič, I. (2002) *Upravno pravo*. Zagreb: Narodne novine.
- Brinovec, U. in Pokrajčević, D. (2018) 'Glavna obravnavna v nemški ureditvi upravnega spora' v Žuber, B. (ur.) (2018) *Pomen prakse in zahtev ESČP za izvedbo glavne obravnave v upravnem sporu*. Ljubljana: Pravna fakulteta Univerze v Ljubljani, str. 128–138.
- Briški, L. in Lovšin, Š. (2018) 'Primerjalnopravna ureditev obveznosti izvedbe glavne obravnave v Republiki Avstriji' v Žuber, B. (ur.) (2018) *Pomen prakse in zahtev ESČP za izvedbo glavne obravnave v upravnem sporu*. Ljubljana: Pravna fakulteta Univerze v Ljubljani, str. 118–127.
- Đerđa, D. in Kryška, D. (2018) 'Neka rješenja upravnog spora u usporednom pravu: kako unaprijediti hrvatski upravni spor?' v *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci* 39(1), str. 91–126.
- Đerđa, D. (2010) 'Neka rješenja novog uređenja upravnog spora u Hrvatskoj' v *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu* 47 (1), str. 65–92.

- Eyermann, E. in Fröhler, L. (2010) *Verwaltungsgerichtsordnung. Kommentar*. München: C. H. Beck.
- Galič, A. (2017) 'Priprava glavne obravnave po noveli ZPP-E' v *Odvetnik* 18(3), str. 8–12.
- Galič, A. (2004) *Ustavno civilno procesno pravo. ustavna procesna jamstva, ustavna pritožba – meje preizkusa in postopek*. Ljubljana: GV Založba.
- Jerovšek, T. (ur.) (2001) *Predpisi o upravnem sporu*. Ljubljana: Uradni list Republike Slovenije.
- Kerševan, E. (ur.) (2019) *Zakon o upravnem sporu s komentarjem*. Ljubljana: Lexpera (GV Založba).
- Kerševan, E. (2020) 'Dokazovanje na glavni obravnavi v upravnem sporu' v Žuber, B. (ur.) (2020) *Glavna obravnava pred upravnim sodnikom*. Ljubljana: Pravna fakulteta Univerze v Ljubljani, str. 159–174.
- Kljajič, R. in Štemberger, K. (2018) 'Primerjalnopravna ureditev obveznosti izvedbe glavne obravnave v Republiki Hrvaški' v Žuber, B. (ur.) (2018) *Pomen prakse in zahtev ESČP za izvedbo glavne obravnave v upravnem sporu*. Ljubljana: Pravna fakulteta Univerze v Ljubljani, str. 139–156.
- Levovnik, J. (2017) 'Priprave na glavno obravnavo in glavna obravnava po noveli ZPP-E' v *Odvetnik* 18 (3), str. 12–14.
- Lovšin, Š. (2020) 'Obveznost izvedbe glavne obravnave v upravnem sporu in standardi Evropskega sodišča za človekove pravice' v Žuber, B. (ur.) (2020) *Glavna obravnava pred upravnim sodnikom*. Ljubljana: Pravna fakulteta Univerze v Ljubljani, str. 59–86.
- Sovdat, J. (2020) 'Glavna obravnava v volilnih in referendumskih sporih' v Žuber, B. (ur.) (2020) *Glavna obravnava pred upravnim sodnikom*. Ljubljana: Pravna fakulteta Univerze v Ljubljani, str. 203–227.
- Staničić, F., Britvić Vetma, B. in Horvat, B. (ur.) (2017): *Komentar zakona o upravnim sporovima*. Zagreb: Narodne novine.
- Štemberger, K. (2020) 'Dolžnost izvedbe glavne obravnave glede na vrsto upravnega spora' v Žuber, B. (ur.) (2020) *Glavna obravnava pred upravnim sodnikom*. Ljubljana: Pravna fakulteta Univerze v Ljubljani, str. 177–197.
- Ude, L. in Galič, A. (ur.) (2006) *Pravdni postopek, zakon s komentarjem: 2. knjiga*. Ljubljana: GV Založba.
- Žuber, B. (2020) 'Materialno procesno vodstvo v upravnem sporu' v Žuber, B. (ur.) (2020) *Glavna obravnava pred upravnim sodnikom*. Ljubljana: Pravna fakulteta Univerze v Ljubljani, str. 119–155.

- Žuber, B. (2019) 'Pomen glavne obravnave v upravnem sporu' v Kambič, M. in Škrubej, K. (ur.) (2019) *Odsev dejstev v pravu: da mihi facta, dabo tibi ius: liber amicorum Janez Kranjc*. Ljubljana: Pravna fakulteta Univerze v Ljubljani, str. 485–494.
- Žuber, B. (2019) 'The Slovenian perspective of a main hearing in an administrative dispute' v *Administrativne pravo i proces* 1, str. 57–66.
- Žuber, B. (2020) 'Ustavna izhodišča javne obravnave v upravnem sporu' v Žuber, B. (ur.) (2020) *Glavna obravnava pred upravnim sodnikom*. Ljubljana: Pravna fakulteta Univerze v Ljubljani, str. 17–40.

*Aleš Novak**

Pravičnost onkraj zakona

Svobodnopravno gibanje in iskanje nove zasnove prava

1. Vrhunec ali začetek razkroja?

Začetek dvajsetega stoletja je dal vtis vrhunca nekega obdobja v zgodovini prava. Nekaj let poprej se je vdala še zadnja pomembna trdnjava evropskega kontinenta, ki se je upirala kodifikaciji. Medtem ko je val kodifikacij pomemben del Evrope preplaval v stoletju, ki se je poslavljalo,¹ pa je kodifikacijsko vnemo v Nemčiji ohladil Savignyjev odločni odziv na poskus, da bi francoskemu in avstrijskemu zgledu sledili tudi v nemškem prostoru. Nasproti razsvetlenskemu idealu kodifikacije, ki ga je v nemškem prostoru posebljal Thibautjev poziv k sprejemu »splošnega civilnega prava za Nemčijo«,² je postavil vizijo postopnega in organskega razvoja prava.³ Mistična in poudarjeno nacionalistična predstava o pravu kot izrazu narodnega duha je v ozračju oblikovanja enotne nemške identitete padla na dovolj plodna tla, da so se kodifikacijski napor ustavili za dobrega pol stoletja. Prizadevanja, ki jih je navdihoval revolucionarni zanos zamisli, da je mogoče tudi v svetu prava pomesti z »navlaklo zgodovine« in pravo zasnovati zgolj na razumu, so ob zori novega stoletja obrodila svoj zapoznani sad. S prvim januarjem leta 1900 je v Nemčiji začel veljati civilni zakonik. Proces, ki je bil zasnovan v nedrjih osemnajstega stoletja, je bil s tem »veličastnim«⁴ dosežkom v najpomembnejšem delu končan.

* *Katedra za teorijo in sociologija prava, Pravna fakulteta Univerze v Ljubljani, ales.novak@pf.uni-lj.si.*

¹ Tako je bila 1863 sprejeta kodifikacija na Nizozemskem, 1866 v Italiji, 1864 v Romuniji, 1867 na Portugalskem in 1889 v Španiji. V Belgiji in Luksemburgu pa je tudi po koncu francoske okupacije v veljavi ostal *Code Napoléon*; prim. Bergel, 1987–1988, str. 1075.

² Wieacker, 1996, str. 390. Več o polemiki glej prav tam, str. 390–396; in Fassò, 2002, str. 45–48.

³ Savigny, 1814, str. 11 *et passim*.

⁴ Slavospevi, ki so jih zakoniku peli v Nemčiji, so za sodobnega bralca pogosto na meji dobrega okusa; prim. Stolte, v delu: *Historisch-kritischer Kommentar zum BGB I.* (2003), str. 10.

Čeprav so daljnovidnejši duhovi že slutili, da bo novi čas pravni znanosti odmeril nekoliko skromnejšo vlogo, pa je bil sprejem zakonika hkrati tudi zmagoslavje pravne znanosti. V obdobju, ko je prevlada zgodovinske šole prava zaustavila prizadevanja za oblikovanje zakonika, so se s polno močjo nadaljevala prizadevanja pravne znanosti, da analizira, sistematizira in strukturira veljavno pravo. Nemški civilni zakonik je nastajal pod taktirko najuglednejših univerzitetnih profesorjev in se precej bolj kot katerakoli prejšnja kodifikacija opiral na dogmatična spoznanja pravne znanosti. Ko je nekaj let po združitvi Nemčije ideja kodifikacije znova zaživela,⁵ so zaporedne redakcijske komisije lahko gradile na trdnem temelju »pravniškega prava«,⁶ ki si ga je kot izhodišče kodifikacije predstavljal tudi Savigny.

Vsak vrhunec pa s seboj prinese napuh, ki mu tudi v moč kodifikacij zaverovani Evropi ni uspelo povsem ubežati. Korak predaleč je vera v zakonik stopila, ko je v njem začela videti popolno stvaritev človeka, ki si poleg obvladovanja sedanjosti lasti tudi oblast nad prihodnostjo. Tu se v drzni zamisli, ki se napaja iz človekova naraščajoče samozavesti, začnejo kazati znaki njenega zatona. Glasnik tega postopnega zatona pa ni nihče drug kot svobodnopravno gibanje.

2. Kodifikacijska ideologija

V času po sprejemu velikih kodifikacij lahko skoraj brez izjeme opazujemo postopno, a gotovo premikanje težišča pravodajne dejavnosti v sfero zakonodajne oblasti. Na kontinentu, še zlasti v osrednji Evropi, je šel ta premik na rovaš pravne znanosti, ki se je morala odreči pomembni vlogi pri ustvarjanju prava. Ideja kodifikacije, ki se je razcvetela v devetnajstem in začetku dvajsetega stoletja, pa je več kot le prepričanje o potrebi po prenosu težišča pravodajne dejavnosti v sfero zakonodajne oblasti ali težnja po povečevanju obsega zakonodajnega urejanja. Ideja kodifikacije se nam v tem času kaže kot prava konstelacija predpostavljenih pravnofilozofskih podmen, ki prebijajo ozke meje zakonodajnega urejanja, in pomenijo destilat povsem določene pravnofilozofske in pravnopolitične države.

Kodifikacija tako uteleša jasno izoblikovano ideologijo,⁷ ki presega le prepričanje o smotrnosti celovitega in sistematičnega zakonodajnega urejanja zaokroženih področij družbenega življenja. Prva ključna razlika, ki jo vnese kodifikacijska ideologija, je drugačen pristop k pravnemu urejanju. Vse do kodifikacij je bilo pravno urejanje pretežno odziv na probleme, s katerimi se je v danem trenutku soočala družba. Najbolj jasno je to mogoče prepoznati v modelu precedenčnega odločanja: sodna odločitev je vedno odziv

⁵ Delo na prvih osnutkih nove kodifikacije se je začelo leta 1874 in se končalo s sprejemom civilnega zakonika leta 1896. leta. Prim. Stolte, v delu: *Historisch-kritischer Kommentar zum BGB I.* (2003), str. 8–10.

⁶ Savigny, 1814, str. 14.

⁷ Merryman, 1996, str. 26 in nasl.

na konkreten problem. Podobno velja tudi za model zakonodajne dejavnosti, značilne za antični Rim. *Lex* je bila najpogosteje poskus ureditve konkretnega spornega vprašanja⁸ in je v klasični dobi redko kazala željo po vseobsežni ureditvi posameznega področja. V dobi razsvetljenstva se naraščajoča človekova samozavest kaže tudi v želji po »prehitevanju« življenja, v težnji, da bi vnaprej predvideli vse sporne situacije, možne probleme, prihodnje točke razhajanj in jih uredili, še preden nastopijo. Zakon postane v dobi razsvetljenstva vzvod za razumsko obvladovanje negotove prihodnosti.

Negotovosti pa se lahko obvarujemo le tako, da je urejanje vseobsežno in popolno. Kodifikacija mora k urejanju družbenih odnosov zato pristopiti sistematično in celovito. Sistematičnost tu ne pomeni le notranje usklajenosti zakonodajnega podviga, ki se kaže v odsotnosti antinomij.⁹ Kodifikacija teži k vzpostavitvi sistema, ki je sposoben »samozapolnjevanja«, kot to pozneje opiše Carnelutti.¹⁰ Če kodifikacija ne preskrbi izrecnega odgovora na neki problem, potem nam njena sistematična narava ponuja možnost, da na logičen način pridemo do njegove rešitve. Pravni sistem se nam tako začne kazati kot logično sklenjen red, v katerem izrecne pravne rešitve dopolnjuje bogastvo prikritih, a že nakazanih rešitev, ki jih je mogoče po razumski poti zlahka dokončno razkriti. Pravne praznine so zato izmišljen problem, saj nam zakonik neposredno ali posredno ponuja vse potrebne odgovore. Kodifikacija postane samozadosten sistem, ki ne potrebuje in ne išče več povezave z življenjem. Odmaknjenost od konkretnega naj bi pravni znanosti omogočila objektivnost, h kateri po zgledu naravoslovnih znanosti stremi. Sistematičnost tako hkrati zagotavlja tudi celovitost urejanja. Pravni sistem, ki ga vzpostavlja kodifikacija, teži k vseobsežni ureditvi posameznega področja družbenega življenja.¹¹

Ideologija kodifikacije pa ima tudi močne pravnopolitične temelje. Prizadevanje, da bi napravili zakonik za osrednji vir prava, ni le teoretično razpravljanje o pravnih virih, temveč tudi prikriti boj za politično moč, ki se navezuje na možnost ustvarjanja prava. Ta je bila prej pretežno v rokah sodne veje oblasti,¹² težišče moči pa se s povečevanjem pomena postavljenega prava začne premikati v sfero zakonodajne oblasti. Ta premik seveda ni naključen, temveč zrcali spremenjeno razmerje moči v družbi takratnega časa. Moč plemstva, ki ga pooseblja vladar (in ponekod drugi dom parlamenta) se postopno umika moči meščanstva, ki postopno prevlada v predstavnem organu. Nedvomno

⁸ Prim. Kranjc, 2020, str. 99.

⁹ Bergel opozarja predvsem na ta vidik. Prim. Bergel, 1987–1988, str. 1083. Tallon po drugi strani opozarja predvsem na urejeno povezavo med različnimi pravnimi vodili, oblikovanje splošnih pojmov in uporabo logične klasifikacije. Prim. Tallon, 1979, str. 4.

¹⁰ Pojem, ki ga uporabi, je *autointegrazione*. Carnelutti, 1940, str. 144–152.

¹¹ Prim. Scarman, 1966–1967, str. 358. Za prelom s starejšo zgodovinsko tradicijo, ki je priznavala nevseobsežnost politične oblasti in s tem tudi meje njenega pravnega urejanja, glej Grossi, 2007, str. 14 in nasl.

¹² Pred očmi imam zlasti francosko izkušnjo. Sodna veja je bila – delno zaradi kupovanja služb, delno pa zaradi zahtevane izobrazbe – v času pred francosko revolucijo dostopna le višjim slojem.

dejstvo seveda je, da je le predstaviški organ imel določeno politično legitimacijo v obliki splošnih volitev.¹³ Na tej oporni točki je zasnovano naslednje pomembno ideološko izhodišče kodifikacije: ideja delitve oblasti. Tri osrednje funkcije oblasti naj bi bile tako razdeljene med tri sklope državnih organov. Zakonodajna veja oblasti, ki ima neposredno legitimacijo, naj bi bila pristojna za ustvarjanje prava, sodna veja za njegovo razlaganje, izvršilna veja oblasti (ki je bila v tistem času marsikje še v rokah vladarja) pa naj bi zakone izvrševala.

Povezava načela delitve oblasti s prepričanjem, da lahko iz kodifikacije logično izpeljemo odgovore na vsa vprašanja, ki jih zakonodajalec ni izrecno predvidel, pa omogoči oblikovanje morda najspornejšega vidika kodifikacijske ideologije, ki se kaže v jasno opredeljeni filozofiji razlage prava. Čeprav so različni avtorji to interpretativno filozofijo (ali nekatere vidike take filozofije) enačili bodisi s pravnim pozitivizmom¹⁴ – in tako prezrli, da gradi na miselnem modelu racionalističnega naravnega prava – bodisi s pojmovno jurisprudenco¹⁵ – in tako prezrli zelo podobna izhodišča francoske različice te filozofije, ki jo pooseblja eksegetična šola,¹⁶ postaja jasno, da gre za pristop, ki ni vezan na specifično pravnofilozofsko šolo ali na konkretno kulturno okolje. Wróblewski, denimo, tak pristop opisuje kot ideologijo vezanega sodnega odločanja.¹⁷

3. Kritika, ne oblikovanje nove teorije

Svobodnopravno gibanje je mogoče najboljšje razumeti kot upor zoper kodifikacijsko ideologijo. V svojem jedru gre za izrazito kritično gibanje, ki želi predvsem razgaliti pomanjkljivosti prevladujoče pravne doktrine, odreka pa se ambiciji, da bi izoblikovalo lastno doktrino.¹⁸ Njene privržence tako bolj povezuje nezadovoljstvo z odgovori, ki jih

¹³ Čeprav volilna pravica še zdaleč ni bila enaka. Prim. Pitamic, 1926, str. 308 in nasl., kjer avtor opisuje načine, s katerimi so sodobni volilni sistemi izigrali idejo enakosti volilne pravice.

¹⁴ Na primer Wieacker, 1996, str. 579; ali Lombardi Vallauri, 1967, str. 217. Zanimivo je, da privrženci svobodnopravnega gibanja filozofije razlage prava, ki izvira iz kodifikacijske ideologije, ne enačijo vespovprek s pravnim pozitivizmom. Kot cilj svoje kritike opredelijo nekatere vidike pravnega pozitivizma, kot so na primer prepričanje, da obstaja le državno pravo (Kantorowicz, 2020, str. 68) ali prepričanje, da je postavljeno pravo edini vir prava (Rumpf, 1906, str. 31).

¹⁵ Ta očitek je bil med privrženci svobodnopravnega gibanja precej pogostejši: Na primer Heck, 1909, str. 1457; Fuchs, 1910, str. 283 in nasl.; ter Kantorowicz, 1925, str. 6.

¹⁶ Prim. Pavčnik, 2013, str. 291–292.

¹⁷ Wróblewski, 1992, str. 273–279.

¹⁸ Prav zaradi pomanjkanja pozitivnega programa in pogoste odsotnosti soglasja o temeljnih teoretičnih izhodiščih je zato veliko primerneje kot o šoli svobodnega prava govoriti o svobodnopravnem gibanju. Najobširnejšo utemeljitev za opisano terminološko izbiro ponuja Lombardi Vallauri v delu *Saggio sul diritto giurisprudenziale* (1967), str. 221–229. Prim. tudi Schmidt, 1968, str. 7–8; in Pokrovac, 2018, str. 550–553.

ponuja splošno sprejeta doktrina, kot pa strinjanje o ponujenih rešitvah. V gibanju bi tako zaman iskali osrednjo osebo ali skupno filozofsko izhodišče. Prav tako so jalovi poskusi, da bi v domala nepreglednem številu različnih razmišljanj, prepričanj, zamisli in teoretičnih poskusov našli točke soglasja, na katerih bi lahko utemeljili notranje skladno teoretično zgradbo. Enako neuspešno bi bilo iskanje stabilnega jedra tega gibanja.¹⁹ Številni svobodnopravniki so se gibanju pridružili le za krajši čas ali pritrjevali le nekaterim prevladujočim stališčem gibanja. Gibanje je bilo omejeno na kratko obdobje in sestavljeno iz posameznikov, ki se niso dojemali kot izključne privrženice izoblikovane teoretične doktrine ali se šteli vezane na jasna teoretična izhodišča. Iz skromnih zametkov je namreč svobodnopravno gibanje nastalo skoraj eruptivno in svoj vrh doseglo v kratkem razponu treh let, ko so izšla poglavitna »programska besedila«.²⁰ Čeprav so nekateri avtorji gojili in razvijali ključne ideje svobodnopravnega gibanja še do zgodnjih tridesetih let, pa gibanje najpozneje v sredini prvega desetletja dvajsetega stoletja izgubi svoj dinamični naboj.²¹ Gre torej za kratko, a intenzivno obdobje, v katerem ideje svobodnopravnega gibanja zagorijo z velikim plamenom, vendar temu primerno hitro tudi izgorijo. Cvet svobodnopravnega gibanja se je morda hitro usul, a to ne pomeni, da ni zasejal mnogo semen. Zgodnji sopotniki tega gibanja so odigrali pomembno vlogo v šoli interesne jurisprudence,²² ki je pravzaprav otrok tega gibanja, ter v oblikovanju sociološkega pravoznanstva,²³ opazno pa je gibanje vplivalo tudi na zametke ameriškega pravnega realizma.²⁴ Vpliv gibanja pa presega ozke časovne okvire obdobja njegovega razcveta: večina modernih pogledov na razlago prava je na tak ali drugačen način dedič revolucionarnih idej svobodnopravnega gibanja.

¹⁹ Prim. tudi Schmidt, 1968, str. 8.

²⁰ Riebschläger, 1968, str. 33–46.

²¹ Prim. Riebschläger, 1968, str. 72: »Die Freirechtsbewegung als der spezifische Versuch einer eigenen Schulgründung hat das Jahrzehnt zwischen 1900 und 1913 nicht überdauert.« in Lombardi Vallauri v delu Saggio sul diritto giurisprudenziale (1967), str. 229–240 in 240 (za strnjeno periodizacijo). Pokrovac zaton gibanja umešča v čas po prvi svetovni vojni; prim. Pokrovac, 2018, str. 515–516 in 554–557. Pokrovčeva študija se sicer osredotoča na Kantorowicza, vendar se hkrati uvršča med najbolj poglobljene študije svobodnopravnega gibanja v svetovnem merilu.

²² Poleg Ernsta Stampeja kaže omeniti zlasti Philipa Hecka, ki je bil pozneje osrednja oseba interesne jurisprudence.

²³ Utemeljitelj sociološkega pravoznanstva je bil Eugen Ehrlich, ki sodi med ustanovne očete svobodnopravnega gibanja. Več o Ehrlichovi sociologiji prava glej Igličar in Štajnpihler, 2018, str. 109–128.

²⁴ Na primer Herget in Wallace, 1987, str. 422 in nasl.; DiMatteo, 2004–2005, str. 409–416; in Pokrovac, 2018, str. 730–738.

4. Pravne praznine: »Namišljena stvaritev«²⁵ pravne teorije

Ahilova peta kodifikacijske ideologije je bila gotovo dogma o vsebinski sklenjenosti pravnega reda. Prepričanje, da je lahko zakonodajni akt venomer pomensko dovolj bogat, da lahko ponudi odgovor na sleherno vprašanje, ki bi se kadarkoli utegnilo postaviti sodniku, je ne le utemeljeno na vprašljivi filozofski podmeni, temveč se upira zdravemu razumu. V zaostreni obliki se neprepričljivost takega razumevanja prava pokaže v primeru pravnih praznin. A obstoj pravnih praznin kodifikacijski ideologiji še ne zada smrtnega udarca. O tem, da pozitivno pravo nima vnaprej pripravljenih odgovorov na sleherni pravni problem, so dvomili le redki.²⁶ Resnični spopad se je odvijal okrog vprašanja, ali je mogoče odgovore po strogo logični poti izpeljati (deducirati) iz pozitivnega prava in samo iz pozitivnega prava. Problem pravnih praznin je bil zato stičišče lepega števila dogmatičnih predpostavk kodifikacijske ideologije: popolnosti pozitivnega prava (na ravni pravnih pravil), sposobnosti pozitivnega prava, da »iz sebe« proizvede odgovore, ki jih pravna pravila (izrecno) ne ponujajo, vezanosti sodnika na zakon ter prepovedi, da bi sodnik ustvarjal pravo (onkraj prava, ki ga je zakonodajalec že postavil).

Čprav opozorila na nezadostnost dogme o popolnosti pravnega reda niso bila nova,²⁷ svobodnopравниki na to vprašanje opozorijo z obnovljeno zavzetostjo in bolj prentanjenim občutkom za vse posledice spoznanja o nepopolnosti pravnega reda. Temelje svobodnopravni kritiki dogme o neobstoju pravnih praznin položi Eugen Ehrlich v svoji obširni razpravi *Über Lücken im Rechte* iz leta 1888. V njej nedvoumno zavrne tezo o vsebinski popolnosti pravnega reda²⁸ in jasno nakaže, da mora sodnik rešitev pogosto poiskati v virih onkraj pozitivnega prava.²⁹ Zgodnja lastovica pa ostane dolgo neopazena. Ko petnajst let pozneje Ehrlich v svojem predavanju ponovi ključne ugotovitve o pravnih prazninah, se zdi, da je čas za njegovo kritiko ideologije kodifikacije dozorel. Izhodišče kritike, v kateri lahko uzremo enega redkih skupnih mest svobodnopravnega gibanja,³⁰ je prepričanje, da zakon nekaterih primerov preprosto ni predvidel in da je zato treba pravilno odločitev v konkretnem primeru poiskati »svobodno«, torej neodvisno od pozitivnega prava, saj nam ta rešitve ne ponuja. Del svobodnopravnikov ostaja pri tej, dokaj preprosti ugotovitvi, ki obstoj pravnih praznin enači z nujnostjo iskanja prava onkraj

²⁵ Ehrlich, 1903, str. 6.

²⁶ Izstopajoč predstavnik takega naziranja je bil Bergbohm, ki je načeloma zavračal obstoj pravnih praznin; Bergbohm, 1892, str. 373 in nasl. Ker je bil Bergbohm eden najvidnejših predstavnikov pravnega pozitivizma, so nekateri avtorji tako stališče pripisovali pravnemu pozitivizmu na splošno. Na primer Rumpf, 1906, str. 148 in nasl.

²⁷ Schröder, 1988, str. 338–344.

²⁸ Ehrlich, 1888, str. 447.

²⁹ Prav tam, str. 448.

³⁰ Prim. Neukamp, 1912, str. 45; Kantorowicz, 1933–1934, str. 1241; in Pokrovac, 2018, str. 242–245 in 743.

zakonskega prava.³¹ Zrcalna podoba tega spoznanja je dokončna zavrnitev dogme o neobstoju pravnih praznin, na kateri je gradil pomemben del prevladujoče pravne znanosti tistega časa, in ki prav tako postane skupno izhodišče svobodnopravnikov.³² Spoznanje se je zdelo tako samoumevno, da je le redko zahtevalo posebno utemeljitev.³³ Največkrat je zadoščala že zdravorazumska ugotovitev, da zakonodajalec pač ne more predvideti vseh morebitnih primerov, ki jih bo prihodnost prinesla pred sodni stol.³⁴

5. Nepopolnost zakona

Zakon – svobodnopravniki imajo pred očmi kult pomensko sklenjenega zakonika – je tako vedno obsojen na nepopolnost. Če je kodifikacija stremela za (vsebinsko) popolnim, jasnim in nedvoumnim ter notranje koherentnim pravom, potem svobodnopravno gibanje opozori, da je véliki projekt, ki je zaposloval najodličnejše pravne duhove od osemnajstega stoletja do tedanjih dni, spodletel. Na najbolj površinski ravni se neuspeh kodifikacij kaže v obstoju pravnih praznin. Zakonik preprosto ne doseže cilja, ki si ga je velikopotezno zastavil, saj je življenje z bogastvom konkretnih spornih primerov vedno korak pred kodifikacijo.

Svobodnopravno gibanje pa se ne ustavi le pri tej šibki točki kodifikacij. Navidezna uspešnost kodifikacij gre pogosto na rovaš uporabljanja zelo abstraktnih pojmov, ki so sposobni velike prilagodljivosti. Pravno pravilo tako ostane enako, čeprav sčasoma ureja bistveno drugačne položaje, kot si jih je zamišljal zgodovinski zakonodajalec. Wurzel opisuje take, zelo abstraktne pojme kot »ventilne pojme«,³⁵ saj imajo v pravu podobno vlogo kot varnostni ventil pri parnem kotlu, ki preprečuje, da bi ga prevelik pritisk raznesel. Podobno tudi pomensko odprti pojmi blažijo napetosti, ki bi se lahko pojavile med zahtevami življenja in togostjo postavljenega prava.³⁶ Težava pa je, da ostane tako pravno pravilo, katerega pomenski obseg z razlago zdaj ožimo, zdaj širimo, *enako* pravno pravilo le po imenu. Videz nespremenljivosti kodifikacije je tako ohranjen za ceno tega, da se spreminjanje prava odvija v odmaknjenosti sodne dvorane: besedilo zakonika mor-da ostaja enako, pomen posameznih določb pa se spreminja skladno z bibavico življenja. Kodifikacija je ideal trajnosti in nespremenljivosti dosegla samo tako, da ga je v resnici izdala. Zatekanje v okrilje abstraktnih pojmov pa odpira še eno bolečo rano. Eden od

³¹ Na primer Ehrlich, 1903, str. 3.

³² Na primer Stampe, 1905c, str. 417 in nasl.; Stampe, 1905b, str. 713 in nasl.; Kantorowicz, 2020, str. 74–75; in Rundstein, 1910, str. 9.

³³ Na primer Rumpf, 1906, str. 14 in nasl.

³⁴ Na primer Sternberg, 1904, str. 131; in Rundstein, 1910, str. 6.

³⁵ Wurzel, 1904, str. 83–93, zlasti 86.

³⁶ Rumpf nekatere pojme primerja z elastiko, ki jo lahko po mili volji raztegujemo in krčimo; prim. Rumpf, 1906, str. 134.

idealov kodifikacijskega gibanja je bilo zagotavljanje jasnega in nedvoumnega prava.³⁷ S tem, ko se skušajo kodifikacije izogniti Scili prepogostega spreminjanja prava, nasedejo na Karibdo nejasnosti abstraktnih pojmov. Kolikor bolj so pravna pravila abstraktna, opozarja Kantorowicz, toliko bolj so brez vrednosti in neuporabna, saj za njimi ne stoji nič resničnega.³⁸ Ni torej pretirano, če je Ehrlich take pomensko zelo odprte pojme opisoval kot pravne praznine.³⁹

Problem nejasnosti pa dobi zaskrbljujoče razsežnosti, ko pomenske odprtosti ni mogoče očitati le posameznim pojmom (kot so na primer narava stvari, *boni mores*, dobra vera in poštenje itd.), temveč začnemo dvomiti o pomenski določnosti jezika na splošno. Resnici na ljubo je treba priznati, da so tako daleč odšli le redki svobodnopравниki. Pomenske nestabilnosti besed se je v krogu svobodnopravnega gibanja prvi jasno zavedel Würzel. V svojem delu *Das juristische Denken* opozori na to, da lahko pri vseh besedah opazimo težnjo k širitvi njihovega pomenskega obsega.⁴⁰ Pojmi tako ne razkri-vajo več bistva nekega pojava, temveč so le »kristalizacijske niti«, ⁴¹ na katerih se nabirajo vedno novi, a povezani pomeni, ki jih beseda do tedaj ni imela. Radikalno drugačno razumevanje jezika, ki pusti za seboj ontologizem pojmovne jurisprudence in sprejme konvencionalistično razumevanje jezika, pomeni obetavno odskočno desko za drugačno razumevanje prava. Prva žrtev novega razumevanja je predstava o statičnosti pozitivnega prava, ki izvira iz nespremenljivosti zakona. Globlje razumevanje jezika nam pokaže, da spreminjanje prava ne poteka le na ravni zakonodajnega postopka, temveč da gre za naravni proces, ki je posledica spojenosti prava z jezikom. Pomen pravnih norm je odvisen od pomena besed in pojmov, ki jih pravo uporablja, ti pa so podvrženi nenehnemu spreminjanju.⁴² To seveda še ne pomeni, da je vsebina pojmov povsem razpoložljiva. Pomen besed je podoben nejasni fotografiji: posneti liki in osebe so prepoznavni, le robovi podob so nekoliko zabrisani, tako da se zdi, da se podobe prelivajo ena v drugo.⁴³ Pravni pojmi ponujajo določeno oporo, le da je ta omejena in ne povsem zanesljiva. Podobni so »viru luči«, ⁴⁴ ki sicer razsvetljuje del površine in pušča preostali del površine v

³⁷ Bellomo, 1995, str. 4 in nasl.

³⁸ Kantorowicz, 2020, str. 89.

³⁹ Ehrlich, 1903, str. iii.

⁴⁰ Würzel, 1904, str. 40.

⁴¹ Prav tam, str. 42.

⁴² Pojav, da na oblikovni ravni nespremenjen (pravni) pojem uporabimo tudi za pojave, ki jih izvorno ni opisoval, je Würzel opisal kot projekcijo (*Projektion*); prim. Würzel, 1904, str. 43.

⁴³ Prav tam, str. 40.

⁴⁴ Rumpf, 1906, str. 141 in nasl. Tudi Kantorowicz govori o »pojmovnih jedrih« in nejasnem obrobju; prim. Kantorowicz, 2020, str. 73–74. Opozoriti kaže na osupljivo podobnost z Waismannovo tezo o »pomenski odprtosti« jezika (prim. Waismann, 1945, str. 121–123), ki jo je v svojo teorijo prevzel Hart (na primer *The Concept of Law*, 1994, str. 124–141) in jo napravil slavno z razlikovanjem med trdnim jedrom ustaljenega pomena in »polsenco«, ki ga obdaja.

temi, hkrati pa – kar pravnikom povzroča še največ preglavic – ustvarja kolobar polsenice, kjer se odvija boj za »pravilni« pomen posameznega pojma. Tak pristop pa lahko kaj kmalu privede tudi do radikalnejšega dvoma v pomensko določnost pravnih pravil. Tu vstopamo v svet popolne negotovosti, kjer je pomen prav vsake besede tako nejasen, da zahteva vnovično opredeljevanje in vsebinsko napolnjevanje. Če sprejmemo tako obliko relativizma, se nam lahko res upravičeno zazdi, da zakon ne vsebuje »nič manj (pravnih) praznin kot besed«. ⁴⁵

Pomenska poroznost jezika nujno vodi do spoznanja o nepopolnosti zakona. Ta je lahko večja ali manjša, niti najbolj prizanesljiv opazovalec pa ne more trditi, da je zakon samozadosten in da ne potrebuje dopolnjevanja. V zakonu lahko zato brez pretiranega napora prepoznamo »nedokončano delo« ⁴⁶ zakonodajalca, ki kliče po tem, da ga dokonča nekdo drug.

Nepopolnost kodifikacije pa se ne kaže le v odsotnosti urejanja, temveč tudi v čezmernem normiranju, ko več nasprotujočih si določb ureja isto družbeno razmerje. Obstoju antinomij namreč vsaj v očeh nekaterih svobodnopравnikov priča o razcepljenosti zakonodajalčeve volje. Splošno sprejeta doktrina je v središče razlage postavljala zakonodajalčevo voljo, ki naj bi presekala gordijski vozle nejasnih ali dvoumnih zakonskih določb. Svobodnopравniki v predstavi o zakonodajalčevi volji prepoznajo poskus, da bi v obstoj pričarali »etično in logično popolnega zakonodajalca«, ⁴⁷ čeprav taka oseba ne obstaja. Zakon ni nič drugega kot kompromis, ki tudi po sprejemu kaže sledi nasprotujočih si etičnih, družbenih in političnih pogledov. ⁴⁸ Razlaga, ki skuša s sklicevanjem na voljo zakonodajalca odpraviti nejasnosti in nasprotja v zakonu, je zato že vnaprej obsojena na neuspeh. Enako pa velja tudi za sklicevanje na namen zakona, saj gradi na paradoksalni predpostavki, da je »zakon [...] pametnejši kot zakonodajalec, jajce pametnejše od kokoši«. ⁴⁹

6. Kritika razlagalnih metod

Čeprav pravne praznine (vseh vrst) in deloma tudi antinomije zagotovo pričajo o mejah zakonskega prava in s tem tudi o omejenem dometu kodifikacij, pa niso kronski dokaz, ki bi v celoti ovrgel prepričljivost pojmovne jurisprudenca – v nemškem prostoru sopotnice kodifikacijske ideologije. Pojemovna jurisprudenca ni v svoji bolj prefinjeni različici namreč nikoli zatrjevala, da je postavljeno pravo pomensko popolno, temveč le, da je mogoče iz pozitivnega prava *izpeljati* rešitve za vse možne primere. Sveta prava po

⁴⁵ Kantorowicz, 2020, str. 73. Prim. še Pokrovac, 2018, str. 245–250.

⁴⁶ Radbruch, 1906, str. 363.

⁴⁷ Rumpf, 1906, str. 108.

⁴⁸ Prav tam, str. 108. Prim. še Kulemann, 1912, str. 147.

⁴⁹ Radbruch, 1906, str. 360. Radbruch vidi izhodišče takega razumevanja v »romantičnem« nauku o nezavednem ustvarjanju.

prepričanju pojmovne jurisprudence še zdaleč ne sestavlja le pozitivno pravo. Bistvenega pomena za filozofsko zasnovano pojmovne jurisprudence je druga polovica prava, ki jo sestavlja svet pravnih pojmov. Resničnost prava se ne omejuje le na pozitivno pravo, saj pravni pojmi obstajajo na povsem enak način kot pozitivno pravo⁵⁰ in so zato enakovreden pravni vir. Še več, drugače kot pravna pravila, ki so lahko nepopolna in nejasna, obsegajo pravni pojmi »logično kvintesenco« pravnih institutov.⁵¹ Vsaka pravna praznina je lahko zato zgolj navidezna, saj obstaja le na ravni pozitivnega prava, spretna pravna tehnika (tako imenovani *Konstruktion*) pa lahko iz teh »nebes (pravnih) pojmov«⁵² izpelje potrebno in pravilno rešitev primera, ki pesti sodnika.

Prepričljivost pojmovne jurisprudence je v prvih letih dvajsetega stoletja že hudo zbledela in le malo pravnikov je bilo prepričanih, da lahko razlago prava razumemo kot izpeljevanje rešitev iz ontoloških pojavnosti, ki obstajajo neodvisno od prava. To pa še ne pomeni, da zapolnjevanja pravnih praznin niso razumeli kot izpeljevanja rešitev iz pozitivnega prava.⁵³ Temu naj bi služile razlagalne metode, s pomočjo katerih lahko iz nejasnega, dvoumnega ali pomanjkljivega zakonskega besedila izvabimo rešitev, ki je zakonodajalec morda ni predvidel, a je kljub temu rešitev, ki temelji na zakonu. To je veliko trši oreh, s katerim so se svobodnopravni morali soočili.

Zanimivo je, da so le redki opazili paradoksalnost zatrjevanja, da je razlaga, ki jo pridobimo s to ali ono razlagalno metodo, še vedno razlaga, ki temelji na zakonu.⁵⁴ Svojo kritiko klasičnega nabora razlagalnih metod so raje zasnovali na logični nedoslednosti in neprepričljivosti razlagalnih tehnik,⁵⁵ po katerih je prevladujoča teorija posegala pri soočanju z nepopolnostjo zakona. Kako je na primer mogoče potegniti prepričljivo ločnico med ekstenzivno razlago in analogijo?⁵⁶ Ali obstaja verodostojno merilo, ki nam pove, kdaj kaže uporabiti analogijo, kdaj pa sklepanje po nasprotnem razlogovanju?⁵⁷ Je mogoče določiti meje uporabe sklepanja po podobnosti?⁵⁸ Natančneje ko so privrženci novega

⁵⁰ Jhering, 1854, str. 387.

⁵¹ Prav tam, str. 390.

⁵² Jhering, 1884, str. 245 in nasl.

⁵³ Značilna stališča avtorjev, kot so Laband, Brinz in Bergbohm, da lahko pravne praznine očitamo zakonskim besedilom, ne pa pravnemu redu, navaja Somló, 1917, str. 400, op. 1 (in spremljajoče besedilo).

⁵⁴ Na primer Stampe, 1905b, str. 714.

⁵⁵ Splošno občutje je najlepše povzel Sternberg, ki je ugotovil, da so nadvse maloštevilna mesta, na katerih tradicionalne metode razlage vzdržijo logično in spoznavnoteoretično kritiko. Sternberg, 1904, str. 134.

⁵⁶ Rumpf, 1906, str. 143 in nasl.; Wurzel, 1904, str. 25; in Sternberg, 1904, str. 134 in nasl. Analogija je bila priljubljena tarča privržencev svobodnopravnega gibanja; prim. Lombardi Vallauri, 1967, str. 280–293.

⁵⁷ Fuchs, 1910, str. 284.

⁵⁸ Na primer Kantorowicz, 2020, str. 82–83.

gibanja analizirali različne metode razlage, manj prepričani so bili v njihovo koristnost. Namesto zanesljivih vodil je njihov kritični pogled razkrival nejasne in nasprotujoče si razlagalne metode,⁵⁹ med katerimi še zdaleč ne obstajajo toge meje,⁶⁰ temveč razlagalcu dopuščajo obilo manevrskega prostora. Pravno odločanje tako očitno ne more biti zasnovano le na goli logiki. Ta namreč na razpotju med dvema enakovrednima razlagama, ki ju, denimo, ponujata analogija in sklepanje po nasprotnem razlogovanju, svoje naloge namreč preprosto ne more opraviti, še toliko manj pa se lahko nanjo opremo pri iskanju namena zakona (*ratio legis*). Pravno odločanje zato nujno zahteva še subjektivni element, ki ga, denimo, Rumpf opiše kot »vrednotenje in hotenje« (*Werten und Wollen*).⁶¹ Kritika je posredno usmerjena zoper subsumpcijski model, ki ga pojmovna jurisprudenca ponudi kot opis interpretativne dejavnosti pravnikov. Silogistični sklep, ki tvori jedro tega opisa, pa nujno predpostavlja jasno izoblikovano zgornjo premiso v obliki te ali one zakonske določbe in nesporen nabor dejstev, ki jih sodišče ugotovi v dokaznem postopku. Zgornja in spodnja premisa ponujata sodniku trdno oporo za »logični« sklep,⁶² ki ga lahko povsem »objektivno« izpelje na tej podlagi.

Svobodnopravno gibanje podvomi o skoraj vsaki prvini tega opisa. Zakonsko pravilo ne stopi že izoblikovano pred sodnika, temveč je pogosto potreben resen ustvarjalni napor, da tako pravilo poiščemo ali da pomensko izpraznjeno normo vsebinsko zapolnimo.⁶³ A nič manj zahtevno ni oblikovanje spodnje premise, saj mora zbiranje dejstev potekati v luči poznejše subsumpcije.⁶⁴ Pravna pravila, ki utegnejo priti v poštev pri poznejšem sodnem odločanju, tako določajo sito, s katerim bo sodnik presojal pravno relevantnost posameznih dejstev. Oba postopka – tako oblikovanje zakonske norme, ki bo temelj poznejše odločitve, kot tudi ugotavljanje dejstev, na katera bo sodišče svojo odločitev oprlo – od sodnika zahtevata več kot le golo logiko ali čisto mišljenje. Subsumpcijski model, ki temelji le na logično-deduktivnih operacijah razlagalca, je s tem prepričljivo ovržen.

Kaj je torej tisto, kar bo sodniku v goščavi dejanskih stanov in zakonskih določb ter ob nezanesljivem vodstvu razlagalnih pravil kazalo pot k primerni odločitvi? Svobodnopravno gibanje nam tu ne ponudi enoznačnega odgovora. Paleta možnih odgovorov strnjeno predstavi Rumpf, ki naniza kot možne odgovore vrednotenje, hotenje

⁵⁹ Na primer Rundstein, 1910, str. 3 in nasl.

⁶⁰ Sternberg, 1904, str. 135.

⁶¹ Rumpf, 1906, str. 4 ter 50–81.

⁶² Rundstein, 1910, str. 2.

⁶³ Glej razdelka 4 in 5 tega prispevka.

⁶⁴ Rumpf, 1906, str. 4. Prim. še prav tam, str. 82: »*Schliesslich bezweckt dies vergleichende Hinundhergehen zwischen Norm und konkreten Fall natürlich die Würdigung und Erledigung dieses konkreten Falles.*« Tako razumevanje se zdi neposredni predhodnik Engischevega »potovanja pogleda sem in tja«. Prim. M. Pavčnik, 2013, str. 218–221.

(voljo) ter občutenje.⁶⁵ Svobodnopravnemu gibanju pa ni uspelo najti zadovoljivega odgovora na vprašanje, kakšno mesto velja odmeriti tem povečini subjektivnim občutkom pri sodnem odločanju. Če skrčimo vlogo teh dejavnikov na zanemarljiv obseg, potem se radikalna kritika subsumpcijskega modela spremeni le v njegov lepotni popravek. Če po drugi strani pripišemo preveliko vlogo vrednotenju, volji ali občutkom, tvegamo, da postane pozitivno pravo nepotrebno. Vse, kar sodnik potrebuje za sprejem odločitve, namreč črpa iz svoje subjektivnosti, zato je pozitivno pravo zanj le ovira.⁶⁶ Svobodnopravnik se gibljejo med tema dvema skrajnostma.

Zmernejši del svobodnopravnikov je zatrjeval le, da subjektivna stališča sodnika imajo določeno vlogo pri oblikovanju zlasti zgornje premise,⁶⁷ pa tudi spodnje premise pravnega silogizma⁶⁸ ter pri dejanskem odločanju (torej »izpeljavi« sklepa iz obeh premis).⁶⁹ Sodnikovo »vrednotenje, hotenje ali občutenje« ima tu vlogo svetovalca, ki nadgradi pozitivno pravo, ko je to dvoumno ali nejasno ali ko nam ponuja povsem izenačene možnosti razlage (na primer sklepanje po podobnosti ali po nasprotnem razlogovanju). Subjektivna odločitev sodnika je torej tista, ki prevesi tehtnico na to ali ono stran. Del svobodnopravnikov pa tvega še korak dlje: zanje subjektivna ocena sodnika ni le zadnji korak pri odločanju, temveč prvi korak. Radbruch tako na primer zapiše, da določa izbiro razlagalne metode zaželenost izida.⁷⁰ Če vemo, da nas bo posamezna metoda razlage vodila do rezultata, ki je (po našem razumevanju) nesmiseln ali (za nas) nesprejemljiv, bomo pač izbrali drugo metodo. Do podobnega sklepa je prišel tudi Sternberg, ki je lucidno opozoril na zamenjevanje etične in logične pravilnosti v pravu.⁷¹ Neka pravna odločitev ali rešitev se nam zdi logična samo zato, ker se z njo strinjamo, nelogična pa se nam zdi tista, ki je morda z vidika formalne logike neoporečna, a se upira naši osebni presoji.

Vlogi pozitivnega prava in sodnikove subjektivne presoje sta zdaj zamenjani. Zakon sodnika ne more niti več usmerjati, zdaj je sodnikova presoja tista, ki določi končni cilj, gibka tvarina pozitivnega prava pa sodniku nudi le neusahljivo zalogo gradiva, ki ga lahko poljubno izbira in oblikuje, da prikrije in podkrepi odločitev, ki jo je sprejel neodvisno od zakona. Celoten nabor razlagalnih argumentov se nam pokaže le kot maska

⁶⁵ Rumpf, 1906, str. 39: »Wertungen, Wollungen und Gefühlen«. Rumpf stavi zlasti na vrednotenje, ki ga razume kot spoj vrednostnih občutkov in mišljenja ter voljo (prav tam, str. 118).

⁶⁶ Prim. Reichel, 1915, str. 44; ter Stammler, 1922–1923, str. 878.

⁶⁷ Na primer Ehrlich, 1903, str. 29; Stampe, 1905b, str. 716; Rundstein, 1910, str. 9; in Kulemann, 1912, str. 147.

⁶⁸ Prim. op. 63 in spremljajoče besedilo.

⁶⁹ Na primer Rundstein, 1910, str. 5; ter Rumpf, 1906, str. 97–100 (glede vloge volje pri sodnem odločanju).

⁷⁰ Radbruch, 1906, str. 365. Zelo jasne namige na podobno razumevanje najdemo tudi v Kantorowiczovem delu *Boj za pravno znanost* (2020), str. 79–80.

⁷¹ Sternberg, 1904, str. 125 in nasl.

pred obrazom resničnega procesa odločanja, ki poteka neodvisno od pozitivnega prava ali celo v nasprotju z njim.⁷²

7. Kritika sodnikove vezanosti na zakon

Razlagalne metode, ki jih je svobodnopravna šola vzela pod drobnogled, pa tvorijo le delček zapletene celote, ki jo predstavlja sodno odločanje. Prevladujoče razumevanje razlage prava se je še vedno napajalo iz pravnofilozofskih predpostavk kodifikacijske ideologije,⁷³ ki jo je v nemškem prostoru v tem pogledu utelešala šola pojmovne jurisprudence. Ta je sodniško odločanje razumela kot racionalno dejavnost, ki se pri iskanju odločitev opira na deduktivno logiko, s pomočjo katere iz zakona izpeljujemo »nujne« sklepe.⁷⁴ V luči nesporne sodniške samovolje, ki je zaznamovala predrazsvetljsko dobo, je nihalo tu zanihalo v drugo skrajnost. Izneverjeno zaupanje v sodnika nadomesti zaupanje v zakon, ki mora biti čim določnejši, da bi dosegel osrednji ideal te dobe: pravno varnost. Jasni zakoni hkrati omejujejo sodnika, ki mora odločitev iskati znotraj racionalno začrtanih meja in jih ne sme opirati na subjektivne občutke. Sodno odločanje bo tako, kot je zapisal eden redkih občudovalcev pojmovne jurisprudence ob začetku dvajsetega stoletja, »objektivno« in »znanstveno«.⁷⁵

Ni posebej presenetljivo, da so se kmalu dvignili kritični glasovi zoper prenapeto in enostransko poudarjanje razuma na račun vseh drugih dejavnikov, ki vplivajo na sodno odločanje. Ena prvih svobodnopravnih monografij, Wurzelov *Das juristische Denken*, je izrecno zasnovana kot kritika stališča, da je pravno mišljenje lahko samozadostna kategorija.⁷⁶ Miselno naravnost, značilno za pojmovno jurisprudence, je v maniri, ki postane značilna za svobodnopravno kritiko, označil za sholastično-konstruktivistično logiko, ki skuša človeške izkušnje pretvoriti v pojme, podobne matematičnim pojmom.⁷⁷ Njegovemu zgledu se kmalu pridružijo drugi,⁷⁸ ki delijo prepričanje, da sodniško odločanje ne poteka mehanično. Njihova neverjetna domišljija pri zajedljivem opisovanju mehanicističnega razumevanja sodniškega dela, ki naj bi jo zagovarjala pojmovna jurispru-

⁷² Rundstein, 1910, str. 5; Rumpf, 1906, str. 129; in Wurzel, 1904, str. 95.

⁷³ Ta namreč predpostavlja, da sodniška dejavnost ne bo prestopila meja, ki jih določa načelo delitve oblasti. Njena dejavnost je zato strogo omejena na *razlago* zakona, ne pa na njegovo sprejemanje, dopolnjevanje ali spreminjanje. Prim. Reichel, 1915, str. 6–8; ter Wróblewski, 1992, str. 275–278.

⁷⁴ Prim. Savigny, 1993, str. 90, 104 *et passim*. Prim. tudi Vierhaus, 1909, str. 1172.

⁷⁵ Sohm, 1909, str. 1020.

⁷⁶ Wurzel, 1904, str. 4.

⁷⁷ Prav tam, str. 25 ter 37 *et passim*.

⁷⁸ Morda je med temi še najbolj sistematičen Rumpfov poskus (v monografiji *Gesetz und Richter*), da bi odkril, kateri psihološki dejavniki vplivajo na sodniško odločanje. Prim. Rumpf, 1906, na primer str. 4, 25 *et passim*.

denca, je še danes vredna občudovanja. Ehrlich tako pojmovni jurisprudenci oponaša, da vidi sodnika le kot »dlakocepski stroj« (*Haarspaltenmaschine*) in »hidravlično prešo« (*hydraulische Presse*),⁷⁹ Radbruch ji očita, da sodniku pripisuje vlogo »subsumpcijskega avtomata« (*Subsumptionautomat*), »stroja za izdelovanje sodb« (*Urteilmaschine*) ali »pravnega avtomata« (*Rechtsautomat*),⁸⁰ Reichel pa, da pojmovna jurisprudenca sodnika šteje za »dedukcijski avtomat« (*Deduktionsautomat*).⁸¹ Na pojmovno jurisprudenco skoraj soglasno naslavlja očitek, da sodnike sili k čaščenju »kulta pojma« (*Begriffskultus*),⁸² ga vklepa v okove »zaslužjenosti pojmom« (*Begriffssklaverei*)⁸³ ter mu zapoveduje »malikovanje pojmov«.⁸⁴

Tarča svobodnopravne kritike je instrumentalno razumevanje sodne dejavnosti, ki sodnika ponižuje na raven »hlapca zakona«.⁸⁵ V trenutku, ko svobodnopravniki prepričljivo ovržejo predstavo pojmovne jurisprudenc, da je pravo mogoče razumeti kot »dedukcijski rezervoar«,⁸⁶ postane pomanjkljivost zakona očitna. Pozitivno pravo, ki ga pestijo pravne praznine, pa tudi notranja nasprotja zakonskih določb, lahko zaživi le v rokah sodnika, ki bo te slabosti kreativno odpravljal. V tem je pravzaprav ključno sporočilo svobodnopravnega gibanja: sodna odločitev ni plod samoumevne in logične izpeljave rešitve, ki (vsaj v zametku) že obstaja na ravni zakona. Med zakonom in sodno odločitvijo obstaja vrzel, ki jo je treba ustvarjalno napolniti. Pozitivno pravo sodniku ne more vedno in povsod nuditi zadovoljive opore pri premoščanju te vrzeli. Prav tako se kot nekoristne izkažejo razlagalne metode, ki nam same po sebi ne nudijo enega, logično neizbežnega odgovora. Tudi njim šele sodnikova vrednostna odločitev vdahne življenje. Sodnik mora, povedano kratko, pri sprejemanju sodne odločitve delovati ustvarjalno.⁸⁷

8. Sodnikovo »osamosvajanje« od zakona

Tako razumevanje vloge sodnika pa korenito spremeni razmerje, ki je po dotedanjem prepričanju obstajalo med sodnikom in postavljenim pravom. Če razsvetlenski model sodnika razume kot podaljšek zakona, potem svobodnopravno gibanje naznanja, da je

⁷⁹ Ehrlich, 1903, str. 33.

⁸⁰ Radbruch, 1906, str. 358.

⁸¹ Reichel, 1915, str. 16.

⁸² Stampe, 1905c, str. 422.

⁸³ Fuchs, 1910, str. 284.

⁸⁴ Fuchs, cit. po Silberg, 2004, str. 10.

⁸⁵ Rundstein, 1910, str. 16.

⁸⁶ Stampe, 1905c, str. 419.

⁸⁷ To spoznanje lahko najdemo v skoraj vsakem besedilu, ki je nastalo pod vplivom svobodnopravnega gibanja. Če navedem le nekaj najbolj tipičnih mest: Ehrlich, 1903, str. 29; Stampe, 1905b, str. 716; Rumpf, 1906, str. 129 in 144; Kantorowicz, 2020, str. 99–100; ter Radbruch, 1906, str. 364.

napočil čas »sodnikove osamosvojitve od zakona«. ⁸⁸ Te v zanosu spočete in z mladostnim žarom izrečene krilatice seveda ne kaže jemati povsem dobesedno. Svobodnopravno gibanje pomena zakona ni želelo povsem izničiti. Kljub temu pa so številni privrženci delili občutek, da je sodnik prerasel čas, ko ga je moral zakon voditi podobno, kot mati vodi otroka. »Postali smo preveč samostojni,« zapiše Rumpf, ⁸⁹ »da bi še naprej pristajali na to stopnjo zaupanja v zakon«. Napočil je trenutek, ko sodnik ne bo več le ponavljal besed zakonodajalca, temveč jih bo kritično in odgovorno pretehtal ter sprejel odločitev, ki jo sam razume kot pravilno.

Svobodnopravniki svojega predloga ne ocenjujejo kot pretirano revolucionarnega. Edini izvirni vidik njihovega razumevanja sodniške dejavnosti se jim zdi iskrenost, s katero opišejo miselne procese, ki so bili do tedaj zaviti v polmrak. ⁹⁰ Njihovo prizadevanje, da bi opozorili na ustvarjalno vlogo sodnika, nima »konstitutivnega, temveč deklarativni pomen«, saj zatrjuje, da »je treba samo priznati, kar se je nezavedno [...] vedno in povsod izvajalo«. ⁹¹ Iskanje je tako vsaj na prvi pogled izrazito teoretično obarvano in usmerjeno bolj k pravilnemu opisu dogajanja kot pa k vsebinski spremembi sodnega odločanja. Vse stranpoti sodne prakse gredo na rovaš želje, da bi sodno prakso napeli na Prokrustovo posteljo, ki jo je izdelala pojmovna jurisprudenca, in pri tem povsem zanemarila »resnično življenje«.

Svobodnopravniški *credo* o stvarniški moči sodnika je tako le poskus, da bi ozavestili tisto, kar sodniki brez jasnega zavedanja že tako ali tako počnejo. ⁹² Kritike, ki so jih bila njihova razmišljanja deležna, so usmerjene v napačen cilj. Svobodnopravniki so svoja razmišljanja o sodniški moči razumeli prej kot demistifikacijo sodnega odločanja in posredno priznanje, da so odločitve sodnikov lahko izpostavljene kritičnemu motrenju. Stranski učinek kodifikacijske ideologije je namreč tudi prepričanje, da je sodba le »ponovitev pravne norme za konkretni primer«, ⁹³ zato je sleherni kritika sodnika pravzaprav neupravičena. Če je kritika morda potrebna, mora biti usmerjena proti zakonodajalcu, ne pa proti sodniku. Novo razumevanje zahteva drugačno vrednotenje vloge sodnikovega dela. Sodnik poslej ne more zatajiti svoje vloge pri oblikovanju odločitve in odgovornosti prevaliti na zakonodajalca, temveč si jo mora z njim deliti. ⁹⁴ Priznanje, da je sodna odločitev (vsaj) delno plod subjektivnih dejavnikov na strani sodnika, pa za nameček odpira

⁸⁸ Kantorowicz, 2020, str. 101. Kantorowicz se tukaj sprašuje, kako daleč naj taka sodnikova osamosvojitve gre.

⁸⁹ Rumpf, 1906, str. 12.

⁹⁰ Würzel, 1904, str. 4 in nasl.

⁹¹ Kantorowicz, 2020, str. 66–67.

⁹² Prim. Rumpf, 1906, str. 2.

⁹³ Juhart, 1961, str. 413.

⁹⁴ Rumpf, 1906, str. 78; ter Stampe, 1905b, str. 716.

prostor za kritiko sodnih odločitev,⁹⁵ ki si ne morejo več lastiti avreole tiste nespornosti, s katero se je pogosto kitil zakon. Morebitna želja sodnika po neomejeni oblasti je tako prej otežena kot pa olajšana.

Pravno ustvarjajoča vloga je sodniku tako rekoč usojena: vsako uporabljanje prava vedno vsebuje vsaj ščepec ustvarjalnosti.⁹⁶ Če v sodniški dejavnosti prepoznamo oblastno dejavnost, ki v – čeprav omejenem obsegu – pravo ustvarja, kako lahko med sodno in zakonodajno oblastjo potegnemo prepričljivo ločnico? Jasna meja, ki jo v imenu varstva pred zlorabo oblasti med različnimi vejami potegne razsvetljenstvo, postane v razmerju sodne in zakonodajne oblasti zabrisana. Vsaj pri nekaterih svobodnopравnikih je to spoznanje že dozorelo. Sodnik se mora preleviti iz »pomožnega organa«⁹⁷ zakonodajalca v »zakonodajalčevega sodelavca«,⁹⁸ pravna znanost pa mu mora priznati povsem prirejeno vlogo pri ustvarjanju prava.⁹⁹ Nekateri drugi želijo ločnico med obema vejama oblasti ohraniti nedotaknjeno,¹⁰⁰ čeprav morda slutijo, da ni ne jasna, ne povsem prepričljiva. A že dokaj zmerno namigovanje na to, da bi bilo treba sodniku priznati določeno vlogo pri ustvarjanju prava, je v delu teorije zbudilo nelagodje. Kljub zatrjevanju svobodnopравnikov, da njihovo poudarjanje sodniške ustvarjalnosti zgolj opozarja na neizbežno lastnost sodnega odločanja, so se dvignili številni glasovi,¹⁰¹ ki so svobodnopравnemu gibanju očitali, da skušajo »večati sodnikovo moč na račun zakona«¹⁰² in da zagovarjajo »supremacijo posameznika nad zakonom«.¹⁰³

9. Meje sodnikove vezanosti na zakon

Nezaupljivost prevladujoče teorije je bila vsaj deloma razumljiva. Če je miselni okvir pojmovne jurisprudence dopuščal enoznačne odgovore – pa čeprav so bili ti v očitnem nasprotju z resničnostjo – potem prinese svobodnopравno gibanje obdobje zabrisanih ločnic, iskanje prave mere ter tehtanja slabosti in prednosti posameznih odgovorov. Svobodnopравniki niso ponujali jasnih odgovorov, ker jih preprosto niso mogli dati. Če pristanemo na to, da zakon številna vprašanja pušča nedorečena, potem ključno vpraša-

⁹⁵ Prav tam, str. 718.

⁹⁶ Prim. na primer Rumpf, 1906, str. 144; Ehrlich, 1903, str. 26, 29 in 38; Radbruch, 1906, str. 357, 364 itd.

⁹⁷ Kulemann, 1912, str. 147.

⁹⁸ Rumpf, 1906, str. 149.

⁹⁹ Kulemann, 1912, str. 147.

¹⁰⁰ Prim. Stampe, 1905c, str. 418; ter Stampe, 1905a, str. 1018.

¹⁰¹ Za celovit pregled kritičnih odzivov glej Riebschläger, 1968, str. 46–49; ter Reichel, 1915, str. 43–47.

¹⁰² Neukamp, 1912, str. 48.

¹⁰³ Unger, recenzija dela *Der Kampf um die Rechtswissenschaft*, ponatis v delu: Silberg, 2004, str. 158.

nje ni več, ali priznamo, da je sodnikovo delo ustvarjalno, temveč postane jabolko spora prava mera te ustvarjalnosti. Opraviti imamo z demarkacijskim sporom iskanja prave ločnice med avtoriteto zakona in sodnika,¹⁰⁴ sporom, ki poteka še danes.

Na načelni ravni ni nobena od strani oporekala temu, da je sodnik na zakon vezan. Svobodnopravno gibanje ni stremelo k temu, da bi v celoti izničilo razsvetljsko zasnovo modernega prava, temveč je želelo le popraviti in dopolniti sliko sodnega odločanja, ki je bila dediščina preteklega stoletja. Večina svobodnopravnikov je bila prepričana, da je mogoče doseči harmonično razmerje med zakonom in sodnikom, razmerje, kjer bi sodniku priznali moč ustvarjanja prava, a ne nujno na račun zakona. Njegovo poslanstvo bi se raztezalo predvsem na dopolnjevanje postavljenega prava in odpravljanje nejasnosti, ki se jim zakonodajalec ni mogel ali hotel izogniti. Težave pa se, kot vedno, skrivajo v podrobnostih. Navidez najmanj sporni so bili primeri nedvoumnih zakonskih določb. Kjer zakon govori z jasnim glasom, mu sodnik ne sme oporekati. Svobodnopravniki so se povečini strinjali, da morajo sodniki takim določbam slediti,¹⁰⁵ ne glede na njihovo smotrnost ali pravičnost.

Več svobode pa si lahko sodniki obetajo, ko naletijo na pravne praznine ter nejasne ali dvoumne določbe. Še najmanj sporen je primer pravnih praznin. Sodnik v konkretnem sporu ne more odreči pravnega varstva,¹⁰⁶ hkrati pa za svojo odločitev nima izrecne pravne podlage v določbi zakona (ali zakonika). Določena mera sodnikove ustvarjalnosti je v takih primerih zato neizogibna. Različni svobodnopravniki so si prav ta, najočitnejši primer, vzeli za izhodišče dokazovanja, da je sodniška dejavnost po svoji naravi nujno ustvarjalna.¹⁰⁷

Zelo podoben je položaj pri nejasnem ali nedoločnem zakonskem besedilu. Nekateri svobodnopravniki so pomensko zelo odprte določbe že sicer šteli za prikrita pravna praznina¹⁰⁸ in temu primerno sodniku puščali bolj proste roke. V resnici nam take določbe jasno pokažejo, da je pravno urejanje lahko v znatni meri navidezno, saj težišče odločanja bolj ali manj prikrito prenaša na pleča sodne veje oblasti. Pomensko odprte določbe nam ponujajo le *videz* pravne urejenosti na zakonski ravni, določbo pa mora končno vsebinsko napolniti sodnik, ki se pri tem lahko opre na vrednote, svoje občutke ali voljo. Tudi tu se sodnik svoji ustvarjalni vlogi ne more izogniti, njegova dejavnost pa nedvomno pomeni ustvarjanje prava, pa čeprav poteka na ravni posamičnih in konkretnih norm.

¹⁰⁴ Prim. Schröder, 1988, str. 346.

¹⁰⁵ Na primer Ehrlich, 1903, str. 29; Rumpf, 1905, str. 406; Stampe, 1905a, str. 1019–1020; Fuchs, 1910, str. 284; ter Kantorowicz, Kantorowicz, 2020, str. 102.

¹⁰⁶ Prim. na primer 4. člen francoskega *Code civile*.

¹⁰⁷ Ehrlich, 1903, str. 3; Stampe, 1905c, str. 418 in nasl.; ter Kantorowicz, 2020, str. 72–74.

¹⁰⁸ Prim. razdelek 5 tega prispevka.

10. »Bajka« o odločanju *contra legem*

Senčna plat sodnikove ustvarjalnosti pa se kaže v razmerju sodnika do postavljenega prava. Sodnik je lahko ustvarjalen v polnem pomenu te besede le tam, kjer mu pozitivno pravo ne vsiljuje (vsaj načelnih) odločitev. Pravne praznine so primer, ko sodnik nima druge izbire, kot da ustvarjalno poišče pravno podlago za svojo odločitev. Tak primer so zagotovo tudi nejasne in pomensko odprte določbe ali antinomije. Na nekoliko bolj spolzkem terenu pa se sodnik znajde, ko želi postavljeno pravo spremeniti ali ga zaobiti. Sum, da skušajo svobodnopravniki opravičiti prav tako sodniško odločanje, je bil poglaviti očitke, s katerim se je moralo gibanje soočiti. Da je kritiko svobodnopravno gibanje vzelo zelo resno, zgovorno priča razprava, ki jo je Kantorowicz objavil z izključnim namenom, da bi ovrgele prav ta očitke.¹⁰⁹ Kljub ostri zavrtni pomislekov, ki so jih kritiki naslavljali na svobodnopravno šolo, pa so se očitki izkazali za zelo trdožive.¹¹⁰ Končno je kritika povzročila razcep tudi znotraj svobodnopравnikov. V želji, da bi zavrnilo kritiko in dokazalo njeno neupravičenost, se začne del privržencev kritičnega gibanja postopno oddaljevati in končno oblikuje smer interesne jurisprudence.¹¹¹ Mnenja o tem, ali in koliko so bile kritike upravičene, se še vedno krešejo¹¹² in malo verjetno je, da bi spričo bogatega nabora različnih stališč med svobodnopравniki lahko prišli do enoznačnega in nedvomnega odgovora na to vprašanje. Čeprav lahko danes kritiko ocenimo za pretirano in nekoliko prenapeto, pa je prav tako težko pristati na oceno, da temelji kritika zgolj na »močnem izkrivljanju izjav, ki jih v očitani obliki ni izrekel noben drug svobodnopравnik razen Kantorowicza«.¹¹³

Meje sodnikove ustvarjalnosti so bile v obeh svobodnopравnikov precej bolj gibljive, kot bi se na prvi pogled lahko zdelo. Pozornejša analiza samoomejitev, ki si jih je postavilo svobodnopравno gibanje, nam pokaže nekoliko bolj zamegljeno sliko sodnikove vezanosti na zakon, kot pa so jo skušali prikazati sami. Nedvoumne zakonske določbe so

¹⁰⁹ Gre za razpravo Die Contra-*legem* Fabel, 1911, str. 258–263. V razpravi so pregledno zbrana stališča poglavitnih predstavnikov svobodnopравnega gibanja, ki zagovarjajo sodnikovo vezanost na zakon. Tudi naš Goršič (1913, str. 273) omenja ta očitke kot poglaviti razlog za zadržanost do gibanja.

¹¹⁰ Prim. na primer Wieacker, 1996, str. 579–581; in Engisch, 2005, str. 175, ki gibanju pripisuje stremljenje po tem, da bi zrhajalo vezanost (sodnika) na zakon ter napravilo prosto presojo za temeljno načelo ustvarjanja prava.

¹¹¹ Riebschläger, 1968, str. 49.

¹¹² Razprava se vrti predvsem okoli vpliva svobodnopравnega gibanja na prakso sodišč v času nacionalsocializma: na primer Grosswald Curran, 2001–2002, str. 161–166; Lubben, 1998–1999, str. 94–100. Kakovosten pregled problematike ponujajo Riebschläger, 1968, str. 103–105; Reichel, 1915, str. 128–147; pa tudi Tucak v tehtni razpravi Pravna misao Hermannna U. Kantorowicza i vrijeme nacionalsocializma (2019), str. 698–710.

¹¹³ Riebschläger, 1968, str. 105. Riebschläger navaja kot sporna le stališča Rumpfa (pri tem izpusti stališča, izražena v njegovi monografiji), Stampeja, Fuchsa in Kantorowicza.

morda res nesporna meja, ki je sodnik ne sme prestopiti, a kdaj lahko z zanesljivostjo trdimo, da je zakonska določba nedvoumna? Vsaj nekateri svobodnopravniki so gojili zelo skeptičen pogled na pomensko določnost jezika. Zakon, v katerem ni »nič manj pravnih praznin, kot je besed«,¹¹⁴ ali v katerem je domala vsaka pravna določba »kontroverzna«¹¹⁵ ne ponuja prepričljive omejitve sodniške samovolje, ki so se je bali kritiki svobodnopravne šole. Prav tako ni mogoče prezreti številnih mest, na katerih svobodnopravniki dokaj nedvoumno zagovarjajo sodnikovo možnost, da zakon »spremeni« ali »zaobide«. Stampe tako na primer že v enem od »programskih besedil«,¹¹⁶ razpravi *Gesetz und Richtermacht*, terja za sodnika pooblastilo, da »zakon dopolnjuje v neomejenem, spreminja pa v omejenem obsegu«. ¹¹⁷ Spreminjanje zakona je po njegovem prepričanju dopustno le toliko, kolikor ga brezpogojno zahtevajo »interesi skupnosti«. ¹¹⁸ Resen konflikt vrednot je tudi za Rumpfa dovolj prepričljiv razlog, da bi sodnik lahko s svojo odločitvijo prekršil zakon. Sodnikova zvestoba zakonu vedno vsebuje samoumevno omejitev, da zakon noče niti ne more prepovedovati, da bi njegove določbe »prikrojili«, še posebej »z analogno širitvijo določb, ki opredeljujejo izjeme«, če za to obstajajo »prisiljujoči razlogi pravičnosti«. ¹¹⁹ Na zelo podobno stališče lahko naletimo v njegovi monografiji *Gesetz und Richter*. Čeprav soglaša s stališčem, da sodna praksa ni zakonu enakovreden pravni vir, pa je prepričan, da lahko sodnik tudi odreče zvestobo zakonu. Če bi bila zakonska rešitev nezadovoljliva in bi privedla do resnega trenja med zakonsko zapovedano in pravilno odločitvijo, lahko sodnik odloči »v nasprotju z zakonom«. ¹²⁰ Pri tem si ne zatiska oči pred dejstvom, da je na tehtnici vrednota pravne varnosti, ki jo je treba žrtvovati takrat, ko bi na njen račun »po vestni presoji« prišli do spoznanja, da lahko le tako pridemo do »smiselne odločitve«. ¹²¹ Zelo podobna stališča lahko najdemo tudi pri nekaterih drugih svobodnopravnikih. Med njimi zagotovo še najbolj izstopa Kantorowicz, ki je v svojem programskem spisu *Der Kampf um die Rechtswissenschaft* prav tako dopustil možnost, da sodnik pod določenimi pogoji odstopi od jasnega zakonskega določila. ¹²² Celo Kantorowiczu in svobodnopravnemu gibanju najbolj naklonjeni avtorji se strinjajo, da zapisanih besed ni mogoče razlagati drugače kot (pogojno) pooblastilo sodniku, da lahko zavestno zanemari postavljeno

¹¹⁴ Kantorowicz, 2020, str. 73.

¹¹⁵ Fuchs, 1910, str. 288.

¹¹⁶ Riebschläger, 1968, str. 33.

¹¹⁷ Stampe, 1905a, str. 1017.

¹¹⁸ Prav tam, str. 1017.

¹¹⁹ Rumpf, 1905, str. 406.

¹²⁰ Rumpf, 906), str. 27 in nasl.

¹²¹ Prav tam, str. 77. Rumpf uporabi izraz »*das gesunde Ergebnis*«.

¹²² Kantorowicz, 2020, str. 102. Za poglobljeno analizo njegovih stališč glej Pokrovac, 2018, str. 269–280; in Pokrovac, 1992, str. 303–307. Avtor ugotavlja, da je Kantorowicz svoja stališča pozneje znatno omilil, čeprav ne povsem opustil (prav tam, str. 307–317).

pravo.¹²³ Kantorowiczovo stališče lahko povsem upravičeno zbuja nelagodje, saj dopušča odstop od nedvoumne zakonske določbe, če po sodnikovem trdnem prepričanju ni verjetno, da bi »državna oblast, ki obstaja v času odločanja, sprejela tako odločitev, ki jo zahteva zakon«.¹²⁴

Nanizana stališča pa niso osamljena. Tudi manj izpostavljeni predstavniki tega gibanja, kot sta na primer Radbruch in Rundstein, sta vsaj v nekem obdobju svojega razvoja delila opisane poglede. Radbruch je tako prepričan, da sili prepoved odrekanja sodnega varstva sodnika onkraj jezikovne razlage k »pojasnjevanju, dopolnjevanju in *popravljanju* zakona«.¹²⁵ Vsaka znanstvena obravnava kot tudi praktična uporaba zakona obsega nujno tudi »popravljanje [...] pozitivnih pravnih pravil«, v skladu z »lastnimi vrednostnimi sodbami«.¹²⁶ Tudi Rundstein nedvoumno priznava sodniku pravico, da prezre zakon (*sich über das Gesetz hinwegzusetzen*) ali ga spremeni, če to zahtevajo potrebe življenja.¹²⁷

Strah pred odločanjem v nasprotju z zakonom tako kljub temu ni povsem neutemeljen. V delih svobodnopравnikov je več kot dovolj nastavkov za precej ohlapnejšo vezanost sodnika na zakon, kot si jo je in si jo še vedno predstavlja prevladujoča pravna teorija. Kljub temu pa bi bilo neutemeljeno svobodnopравni šoli naprtiti odgovornost za poznejše ekscese pravosodja v Nemčiji.¹²⁸ Kot pri številnih drugih vprašanih so si svobodnopравniki upali podvomiti v dogme, preizkušali sveže zamisli in iskali nove meje. V dobro jim lahko štejemo, da s svojimi stališči niso skušali vzpostaviti novega pravoverja, temveč so jih razumeli kot prispevek v razpravi, ki se nadaljuje.

11. Nabor pravnih virov

Meje sodnikovi ustvarjalnosti vsaj nekoliko postavlja tudi nabor pravnih virov, dejavnikov, ki jih sme in mora upoštevati pri oblikovanju odločitve. Svobodnopравno gibanje razburka pravno teorijo s svojo zahtevo po radikalni razširitvi nabora pravnih virov, ki segajo daleč onkraj pozitivnega prava.¹²⁹ Kljub temu pa ne kaže prezreti dejstva, da sleherni nabor pravnih virov, naj bo še tako bogat, vedno vsaj nekoliko omejuje svobodo sodnika in postavlja meje morebitni sodni samovolji.

¹²³ Riebschläger, 1968, str. 105; in Silberg, 2004, str. 35.

¹²⁴ Kantorowicz, 2020, str. 102.

¹²⁵ Radbruch, 1906, str. 363 (poudaril A. N.).

¹²⁶ Prav tam, str. 366 in nasl. V nadaljevanju Radbruch omeni le primere, ki zahtevajo izbiro med več možnimi pomeni, razreševanje antinomij in zapolnjevanje pravnih praznin.

¹²⁷ Rundstein, 1910, str. 8 in nasl.

¹²⁸ Za podoben sklep glej še Tucak, 2019, str. 710.

¹²⁹ Med redkimi študijami, ki svobodnopравnemu nauku o pravnih virih namenjajo pozornost, je Pokrovčev delo *Svobodno stvaranje prava* (2018), str. 236–242.

Svobodnopravno gibanje je poglavitno slabost pojmovne jurisprudence začutilo v njeni neživljenjskosti (*Welt-* ali *Lebensfremdlichkeit*). Ko je Kantorowicz skušal podati opredelitev pojmovne jurisprudence, je poudaril predvsem oblikovanje pojmov, pri katerem stopa v ospredje njihova uporabnost v (pojmovnem) sistemu, zanemarjena pa so življenjska dejstva, iz katerih pojmi izhajajo, ter praktične posledice take zasnove pojmov, kar vodi v odločanje, ki poteka (zgolj) v skladu s tako oblikovanimi pojmi in zanemarija posledice, ki jih bodo take odločitve imele za življenje.¹³⁰ Taki oceni gotovo botruje skrajno restriktiven nabor pravnih virov, ki jih je pojmovna jurisprudenca sprejemala. V svoji želji, da bi pravo zasnovala kot samozadosten sistem, je kot edino izhodišče sodniškega odločanja dopuščala postavljeno pravo, zakon.¹³¹ Samoumevna posledica stroge vezanosti na zakon je tudi sodnikova dolžnost, da njegove odločitve ne narekujejo zunajpravne okoliščine.¹³²

Diagnoza vzrokov, ki so botrovali odtujenosti življenju, za katero je po mnenju svobodnopравnikov bolehalo pojmovna jurisprudenca, je narekovala nekoliko bolj sproščen nabor pravnih virov.¹³³ Poglavitno gibalno svobodnopравnega gibanja je bila strastna vera v zmožnost sodnika, da v konkretnem primeru poišče pravično rešitev¹³⁴ in enako strastno prepričanje, da abstraktna pravna pravila niso zanesljiv kažipot pri tem iskanju. Pravična rešitev zahteva prilagajanje konkretnemu primeru, ta pa ni mogoča, če nas zavezujejo toga pravila. Edini odgovor nam zato ponuja radikalna razširitev in sprostitev nabora virov, na katere sodnik lahko opre svojo odločitev, četudi ga to vodi onkraj postavljenega prava.

Sodniku pa se ni treba nujno ozirati onkraj pozitivnega prava, da bi zapolnil pravne praznine ali odpravil neskladnosti zakonskih določb. Del poti do pravne odločitve nas lahko pripelje že pozorna in ustvarjalna analiza postavljenega prava. Stampe tako na primer opozori na danes splošno sprejeto dejstvo, da »zakon« ne pomeni le celote zapisanih pravil, temveč tudi »sistem nezapisanih načel«, od koder je pravzaprav mogoče izpeljati posamezne zakonske določbe.¹³⁵ V opozarjanju na to, »prikrito zakonsko vsebino«, ¹³⁶ sicer lahko prepoznamo sledi pojmovne jurisprudence, a moramo hkrati priznati tudi

¹³⁰ Na primer Kantorowicz, 1912, str. 77. Na življenju odtujeno razlago opozarja tudi Rumpf (1906, str. 13 *et passim*). V slovenskem prostoru je bil odmev na prav te pomisleke dokaj hiter – glej Goršič, 1913, str. 259.

¹³¹ Na primer Sohm, 1909, str. 1020 in 1024.

¹³² V tem sodnik le sledi pravni znanosti, katere predmet je le in samo pozitivno pravo, ne pa »zgodovinske, politične ali filozofske ugotovitve«. Prim. na primer Laband, 1911, str. ix.

¹³³ Za celovit pregled prim. Lombardi Vallauri, 1967, str. 334–345.

¹³⁴ Prim. na primer Ehrlich, 1903, str. 1: naloga sodnika je »poiskati pravično (*billig*), okoliščinam primerno odločitev« ter Fuchs, 1910, str. 286, kjer opredeli pravoznanstvo kot »znanost in umetnost poiskati resnico v pravnih sporih in pravilno odtehtati interese, tj. oblikovati pravilne vrednostne sodbe«.

¹³⁵ Stampe, 1905b, str. 713 in nasl.

¹³⁶ Prav tam, str. 714.

pomembno razširitev obzorja sodnikove ustvarjalnosti, ki je bil po splošnem prepričanju vezan le na zakon.

Pomemben prostor sodnikovi ustvarjalnosti ponuja tudi svet razlagalnih metod, ki jih je svobodnopravna šola razgalila kot ne pretirano logične, niti povsem samozadostne. Njihove pomanjkljivosti pa niso nujno vedno slabe. Morda razlagalne metode res ne vodijo do samoumevnih in logično nujnih rešitev, vsekakor pa ponujajo verodostojno krinko za sodnikovo ustvarjalno iskanje odgovorov, ki jih golo zakonsko besedilo ne bi dopuščalo. Veliko manevrskega prostora dopušča zlasti opiranje na *ratio legis*, namensko razlago, ki je bila svobodnopravnikom zelo pri srcu. V nasprotju z opiranjem na zakonodajalčevo voljo oziroma njegov namen omogoča iskanje namena zakona sodniku več ustvarjalnosti.¹³⁷ O logični vrednosti namenske razlage si svobodnopravniki najbrž niso delali utvar. Kantorowicz tako na primer z neprizanesljivo odkritosrčnostjo dokazuje, da nas lahko ta metoda pripelje do poljubnega izida.¹³⁸ Kljub temu pa lahko verodostojnost, ki jo ta razlagalna metoda uživa v prevladujoči pravni teoriji, spretni in ustvarjalni sodnik izrabi tudi za bolj prepričljivo utemeljitev odločitve, ki jo sam šteje za pravilno.

Do bolj življenjskih odločitev pa lahko sodnika pripelje tudi bogatejši nabor pravnih virov, ki ga sili k širitvi obzorja pravno upoštevnih okoliščin. Eden zanimivejših prispevkov svobodnopravnega gibanja je gotovo metoda tehtanja interesov, ki je pozneje postala zaščiti znak interesne jurisprudence. Prvič na to metodo naletimo v kratki razpravi *Rechtsfindung durch Interessenwägung* Ernsta Stampeja.¹³⁹ Tehtanje interesov naj bi po njegovem razumevanju sodniku pomagalo sprejeti odločitev, ko si nasproti stojita dva pravno zavarovana interesa, zakon pa ne določa, kateri od njiju je močnejši. V tem primeru mora sodnik poleg obeh interesov, ki sta že v igri, v odločanje pritegniti še »interese skupnosti« in tako priti do najprimernejše odločitve.¹⁴⁰ Metoda, ki jo predlaga Stampe, skuša preseči umetno oženje perspektive, ki jo pogosto zahteva zakon, ko le nekaterim interesom podeli pravno varstvo. Sodnik bi moral tako neživljenjsko razumevanje spora preseči in namesto tega na podoben način kot zakonodajalec¹⁴¹ upoštevati vse prizadete interese. Sodno odločanje tako ni nič drugega kot ponovitev zakonodajnega postopka v malem. Stampe ne prikriva, da bodo interesi skupnosti pri tehtanju najpogosteje prevladali,¹⁴² zato lahko za tehtanjem interesov prepoznamo željo, da bi vlogo v sodnem odločanju imeli tudi družbeni interesi in ne le pozitivno pravo. Predlagana metoda je torej le poziv k priznanju novega pravnega vira.

¹³⁷ Prav zato Rumpf (1906, str. 123) izrecno opozarja na globoko vsebinsko nasprotje med namenom zakonodajalca in namenom zakona.

¹³⁸ Kantorowicz, 2020, str. 84–85 in nasl. Prim. tudi Wurzel, 1904, str. 23–28.

¹³⁹ Objavljeno v *Deutsche Juristen-Zeitung* 10 (1905) 15, str. 717–719.

¹⁴⁰ Stampe, 1905b, str. 717.

¹⁴¹ Prav tam.

¹⁴² Prav tam.

V iskanju pravnih virov, ki bi sodno odločanje približali življenju, se je svobodnopravno gibanje obrnilo tudi k pravu, ki je plod ljudi – običajnemu pravu.¹⁴³ Opiranje sodnika na običajno pravo bi tako lahko ubilo dve muhi na en mah: sodno odločanje bi postalo predvidljivo, naslovniki pa bi zlahka razumeli in intimno sprejeli razloge za odločitev, ki jo je sodišče sprejelo. Ni presenetljivo, da je k upoštevanju običajev pozival zlasti Ehrlich,¹⁴⁴ čeprav so se mu pridružili tudi nekateri drugi svobodnopravniki.¹⁴⁵ Enako privlačen pravni vir so tudi poslovni običaji,¹⁴⁶ ki delijo vse prednosti običajnega prava, le da živijo v ožji skupnosti.

Vlogo pravnega vira so svobodnopravniki pripisovali tudi sodni praksi.¹⁴⁷ V tem se zrcali njihovo prepričanje, da prava ne ustvarja le zakonodajalec, temveč tudi sodišča. Soglasja o tem, ali imajo odločitve sodišč splošno veljavo, med različnimi avtorji ni bilo.¹⁴⁸ Večina se je nagibala k temu, da sodna odločitev zavezuje le v konkretnem primeru in da nima enako zavezujoče moči kot zakon. Kljub temu pa na primer Stampe dopušča možnost, da neka sodna odločitev preraste v običajno pravo,¹⁴⁹ ki bi nato imelo enako stopnjo zavezujoče moči kot zakon. Kljub temu pa ima lahko sodna odločitev pomembno usmerjevalno vlogo, ki sodniku ponuja uhojeno pot, po kateri se bo napotil, če ga bo smer, ki jo že sprejeta odločitev ubira, prepričala.¹⁵⁰ Ustaljena sodna praksa pa zagotovo ima zelo pomembno vlogo v primerih nejasnih zakonskih določb.¹⁵¹ Sodni praksi se lahko – v enem od pomenov – bliža tudi tako imenovano pravniško pravo (*Juristenrecht*),¹⁵² ki so ga vsaj nekateri privrženci svobodnopravne šole šteli za samostojen pravni vir. Pravniško pravo je lahko tudi plod pravniškega delovanja pravnikov, ki ne opravljajo sodne funkcije.¹⁵³ Tako se lahko oblikujejo zaokroženi sklopi odločitev, ki veljajo bodisi na posameznem območju bodisi za posamezno dejavnost.¹⁵⁴

Kot samostojen pravni vir si je svobodnopravna šola želela uveljaviti tudi pravno znanost. Zanimivo je, da lahko v tej težnji prepoznamo sledi nostalgije po vlogi, ki jo

¹⁴³ Morda je zanimanje svobodnopravnikov zbudilo tudi dejstvo, da običaj kot pravni vir izrecno priznava 1. člen švicarskega civilnega zakonika, ki so ga pogosto navajali kot zgled modernega zakonika.

¹⁴⁴ Ehrlich, 1903, str. 1; in Ehrlich, 1907, str. 39–41.

¹⁴⁵ Sternberg tako izrecno šteje, da je običaj poleg zakona in dogovora pravni vir. Prim. Sternberg, 1904, str. 136.

¹⁴⁶ Prim. Reichel, 1915, str. 99–100.

¹⁴⁷ Na primer Kantorowicz in Patterson, 1928, str. 692 in 697.

¹⁴⁸ Prim. Lombardi Vallauri, 1967, str. 429, op. 102.

¹⁴⁹ Stampe, 1905a, str. 1019.

¹⁵⁰ Rumpf, 1906, str. 132 in nasl.

¹⁵¹ Prav tam, str. 65.

¹⁵² Več o pojmu pravniškega prava glej Lombardi Vallauri, 1967, str. 440, op. 129; ter Engisch, 2005, str. 136, op. 1.

¹⁵³ Ehrlich, 1903, str. 11–16.

¹⁵⁴ Prav tam, str. 12.

je pravna znanost nekoč že imela. V času pred sprejemom kodifikacij je ob odsotnosti osrednje pravodajne oblasti povezovalno vlogo v nemškem prostoru imela pravna znanost, ki je gradila na skupnem in enotnem temelju recipiranega rimskega prava. Splet okoliščin je pravni znanosti tako namenil položaj »monopolista pri ustvarjalnem razvijanju prava (*Rechtsgewinnung*)«, ¹⁵⁵ ki pa ga je kodifikacija močno ogrozila. Težnje svobodnopravne šole morda ne bi bile tako paradoksalne, če ne bi bila osrednja vloga pravne znanosti vsaj delno posledica ideologije pojmovne jurisprudence, ki je pravni znanosti pripisovala zmožnost, da iz pravnih pojmov izpeljuje pozitivno pravo. Kljub temu pa lahko v prizadevanju svobodnopravnega gibanja, zlasti njenega osrednjega predstavnika Kantorowicza, ¹⁵⁶ prepoznamo nekoliko bolj uravnoteženo prizadevanje za priznanje pravne znanosti kot zgolj enega od pravnih virov, nikakor pa ne kot edinega ali privilegirane pravnega vira. Kantorowiczova vizija pravne znanosti kot pravnega vira se je od starejšega zgleada razlikovala tudi po tem, da bi pravna znanost odkrivala nastavke ¹⁵⁷ pravnega urejanja, ne pa razvijala pravnih pravil sama iz sebe. Prenovljena pravna znanost naj bi tako v postopku svobodnega odkrivanja prava (*Rechtsfindung*) iskala »pravo skupnosti« (*Gemeinschaftsrecht*) ter se povzpela tudi do stopnje svobodnega ustvarjanja prava (*freie Rechtsschöpfung*), ko bi razkrivala »individualno pravo«. ¹⁵⁸ Kantorowicz si je prizadeval, da bi pravni znanosti poiskal prostor, kjer bi ta lahko ohranila svojo pravno ustvarjalno vlogo, ne da bi se morala zateči k preseženemu vzorcu pojmovne jurisprudence, Radbruch pa se je zadovoljil z ugotovitvijo, da pravna znanost tudi v dobi kodifikacij pravzaprav ni izgubila svoje vloge pri ustvarjanju prava. ¹⁵⁹ Znanstveno obravnavanje zakonodajnega gradiva nujno obsega tudi popravljanje in dopolnjevanje pravnih pravil, ¹⁶⁰ tu pa je ustvarjalni prispevek pravne znanosti neizogiben.

Na domala neraziskano področje pa se svobodnopravno gibanje poda z nekaterimi drugimi predlogi novih pravnih virov, na katere bi se sodnik pri odločanju lahko oprl. V številnih predlogih, ki so zbudili nelagodje ¹⁶¹ ali celo ostro zavrnitev, se zrcali temeljno prepričanje svobodnopravnikov, da človek ni *samo* racionalno bitje. Poleg razumskega pola, ki ga je čezmerno poudarjala pojmovna jurisprudenca, obstaja še subjektivni pol človeka, v katerem vladajo vrednotenje, občutki in volja. Ta vidik njihovega nauka kaže

¹⁵⁵ Schröder, 1988, str. 329.

¹⁵⁶ Prim. z naslovom Kantorowiczovega najbolj znanega dela *Der Kampf um die Rechtswissenschaft* iz leta 1906.

¹⁵⁷ Prim. Kantorowicz, Patterson, 1928, str. 692. Svobodno pravo je vedno pravo, ki še ni zaključilo procesa dozorevanja v »formalno pravo«.

¹⁵⁸ Kantorowicz, 2020, str. 79 (poudarki so izpuščeni).

¹⁵⁹ Radbruch, 1906, str. 364.

¹⁶⁰ Prav tam, str. 365 in nasl.

¹⁶¹ Na primer Eggenschwyler, 1912, str. 482.

torej razumeti v luči želje, da bi uravnotežili podobo človeka, ki jo je slikala prevladujoča pravna teorija.

Vsaj nekateri svobodnopravniko skušajo tako na raven pravnega vira privzdigniti vrednotenje, saj se sodnik pogosto znajde v položaju, ko mora v primeru pravne praznine ali pri izbiri med enakovrednimi rešitvami, ki jih ponujajo tradicionalni pravni viri, poiskati rešitev. Ta odločitev, opozarja Rumpf, je pogosto vrednostna.¹⁶² Odločanje, pri katerem ima odločilno vlogo vrednotenje, pa še ne pomeni nujno iracionalnega odločanja. O vrednostnih sodbah lahko po Rumpfovem mnenju govorimo šele tedaj, ko vrednostne občutke povežemo z mišljenjem.¹⁶³ Sodno odločanje, čeprav se opira na vrednostne sodbe, zato še ne pomeni odločanje na podlagi kaprice.

Med kandidati, s katerimi je želelo svobodnopravno gibanje razširiti nabor pravnih virov, je tudi pravni občutek. Lombardi ga šteje celo med »temeljne kategorije svobodnopravnega gibanja«.¹⁶⁴ Zagotovo lahko svobodnopravnemu gibanju priznamo pomembno vlogo pri odpiranju razprave o pravnem občutku in njegovi vlogi pri sodnem odločanju. Na splošno bomo zaman iskali zelo jasno opredelitev tega pojma. Še najbolj podrobno se je s pravnim občutkom ukvarjal Rumpf, ki pravni občutek razume kot posebno vrsto vrednotenja.¹⁶⁵ Odločanja na podlagi pravnega občutka še zdaleč ne razume kot izpeljevanja že oblikovanih pravnih pravil iz sfere nezavednega, temveč kot celoto številnih zavestnih vrednotenj in voljnih odločitev, ki povezujejo gol občutek in pravno pravilo.¹⁶⁶ Kljub temu pa Rumpfu ni uspelo povsem pomiriti strahov, da priznavanje pravnega občutka pri sodnem odločanju vodi v vladavino nebrzdanega subjektivizma. Vierhaus je tako – v dokaj značilnem odzivu – odrekel znanstveno naravo pravni znanosti, ki posega po »logično nedojemljivemu in nedoločnemu pravnemu občutku«.¹⁶⁷

Na še nekoliko bolj žolčne odzive pa so naleteli skrajnejši predlogi. Med njimi kaže omeniti Kantorowiczova predloga, da bi med pravnimi viri mesto priznali tudi odločanju po prostem preudarku in, končno, voljni odločitvi sodnika (ali, povedano nekoliko bolj neposredno: samovolji). Oba predloga je Kantorowicz podal v svojem kontroverznem spisu *Der Kampf um die Rechtswissenschaft*.¹⁶⁸ Za navidez osupljivima predlogoma je stal zelo preprost premislek. Ker lahko v sodnem odločanju nastopi trenutek, ko nam tradicionalni pravni viri ne ponujajo enoznačnega odgovora, sodnik pa v sporu mora odločiti, mu lahko do odločitve pomaga samo dejanje volje, odločitev. Tega lahko zakon »prikrije« s podelitvijo pristojnosti za odločanje po prostem preudarku, v drugih primerih pa je

¹⁶² Rumpf, 1906, str. 65.

¹⁶³ Prav tam, str. 118.

¹⁶⁴ Lombardi Vallauri, 1967, str. 343, op. 464.

¹⁶⁵ Rumpf, 1906, str. 114. Pravni občutek bežno omenja tudi Kantorowicz, 2020, str. 77.

¹⁶⁶ Rumpf, 1906, str. 118.

¹⁶⁷ Vierhaus, 1909, str. 1171.

¹⁶⁸ Pozneje se je očitno od njih oddaljil, če se jim že ni povsem odrekel: Kantorowicz, 1925, str. 4.

odločitev samovoljna.¹⁶⁹ V ozadju lahko odkrijemo zelo jasno izraženo voluntaristično filozofsko podstat, ki zaznamuje Kantorowiczovo razumevanje prava na splošno in sodnega odločanja še posebej. Pravo zanj ni plod razumskega spoznanja, temveč dejanje volje.¹⁷⁰ Splošno spoznanje pa velja tudi na ravni sodnega odločanja. Sodnik mora v nekem trenutku sprejeti odločitev. Če ga zakon ne usmerja, ali so usmeritve nejasne ali protislovne, se sodnik znajde pred gordijskim vozlom, ki ga ni mogoče (razumsko) razvozlati, temveč le presekat. V tem trenutku lahko rešitev pokaže le voljna odločitev. Še več, »volja je tista, ki nas vodi pri izbiri zakonskih določb, s katerimi utemeljimo vnaprej izbrano odločitev«.¹⁷¹

12. Osebnost sodnika

Če dotlej v središču teorije o pravnih virih stoji (objektivno) pravo, potem postane jasno, da različni predlogi, ki so se porajali v okviru svobodnopravnega gibanja, kažejo na naraščajočo subjektivizacijo pravnih virov. Čedalje pomembnejše mesto pri sodnem odločanju ima posameznik, ki odločitev sprejema, in njegova subjektivna ocena, katera odločitev je »pravična«, čedalje manj pomembno vlogo pa zavzemata zakon in pravna znanost.¹⁷² V tem lahko zagotovo prepoznamo individualistični vidik svobodnopravnega gibanja, ki v ospredje vedno znova postavlja človeka v vsej njegovi celovitosti. A hkrati ne smemo pozabiti na senčno plat, ki jo vedno znova poudarjajo kritiki tega gibanja: cena, ki jo moramo plačati za sodnikovo samoniklo in ustvarjalno iskanje pravičnosti, je postopno zmanjševanje pravne varnosti.

Odgovor, s katerim so svobodnopravniki skušali pomiriti strahove kritikov, ki so se bali tiranije »sodnikov-kraljev«¹⁷³ ter muhastega pravosodja,¹⁷⁴ je bil povsem logična posledica njihovega temeljnega filozofskega prepričanja, ki gradi na veri v človeka. Nepopolna pravičnost, ki nam jo ponujata še tako dober zakon, ali nauk, ki ga oblikuje pravna teorija, ne more nadkriliti pravičnega sodnika. Temeljna predpostavka, tako rekoč vogelni kamen zgradbe, ki so jo začeli graditi svobodnopravniki, je sodnik z osebnostjo (*Richterpersönlichkeit*).¹⁷⁵ Tak sodnik mora imeti »poleg ostrega očesa za bistvo družbenih

¹⁶⁹ Kantorowicz, 2020, str. 77 in 100–101.

¹⁷⁰ Silberg, 2004, str. 27 in nasl. Pokrovac, 2018, str. 93–94.

¹⁷¹ Kantorowicz, 2020, str. 80.

¹⁷² Prim. Kantorowicz, 1925, str. 6.

¹⁷³ Prim. Reichel, 1915, str. 44; Engisch, 2005, str. 175. Izraz sodnik-kralj (nem. *Richterkönig*) je skoval Ernst Fuchs, sicer viden privrženec svobodnopravne šole, za naslov svojega dela *Schreibjustiz und Richterkönigtum*.

¹⁷⁴ Stammler, 1922–1923, str. 878. Pogosti so bili očitki, da se svobodnopravno gibanje zavzema za »Kadijustiz«.

¹⁷⁵ Rumpf, 1906, str. 78.

odnosov ter izrazitega občutka za potrebe prihodnosti tudi trajen stik z zgodovinsko izoblikovanimi prvinami v pravu«,¹⁷⁶ posedovati mora modrost¹⁷⁷ ter značaj.¹⁷⁸ Stremljenje po idealnem sodniku je še toliko bolj goreče, ker je izkušnjo svobodnopравnikov zaznamoval sodnik z mentaliteto uradnika; »idealna predstava o pravniku«, se je norčeval Kantorowicz,¹⁷⁹ nam prikazuje »višjega državnega uradnika z akademsko izobrazbo,« obožovanega le z miselnim strojem in zakonikom. Zgleda so le v manjši meri lahko iskali v sodobnih kontinentalnih pravnih sistemih,¹⁸⁰ ki so se povečini zgledovali po prevladujoči teoriji v nemškem in romanskem prostoru. Namesto tega so se ozirali v zgodovino, kjer je izrazito ustvarjalno vlogo imel rimski pretor, ter v anglosaški svet, kjer je v svetu prava kraljevala figura angleškega sodnika.¹⁸¹ Podoba idealnega sodnika, ki ga imajo svobodnopравniki ves čas pred očmi, zaokroža razumevanje prava, ki ga ponudijo svobodnopравniki. V tem drznem in morda utopičnem pogoju se nam razkrije jedro nauka, ki skuša sodnika osvoboditi jarma togih pravil, priznati omejitve razuma in položiti zaupanje v človeka, razumnega in čustvenega hkrati, obdarjenega s sposobnostjo logičnega sklepanja, a tudi z voljo, človeka, polnega nasprotij, a hkrati nekoga, ki hrepeni po pravičnosti.

13. Dediščina svobodnega prava

Svobodnopравno gibanje je kmalu po svojem nastanku prenehalo obstajati kot prepoznavna smer pravne teorije. A njeno nenadno izginotje z odra pravne filozofije morda le ni tako skrivnostno, kot bi se lahko zazdelo. Njen navidezni neuspeh pravzaprav priča o neverjetnem uspehu. Redko se namreč zgodi, da doživijo ključna spoznanja nekega gibanja tako hiter in soglasen sprejem v prevladujoči teoriji.¹⁸² Svobodno pravo ni izpuhtelo v zrak, izginilo je preprosto zato, ker so domala vse pravnoteoretične smeri sprejele prepričanje, da zakon ni popoln, da mora sodnik pri svojem odločanju ravnati ustvarjalno in da pravno odločanje ne poteka le v areni Razuma. A posnemovalci so se svobodnopравni misli tudi nekoliko izneverili, ko so njihova dvoma polna iskanja povzdignili na raven dogme. Svobodnopравno gibanje je odgovore iskalo, ne pa jih ponujalo.

¹⁷⁶ Ehrlich, 1903, str. 32.

¹⁷⁷ Kantorowicz, 2020, str. 108.

¹⁷⁸ Radbruch, 1906, str. 358.

¹⁷⁹ Kantorowicz, 2020, str. 65.

¹⁸⁰ Toda prim. Rumpf, 1906, str. 17–28, kjer navaja več primerov izrecnega priznavanja ustvarjalnosti sodnika v tujih pravnih redih.

¹⁸¹ Na primer Ehrlich, 1903, str. 22 (Ehrlich Anglijo opiše kot »klasično deželo svobodnega iskanja prava«) in 31; Kantorowicz, Kantorowicz, 2020, str. 65, 105 in 109; ter Kantorowicz, 1925, str. 14–16. Gre seveda za svobodnopравniško razumevanje lika angleškega sodnika, ki ne ustreza nujno resničnosti (tistega časa).

¹⁸² Prim. še Pokrovac, 2018, str. 745.

Izzivi, s katerimi se stoletje pozneje soočamo, so osupljivo podobni tistim, na katera je skušalo poiskati odgovore svobodnopravno gibanje: kako razmejiti vlogo zakona in sodnika pri sodnem odločanju, kje začrtati ločnico med dejavniki, ki jih sodnik pri svojem odločanju sme upoštevati, in tistimi, ki na njegovo odločanje ne smejo vplivati, kako odmeriti prostor razumu in kako iracionalnim gibalom človekovega odločanja in končno, kako preprečiti, da spoštovanje prava le-tega ne spremeni v versko dogmo.

Svobodnopravno gibanje je tako še danes, kljub vsem svojim pretiravanjem in občasni prenapetosti, zakladnica zanimivih idej, ki nas silijo v poglobljen premislek o samo-umevnostih našega razumevanja prava. Pot, ki jo ubirajo svobodnopravniki, je pogosto tvegana, saj nas vodi po robu prepada, od koder lahko zlahka strmoglavimo v prepad dvoma in relativizma, kjer za pravo, kot ga poznamo, ni veliko prostora. Hkrati z nespornimi nevarnostmi takega razumevanja prava pa nam lahko tvegana pot nad prepadom ponuja tudi drugačen, verjetno celo popolnejši, pogled na življenje prava.

Literatura

- Bellomo, M. (1995) *The Common Legal Past of Europe: 1000–1800*. Washington: The Catholic University of America Press.
- Bergbohm, K. (1892) *Jurisprudenz und Rechtsphilosophie*. Leipzig: Duncker und Humblot.
- Bergel, J. L. (1987–1988) 'Principal Factors and Methods of Codification', *Louisiana Law Review* 48, str. 1073–1097.
- Carnelutti, F. (1940) *Teoria generale del diritto*. Rim: Foro italiano.
- DiMatteo, L. A. (2004–2005) 'Reason and Context: A Dual Track Theory of Interpretation', *Penn State Law Review* 109, str. 379–486.
- Eggenschwyler, W. (1912) 'Das freie Ermessen des Richters und die Gleichheit vor dem Recht', *Recht und Wissenschaft* 1(5), str. 482–485.
- Ehrlich, E. (1907) *Die Tatsachen des Gewohnheitsrechts (Inaugurationsrede)*. Leipzig in Dunaj: Franz Deuticke.
- Ehrlich, E. (1987) *Freie Rechtsfindung und Freie Rechtswissenschaft* (ponatis 1. izdaje iz leta 1903). Aalen: Scientia Verlag.
- Ehrlich, E. Über Lücken im Rechte, *Juristische Blätter* 17 (1888) 38, str. 447–449, 17 (1888) 39, str. 459–461, 17 (1888) 40, str. 471–473, 17 (1888) 41, str. 483–485, 17 (1888) 42, str. 495–498, 17 (1888) 43, str. 510–512, 17 (1888) 44, str. 522–525, 17 (1888) 45, str. 535–536, 17 (1888) 46, str. 546–547, 17 (1888) 47, str. 558, 17 (1888) 48, str. 569–570, 17 (1888) 49, str. 581–583, 17 (1888) 50, str. 594–597, 17 (1888) 51, str. 603–605, 17 (1888) 52, str. 618–620, 17 (1888) 53, str. 627–630.

- Engisch, K. (2005) *Einführung in das juristische Denken* (10. izdaja). Stuttgart, Berlin in Köln: Verlag W. Kohlhammer.
- Fassò, G. (2002) *Storia della filosofia del diritto (III. Ottocento e Novecento)*. Rim in Bari: Editori Laterza.
- Fuchs, E. (1910) 'Die soziologische Rechtslehre – Eine Erwiderung', *Deutsche Juristen-Zeitung* 15(5), str. 283–288.
- Goršič, F. (1913) 'Nemški pokret za »prosto« pravo', *Slovenski pravnik* 29(9), str. 257–276.
- Grossi P. (2007) *L'Europa del diritto*. Bari in Rim: Laterza.
- Grosswald Curran, V. (2001–2002) 'Fear of Formalism: Indications from the Fascist Period in France and Germany of Judicial Methodology's Impact on Substantive Law', *Cornell International Law Journal* 35, str. 101–187.
- Hart, H. L. A. (1994) *The Concept of Law* (2. izdaja). Oxford: Clarendon Press.
- Heck, P. N. (1909) 'Was ist diejenige Begriffsjurisprudenz, die wie bekämpfen?', *Deutsche Juristen-Zeitung* 14(24), str. 1457–1461.
- Herget, J. E. in Wallace, S. (1987) 'The German Free Law Movement as the Source of American Legal Realism', *Virginia Law Review* 73, str. 399–455.
- Igličar, A. in Štajnpihler, T. (2018) *Sociologija prava*. Ljubljana: Pravna fakulteta in Cankarjeva založba.
- Jhering, R. (1854) *Geist der römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*. Leipzig: Breitkopf und Härtel.
- Jhering, von R. (2006) *Scherz und Ernst in der Jurisprudenz* (ponatis iz 1884). Boston: Adamant Media Corporation.
- Juhart, J. (1961) *Civilno procesno pravo*. Ljubljana: Univerzitetna založba.
- Kantorowicz, H. (Gnaeus Flavius) (2002) *Der Kampf um die Rechtswissenschaft* (ponatis 1. izdaje iz 1906). Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft.
- Kantorowicz, H. U. in Patterson, E. W. (1928) 'Legal Science – A Summary of its Methodology', *Columbia Law Review* 18, str. 679–707.
- Kantorowicz, H. U. (1911) 'Die Contra-legem Fabel', *Deutsche Juristen-Zeitung* 16(8), str. 258–263.
- Kantorowicz, H. U. (1912) 'Was ist uns Savigny?', *Recht und Wirtschaft* 1(3), str. 47–54 in 76–79.
- Kantorowicz, H. (1925) *Aus der Vorgeschichte der Freirechtslehre*. Mannheim, Berlin in Leipzig: J. Bensheimer.
- Kantorowicz, H. (1933–1934) 'Some Rationalism about Realism', *Yale Law Review* 43, str. 1240–1253.

- Kranjc, J. (2020) *Rimsko pravo (4. pregledana in dopolnjena izdaja)*. Ljubljana: Lexpera (GV Založba).
- Kulemann, W. (1912) 'Recht und Richter', *Recht und Wirtschaft* 1(5), str. 145–149.
- Laband, P. (1911) 'Vorwort zur zweiten Auflage', v: *Der Staatsrecht des deutschen Reiches I*. Tübingen: J. C. B. Mohr.
- Lombardi, L. (1967) *Saggio sul diritto giurisprudenziale*. Milano: A. Giuffrè.
- Lubben, S. J. (1998–1999) 'Chief Justice Traynor's Contract Jurisprudence and the Free Law Dilemma', *California Interdisciplinary Law Journal* 7, str. 81–132.
- Merryman, J. H. (1996) *The Civil Law Tradition – An Introduction to the Legal Systems of Western Europe and Latin America* (2. izdaja). Stanford: Stanford University Press.
- Neukamp, E. (1912) 'Der gegenwärtige Stand der Freirechtsbewegung', *Deutsche Juristen-Zeitung* 17(1), str. 44–50.
- Pavčnik, M. (2013) *Argumentacija v pravu (3. spremenjena in dopolnjena izdaja)*. Ljubljana: GV Založba.
- Pitamic, L. (1926) *Država*. Celje: Družba sv. Mohorja.
- Pokrovac, Z. (1992) 'Hermann U. Kantorowicz and Contra-Legem-Fabel', *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu* 28(1-2), str. 297–322.
- Pokrovac, Z. (2019) *Slobodno stvaranje prava – Hermann U. Kantorowicz i slobodnopравни pokret*. Zagreb: Naklada Breza.
- Radbruch, G. (1906) 'Rechtswissenschaft als Rechtsschöpfung – Ein Beitrag zum juristischen Methodenstreit', *Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik* 4, str. 355–370.
- Reichel, H. (1915) *Gesetz und Richterspruch – Zur Orientierung über Rechtsquellen- und Rechtsanwendungslehre der Gegenwart*. Zürich: Art. Institut Orell Füssli.
- Riebschläger, K. (1968) *Die Freirechtsbewegung – Zur Entwicklung einer soziologischen Rechtsschule*. Berlin: Duncker/Humblot.
- Rumpf, M. (1979) *Gesetz und Richter – Versuch eine Methodik der Rechtsanwendung* (ponatis 1. izdaje iz 1906). Aalen: Scientia Verlag.
- Rumpf, M. (1905) 'Zum jetzigen Stande der Lehre von der adäquaten Verursachung im Zivilrecht', *Iherings Jahrbücher* 30, str. 333–406.
- Rundstein, S. (1910) 'Freie Rechtsfindung und Differenzierung des Rechtsbewusstseins', *Archiv für bürgerliches Recht* 34, str. 1–40.
- Savigny, von F. C. (1997) *Vom Beruf unserer Zeit* (ponatis iz 1814). Goldbach: Keip Verlag.

- Scarman, L. G. (1966–1967) 'Codification and Judge-Made Law: A Problem of Coexistence', *Indiana Law Journal* 42, str. 355–368.
- Schmidt, J. (1968) *Das »Prinzipielle« in der Freirechts-bewegung – Eine Studie zum Freirecht, seiner Methode und seiner Quelle*. Bonn: H. Bouvier Verlag u. Co. Verlag.
- Schröder, R. (1988) 'Die deutsche Methodendiskussion um die Jahrhundertwende: Wissenschaftstheoretische Präziserungsversuche oder Antworten auf den Funktionswandel von Recht und Justiz', *Rechtstheorie* 19, str. 323–367.
- Silberg, S. (2004) *Kantorowicz und die Freirechtsbewegung*. Berlin: Logos Verlag.
- Sohm, R. (1910) 'Begriffsjurisprudenz', *Deutsche Juristen-Zeitung* 15(2), str. 114–118.
- Sohm, R. (1909) 'Über Begriffsjurisprudenz', *Deutsche Juristen-Zeitung* 14(15-16), str. 1020–1024.
- Somló, F. (1917) *Juristische Grundlehre*. Leipzig: Verlag von Felix Meiner.
- Stammler, R. (1922–1923) 'Fundamental Tendencies in Modern Jurisprudence', *Michigan Law Review* 21, str. 862–903.
- Stampe, E. (1905a) 'Gesetz und Richtermacht', *Deutsche Juristen-Zeitung* 10(22), str. 1017–1022.
- Stampe, E. (1905b) 'Rechtsfindung durch Interessenwägung', *Deutsche Juristen-Zeitung* 10(15), str. 713–719.
- Stampe, E. (1905c) 'Rechtsfindung durch Konstruktion', *Deutsche Juristen-Zeitung* 10(9), str. 417–422.
- Sternberg, T. (1904) *Allgemeine Rechtslehre I (Die Methode)*. Leipzig: G. J. Göschen'sche Verlagshandlung.
- Stolte, S. (2003) 'Das Bürgerliches Gesetzbuch und die Entwicklung des Bürgerlichen Rechts', v: *Historisch-kritischer Kommentar zum BGB I*. Tübingen: Mohr Siebeck.
- Tallon, D. (1979) 'Codification and Consolidation of the Law at the Present Time', *Israeli Law Review* 14(1), str. 1–12.
- Tucak, I. (2019) 'Pravna misao Hermanna U. Kantorowicza i vrijeme nacionalsocializma', *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu* 695-6), str. 681–714.
- Unger, J. (2004) recenzija dela 'Der Kampf um die Rechtswissenschaft', ponatis v delu: Silberg, S.: *Hermann Kantorowicz und die Freirechtsbewegung*, str. 157–159.
- Vierhaus, F. (1909) 'Die Freirechtsschule und die heutige Rechtspflege', *Deutsche Juristen-Zeitung* 14, 19, str. 1069–1175.
- Waismann, F. (1945) 'Verifiability', *Proceedings of the Aristotelian Society, Supplementary Volume XIX*, str. 119–150.

- Wieacker, F. (1996) *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit (unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Entwicklung)* (2. izdaja). Göttingen: Vandenhoeck/Ruprecht.
- Wróblewski, J. (1992) *The Judicial Application of Law*. Dodrecht, Boston in London: Kluwer Academic Publishers.
- Wurzel, K. G. (1904) *Das juristische Denken*. Dunaj in Leipzig: Verlag von Moritz Perles.
- Zippelius, R. (1994) *Rechtsphilosophie*. München: Verlag C. H. Beck.

*Primož Rataj**

Izbrana vprašanja prihodnjega urejanja koordinacije dajatev za brezposelnost v pravu Evropske unije

1. Uvodna pojasnila

Pravo socialne varnosti je eno najhitreje razvijajočih se pravnih področij. Najpogosteje se spreminja v nacionalnem pravnem okolju, redkeje pa prihaja do sprememb na mednarodni ravni. Ne glede na to je mednarodno pravo zaradi svojega dometa na večje število držav zelo pomembno, hkrati pa tudi precej bolje poznano, vsaj tedaj, ko se zaide onkraj nacionalnih ozemeljskih meja. Mednarodno pravo socialne varnosti ureja dva pomembna stebra pravnih virov, tistih ki stremijo k zagotavljanju določene (minimalne) stopnje socialne varnosti (tj. harmonizacijski pravni viri), in tistih, ki stremijo k povezovanju sistemov socialne varnosti (koordinacijski pravni viri). Oboji so seveda namenjeni ureničenju človekovih pravic in temeljnih svoboščin, le v nekoliko drugačnem kontekstu.

Povezovanje sistemov socialne varnosti, kamor se umešča tudi ta prispevek, stremi k temu, da se zagotavlja socialna varnost posamezniku tedaj, ko se giblje med več državami, pri čemer se s pravili načeloma ne vpliva na vsebino nacionalne ureditve sistema socialne varnosti. Začetki povezovanja sistemov socialne varnosti segajo že v 19. stoletje, ko so se začeli sprejemati dvostranski sporazumi med državami, ki so globalno gledano še danes najpomembnejši način za doseganje cilja socialne varnosti posameznikov v čezmejnih razmerjih. Pomembni so tudi v evropskem prostoru, ko gre za razmerja držav članic Evropske unije (EU) s tretjimi državami.

Povezovanje sistemov socialne varnosti v EU sega v same začetke nastanka Evropske gospodarske skupnosti (EGS), saj sta bili prvi dve (vsebinski)¹ uredbi, Uredbi št. 3 in 4,

* *Primož Rataj, magister prava, asistent na Pravni fakulteti Univerze v Ljubljani, Slovenija, primoz.rataj@pf.uni-lj.si.*

¹ Prvi številčni uredbi sta sicer urejali jezik in delovanje članov Evropskega parlamenta.

uredbi za povezovanje sistemov socialne varnosti. Zakonodajalec EU se je že od vsega začetka zavedal, da je za svobodno gibanje delavcev kot ene od štirih temeljnih svoboščin EU (še danes) treba odpraviti ovire, posledica katerih bi bila, da bi posameznik ob gibanju med državami članicami EU izgubil pravice iz sistema socialne varnosti. Zato je bilo treba sisteme socialne varnosti EU povezati, kar je možno prek več temeljnih načel in nadaljnjih pravil pri posameznih vrstah dajatev za tradicionalna socialna tveganja, kot na primer starost, invalidnost, smrt, bolezen, materinstvo, brezposelnost idr.

Z namenom, da posameznik ob čezmejnem gibanju ni prikrajšan na področju socialne varnosti, je eno od temeljnih načel načelo enakega obravnavanja (oziroma prepoved neposredne in posredne diskriminacije na podlagi državljanstva), ki omogoča dostop do sistema socialne varnosti v drugi državi članici. Naslednje je načelo uporabe zakonodaje ene države članice v vsakem posameznem trenutku, kar omogoča, da posameznik ni subjekt dveh zakonodaj (z dvojnimi plačilom prispevkov in/ali dvojnimi, prekrivajočimi se dajatvami) oziroma da v koliziji pravil ne »pade med dva stola«, kar pomeni, da ne bi bil vključen v sistem socialne varnosti v nobeni relevantni državi. Zaradi povezovanja sistemov socialne varnosti, torej koordinacije in ne harmonizacije, seveda ni mogoče jamčiti, da bo položaj za posameznika ob čezmejnem gibanju povsem nevtralen.² Lahko bo nevtralen ali pa zanj bolj oziroma manj ugoden. To je odraz tega, da se sistemi socialne varnosti med seboj razlikujejo in da njihove harmonizacije države članice niti ne želijo, saj ti odražajo njihovo zgodovinsko in socialno dožemanje, na kakšen način zagotoviti socialno varnost.³ Zato so kolizijska pravila, ki določajo pristojno državo članico, nacionalnim pravilom nadrejena ter imajo izključni učinek.⁴

Konkretnije se povezuje sisteme oziroma varuje položaj posameznika tudi z načelom varstva pravic v nastajanju in načelom varstva pridobljenih pravic. Obe načeli sta pravzaprav razvidni že v 48. členu Pogodbe o delovanju Evropske unije⁵ (PDEU), natančneje pa gre za tehniki seštevanja obdobj (zavarovanja, (samo)zaposlitve ali prebivanja) v več državah članicah in izplačevanje dajatev prek meja v drugo državo članico. Težko si je za-

² Glej na primer združeni zadevi C-393/99 in C-394/99 *Hervein in Hervillier*, ECLI:EU:C:2002:182, točki 50–51; C-493/04 *Piatkowski*, ECLI:EU:C:2006:167, točka 34; in C-208/07 *von Chamier-Glisczinski*, ECLI:EU:C:2009:455, točka 85.

³ V tem oziru na primer Esping-Andersen, 1990, razlikuje med več » modeli « zagotavljanja socialne varnosti in vlogo države kot intervenienta na trgu. Razlikuje med liberalnim, socialno-demokratskim in konservativnim (ali korporativnim) modelom, ki se razlikujejo glede na to, koliko omogočajo socialno sprejemljiv standard življenja neodvisno od udeležbe na trgu dela.

⁴ Glej na primer zadeve C-302/84 *Ten Holder*, ECLI:EU:C:1986:242, točka 21; C-345/09 *van Delft in drugi*, ECLI:EU:C:2010:610, točka 52; in C-89/16 *Szoja*, ECLI:EU:C:2017:538, točka 42. Izključni učinek pomeni, da je oseba subjekt zakonodaje zgolj ene države članice, nadrejen vidik pa se kaže v temu, da se ne upošteva nacionalnih pogojev za vključenost v sistem socialne varnosti, če bi njihova uporaba kolizijskim pravilom odvzela ves učinek.

⁵ Uradni list EU C 326, 26. oktober 2012.

misliti na primer svobodno gibanje delavcev, če se delovno aktivni posameznik na sredini poklicne poti odloči oditi v drugo državo članico in nato še tretjo, do pokojnine pa ne bi bil upravičen, ker v nobeni od držav članic ne bi dopolnil zadosti zavarovalnih obdobj. Enako velja v primeru brezposelnosti. Če bi posameznik dolgo časa delal v eni državi članici ter nato odšel v iskanju boljše zaposlitve v drugo državo članico ter tam zaposlitev kmalu zaradi od njegovega ravnanja neodvisnega razloga tudi izgubil, bi težko govorili o varovanem položaju posameznika, če nato ne bi bil upravičen do nadomestila za primer brezposelnosti (v nadaljevanju kot sopomenka dajatvam za brezposelnost),⁶ ker je bilo njegovo obdobje (samo)zaposlitve oziroma zavarovanja v tej državi članici prekratko, bilo pa bi zadosti dolgo, če bi obdobja, izpolnjena tudi v drugih državah članicah, seštel. Zato seštevanje obdobj »povezuje« sisteme socialne varnosti.

Hkrati bi si težko zamislili svobodo gibanja oseb,⁷ če na primer upokojenec ne bi mogel oditi živeti v drugo državo članico, kot je država članica, v kateri se je upokojil, ker bi v tem primeru izgubil pokojnino, ki se ne bi izplačevala v državi članici novega (stalnega, običajnega) prebivališča (oziroma smiselno preostale oblike dajatev). Druga temeljna tehnika »povezovanja« je torej izplačevanje ali izvoz dajatev v tujino (oziroma odstop od pravil glede pogoja stalnega prebivališča). Zakonodajalec EU naj bi sprejel potrebne ukrepe, da omogoči svobodno gibanje delavcev, ta ukrep pa v sekundarnem pravu EU danes predstavljata veljavna Uredba (ES) št. 883/2004 o koordinaciji sistemov socialne varnosti⁸ in njena izvedbena Uredba (ES) št. 987/2009.⁹ Morda je treba poudariti, da se je osebna veljavnost tako imenovanih koordinacijskih uredb s časom širila, saj so bili poleg delavcev pozneje zajeti še samozaposleni (prek svobode opravljanja storitev), javni uslužbenci, študenti ter državljani tretjih držav. Na podlagi vključitve določb o državljanstvu EU leta 1992 in njihove svobode gibanja je v Uredbi (ES) št. 883/2004 osebna veljavnost v 2. členu razširjena na državljane držav članic EU ter njihove družin-

⁶ V praksi držav članic denarno nadomestilo za primer brezposelnosti prevladuje in je tudi edina dajatev, ki se v praksi Zavoda Republike Slovenije za zaposlovanje koordinira. Zgolj nekaj držav članic pozna tako imenovane netipične dajatve za brezposelnost. Za njihove pregled glej de Cortazar idr., 2012, str. 97–99. Kdaj gre za »dajatev za brezposelnost« je Sodišče EU presojalo že v več primerih, na primer v zadevah C-39/76 *Mouthaan*, C-375/85 *Campana*, ECLI:EU:C:1987:253; C-66/92 *Acciardi*, ECLI:EU:C:1993:341; C-25/95 *Otte*, ECLI:EU:C:1996:295; C-57/96 *Meints*, ECLI:EU:C:1997:564; C-406/04 *de Cuyper*, ECLI:EU:C:2006:491; C-228/07 *Petersen*; združeni zadevi C-216/12 in C-217/12 *Hliiddal in Bornand*, ECLI:EU:C:2013:568; in C-135/19 *CW*, ECLI:EU:C:2020:177, točka 34. Tipično gre pri mejnih primerih za vprašanje razmejitev z dajatvami pred upokojitvijo, dajatvami za invalidnost ali bolezen, izjemoma pa za razmejitev z družinskimi dajatvami ali dajatvami s področja delovnega prava.

⁷ Svobodo gibanja državljanov EU na ozemljih držav članic EU predvideva tudi 21. člen PDEU.

⁸ Uradni list ES L 166, 30. april 2004.

⁹ Uradni list ES L 284, 30. oktober 2009. Poleg tega je razširjena uporaba teh dveh uredb na državljane tretjih držav z Uredbo (EU) št. 1231/2010, Uradni list EU L 344, 29. december 2010.

ske člane in preživete osebe, če stalno prebivajo v državi članici in je zanje veljala ali velja zakonodaja ene ali več držav članic.¹⁰

Poleg navedenih štirih temeljnih načel, tj. načela enake obravnave, načela uporabe zakonodaje ene države, načela varstva pravic v nastajanju in načela varstva pridobljenih pravic, je treba poudariti še načelo dobrega upravnega sodelovanja in načelo enake obravnave dajatev, dohodka, dejstev ali dogodkov (kot podnačelo načela enake obravnave). Predvsem načelo dobrega upravnega sodelovanja je tisto, ki omogoča, da stvari v praksi tečejo kot »namazan stroj« ter je pravzaprav predpogoj za delovanje celotnega sistema.¹¹ V tem oziru je njegov pomen neprecenljiv.

Uvodna pojasnila so pomembna za razumevanje konteksta povezovanja sistemov socialne varnosti, ki je pravnikom le redko poznano. K temu verjetno pripomore dejstvo, da se ta vsebina ureja v koordinacijskih uredbah EU, ki se neposredno uporabljajo in jih ni treba prenašati v notranji pravni red, s čimer so očem manj vidna (oziroma nevidna).

2. Posebnost dajatev za brezposelnost in politični kontekst

Naslednji potreben korak v tem prispevku je pojasniti, zakaj so dajatve za brezposelnost posebne v luči povezovanja sistemov socialne varnosti. V uvodu omenjena temeljna načela povezovanja so urejena horizontalno, torej veljajo splošno za vse vrste dajatev, razen če koordinacijska Uredba (ES) št. 883/2004 določa drugače. Zanimivo je, da je ta ureditev drugačna prav pri dajatvah za brezposelnost, in sicer z vidika obeh temeljnih tehnik koordinacije, določenih že v PDEU (seštevanje obdobj in izplačevanje dajatev v drugo državo). Poleg tega je predviden tudi odmik od temeljnega pravila pristojnosti zakonodaje države članice, v kateri se je opravljalo delo (lat. *lex loci laboris*),¹² če gre za (brezposelne) osebe, ki prebivajo v drugi državi članici.

Posebnost urejanja dajatev za brezposelnost izhaja iz dejstva, da se te povezujejo s trgom dela, natančneje z aktivno politiko zaposlovanja, in širše tudi s področjem delovnega prava. Vse od 90. let 20. stoletja, ko se je aktivna politika zaposlovanja s pripadajočimi

¹⁰ Poleg tega se pod navedenimi pogoji uredba uporablja tudi za osebe brez državljanstva in begunce.

¹¹ Jorens, 2017, str. 7.

¹² Pravilo *lex loci laboris* (tujim državljanom, tudi tistim, ki sicer prebivajo v drugi državi) omogoča izenačitev s položajem delavcev v državi članici zaposlitve. Tako ne pomenijo nelojalne konkurence delavcem v državi članici gostiteljici (zaradi plačila enotne prispevne stopnje), hkrati pa delodajalcem omogoča, da se za vse delavce ravna po pravilih tiste države članice, v kateri imajo po navadi sedež ter relevantna pravila dobro poznajo. Ne le to, tudi na področju delovnega prava je temeljno pravilo pristojnost države članice običajnega opravljanja dela, kar je razvidno iz 8. člena Uredbe (ES) št. 593/2008 o pravu, ki se uporablja za pogodbeno obligacijska razmerja, Uradni list ES L 177, 4. julij 2008 (Uredba Rim I). Tudi na področju koordinacije dajatev za brezposelnost je temeljno pravilo pristojnost države članice zadnje (samo)zaposlitve.

obveznostmi brezposelnega iskalca zaposlitve prvič uveljavila,¹³ je z dajatvami neločljivo povezana tudi okoliščina iskanja zaposlitve, ki naj bo čim krajše (in uspešno). V tem oziru je še danes aktualno vprašanje, kako urejati vprašanja določitve pristojne države članice in tako zakonodaje, ki naj se uporabi, izplačevanja dajatev v drugo državo članico ob mobilnosti brezposelne osebe ter ali in kako seštevati obdobja (zavarovanja ali (samo) zaposlitve). K vprašanjem in nedoločnim odgovorom dodatno pripomorejo trenutno veljavna pravila v koordinacijskih uredbah s kopico teoretičnih in praktičnih težav ter razlike pri nacionalnem urejanju socialne varnosti v primeru brezposelnosti. Čeprav imajo pravzaprav vse države članice (razen Luksemburga) v ta namen vzpostavljeno socialno zavarovanje, so med državami vendarle opazne razlike z več vidikov. Nacionalni sistemi se razlikujejo z vidika kroga obvezno zavarovanih oseb, minimalne zahtevane (zavarovalne) dobe, izračuna dajatev (v enotnem znesku ali z osnovo in odmernim odstotkom, ki se medsebojno razlikujejo), trajanjem izplačevanja denarnega nadomestila (enotno (za vse), ali s podaljševanjem po načelu »dlje prispevam, dlje prejemam«, bodisi linearno bodisi s postopnim naraščanjem), vzrokom za nastanek brezposelnosti in s tem povezano odklonitvijo dajatev ali zgolj določitvijo čakalnega obdobja za njihovo upravičenost, ipd.

V času ustanovnih držav EGS je bilo sisteme socialne varnosti šestih držav lažje povezovati, pozneje pa so se pridružile države, ki imajo drugačne ureditve, kar je pomenilo težavo pri koordinaciji sistemov na splošno, v ožjem smislu pa tudi v kontekstu dajatev za brezposelnost. Ne le to, spremenili so se tudi migracijski trendi, in sicer vidika njihovega obsega in vrste migracij, poleg tega pa je prišlo do tehnološkega razvoja, krepitev integracije med državami članicami ter navsezadnje sprememb nacionalnih sistemov socialne varnosti skozi čas.

Kljub družbenim spremembam se je koordinacija dajatev za brezposelnost spreminjala minimalno. Ko je bila sprejeta Uredba (EGS) št. 1408/71 (tj. predhodnica zdaj veljavne uredbe iz leta 2004), do omenjenih učinkov še ni prišlo. Ko so bili zaznani in ko je Evropska komisija leta 1998 predlagala več sprememb, pa je zaradi postopkovnih zahtev po obstoju soglasja med državami članicami pri spreminjanju področnih pravil nastopila težava. Poglavje o dajatvah za brezposelnost je bila ena od zadnjih razpravljalnih tem,¹⁴ na koncu pa so minimalne spremembe odražale nujen in hiter kompromis, saj je leta 2004 »grozila« priključitev deset novih držav članic, kar bi doseganje soglasja še otežilo.¹⁵ Ni presenečenje, da je bila Uredba (ES) št. 883/2004 tako sprejeta 29. aprila 2004, le dva dni pred pristopom novih, gospodarsko manj razvitih držav članic, vključno s Slovenijo. Zaradi muje so se pravila v primerjavi s preteklostjo tedaj je minimalno spremenila.

¹³ Glej Fuchs, 2010, str. 102–106.

¹⁴ Cornelissen, 2007, str. 209.

¹⁵ To delovanje je bilo le zmerno uspešno, saj je bila izvedbena uredba sprejeta šele 2009, ko je bilo že 27 držav članic EU.

Če je bil kdo pozoren na letnice sprejetih uredb, je zaporedje po letih sprejema celostne, posodobljene uredbe naslednje: 1958, 1971, 2004. Pomembnejše spremembe koordinacijske uredbe so redke. Zanimivo glede tega je, da je bil (naj)novjši predlog sprememb Uredbe (ES) št. 883/2004 podan ob koncu leta 2016, največji delež predlogov pa se je nanašal na spremembo pravil, ki koordinirajo dajatve za primer brezposelnosti.¹⁶ Čeprav se je upalo, da bodo spremembe lahko hitro sprejete, se je v postopku zapletlo.¹⁷ Roberts navaja,¹⁸ da so bile leta 2019 sporne še predvsem dajatve za primer brezposelnosti in pravila o določitvi pristojne države članice. Države članice se pri pogajanjih namreč združujejo v bloke držav, ki lahko posamezen predlog zavrnejo, pri tem pa politično kupčkajo in izhajajo iz lastnih (finančnih) interesov, ki so, agregatno gledano, praviloma razdeljeni na dva pola, tj. države, ki od trenutnih pravil »profitirajo«, in tistih, ki ne. Pennings tako nastala razmerja opisuje celo kot »bojišče med vzhodom in zahodom«.¹⁹

Ob pregledu spremljajočega dokumenta k predlogu Evropske komisije iz leta 2016, tako imenovane ocene vplivov (angl. *impact assessment*),²⁰ je mogoče ugotoviti, da so bile podane različne alternativne rešitve, podkrepjene z oceno o socialnih, ekonomskih in drugih učinkih.²¹ Zelo nazorno so navedeni podatki o podpori posameznim različicam, kjer pa se države članice pravzaprav nikjer niso približale soglasju. Evropska komisija je seveda nadaljevala s predlogi, ki bi po oceni učinkov dosegli največ pozitivnih učinkov in/ali imeli največ politične podpore. Tako je med pogajanja prihajalo do sprememb še vse do leta 2019, ko je bilo sprejeto stališče, naj se s predlogom nadalje ukvarja nova Evropska komisija, ki je nastopila v letu 2020. Nestrinjanje o novih pravilih za področje dajatev za brezposelnost je torej (vsaj začasno) zaustavilo potrditev (vseh) sprememb, kar je deloma nenavadno. Ko gre za statistično porazdelitev, so namreč dejanski primeri s področja koordinacije dajatev za brezposelnost v ozadju. Po številkah prevladujejo odločitve o pristojni državi članici, temu sledijo primeri pokojninskih dajatev in primeri (čezmejnih) zdravstvenih dajatev. Daleč v ozadju se šele pojavijo dajatve za brezposelnost in družinske dajatve, kar velja tudi za Slovenijo.²² Očitno je šlo na političnem parketu predvsem za načelno postopanje.

¹⁶ European Commission, COM (2016) 815 final.

¹⁷ Glej podrobnejši opis v Golynger, 2020, str. 105. Za razvojne dogodke v postopku sprejemanja glej tudi Roberts, 2020, str. 242 in nasl.

¹⁸ Prav tam, str. 246.

¹⁹ Pennings, 2020.

²⁰ European Commission, SWD (2016) 460, str. 39–103.

²¹ Prav tam. Med te denimo spadajo jasnost in poenostavitev pravil, varstvo pravic, finančni učinki ter njihov vpliv na temeljne pravice, administrativni stroški, tveganje za goljufije in zlorabe, pravična delitev bremena med državami članicami, vpliv na mobilnost ter skladnost s splošnimi, specifičnimi in širšimi cilji EU.

²² V Sloveniji je bilo leta 2018 zgolj 1.714 prenosnih obrazcev pri dajatvah za brezposelnost (obrazci U1, U2 in U3). Podrobneje glej de Wispelaere, de Smedt in Pacolet, 2020, str. 83.

V tem razdelku sem želel ponazoriti, da je pomemben politični kontekst, ki ga je treba upoštevati vselej, ko se razpravlja o prihodnjem urejanju koordinacije dajatev za brezposelnost. Če so pravila in predlogi Evropske komisije lahko politično motivirani, pa mora raziskovalni in predvsem teoretični pristop strokovnega delovanja nujno presegati take okoliščine oziroma mora biti od njih neodvisen. Zato je cilj prispevka podati teoretična oziroma strokovna izvajanja o pravnem urejanju *de lege ferenda*. Osredinjam se na tiste vidike ureditve, za katere menim, da nudijo prostor za izboljšave.

Pri tem bom upošteval predvsem naslednje dejavnike oziroma cilje: varovanje pravnega položaja brezposelne osebe, sistemska skladnost, pravična (raz)delitev bremena med državami članicami, jasnost, dobre (če ne najboljše) možnosti iskanja zaposlitve ter svoboda gibanja med državami članicami pri iskanju nove zaposlitve. Rešitve, ki bi dosegla vse cilje, pravzaprav ni. Gre le za vprašanje, kako doseči najboljši kompromis. To je navsezadnje tudi razlog za nesoglasja na političnem parketu. Namen je nanizati argumente za normodajni predlog, ki ga ocenjujem kot strokovno najprimernejšega in ga doslej še nisem srečal v enaki obliki. V svojih bistvenih značilnostih predlog izhaja iz pristojnosti držav članic zadnje (samo)zaposlitve, vendar po določenem izpolnjenem obdobju (samo)zaposlitve v tej državi članici (v nasprotnem primeru je pristojna država članica predzadnje (samo)zaposlitve – z enakimi pravili ne glede na kraj prebivanja brezposelne osebe), pri čemer se omogoča izplačevanje dajatev za brezposelnost v drugo državo članico brez časovnih omejitev.

3. Pristojnost države članice zadnje (samo)zaposlitve

Težave, do katerih prihaja tako na teoretični kot tudi praktični ravni, so, ko gre za pravo EU, zaradi števila aktivnih raziskovalcev na področju koordinacije sistemov socialne varnosti večinoma jasno identificirane.²³ Več nesoglasij je o tem, kako bi se lotili njihove odprave. To velja tudi za področje koordinacije dajatev za brezposelnost.

Če nekdo prvič prebere koordinacijsko uredbo, opazi, da več členov odstopa od temeljnih pravil in načel, pravila pa so deloma (jezikovno in namensko) nejasna oziroma se njihovo razumevanje skriva za tančico nevednosti, ki se jo odstre šele s pomočjo spoznavnih pravnih virov (na primer strokovnih ali znanstvenih člankov ter sodne prakse). Eden takih členov je sedANJI 65. člen Uredbe (ES) št. 883/2004, ki določa pravila o pristojni državi članici, ko brezposelna oseba (stalno) prebiva v državi članici, ki ni pristojna država članica. Zamisliti si je mogoče primer slovenskega delavca, ki prebiva v Mariboru, dnevno pa se vozi na delo v Avstrijo, kjer je zaposlen in je – po pravilu *lex loci laboris* – pristojna država članica tako Avstrija. Če taka oseba, ki je obmejni delavec (saj se vrne v

²³ Glede dajatev za brezposelnost glej na primer de Cortazar idr., 2012; Mišič, Bagari in Strban, 2020.

državo članico prebivanja vsaj enkrat tedensko),²⁴ postane delno ali občasno brezposelna (na primer dela krajši delovni čas od polnega), je za zagotavljanje dajatev za brezposelnost še naprej pristojna Avstrija (država članica zdaj delne, občasne zaposlitve), v primeru polne brezposelnosti pa je pristojna država članica prebivanja (Slovenija).

Ko gre za druge čezmejne delavce, ki prebivajo v drugi državi članici, kot je pristojna država članica (ter niso obmejni delavci), so pravila podobna. Zamisliti si je mogoče primer slovenskega delavca, ki ima nepremičnino v Mariboru, kjer živi njegova družina, sam pa je odšel na delo na Nizozemsko, pri čemer se na primer enkrat mesečno vrne za konec tedna v Slovenijo. Čeprav dela in biva na Nizozemskem (pristojna država članica v času delovne aktivnosti), je njegovo središče življenjskih interesov, s tem pa tudi (stalno) prebivališče praviloma v Sloveniji. V primeru delne ali občasne brezposelnosti velja enako pravilo kot pri obmejnih delavcih, če pa postane popolnoma brezposeln, pa ima pravzaprav možnost izbire (pristojne države članice). Izbira lahko, ali bo na razpolago službam za zaposlovanje v državi članici zadnje (samo)zaposlitve, ali pa se bo vrnil v državo članico stalnega prebivališča. Če stori slednje in je na voljo službam za zaposlovanje v tej državi članici, potem bo dajatve za brezposelnost zagotavljala država članica prebivanja. Tem pravilom je bila leta 2004 dodana kompromisna rešitev, da naj bi v primeru pristojnosti države članice prebivanja, država članica zadnje (samo)zaposlitve tej za 3 ali 5 mesecev povrnila stroške, povezane z dajatvami za brezposelnost.

Pravilo o pristojnosti države članice prebivanja je sporno iz več vidikov. Najprej pri naša številne pravne zaplete. Ni vselej jasno, ali je oseba delno (ali občasno) ali popolnoma brezposelna.²⁵ Na to jasno opozarjata na primer odločitvi Sodišča EU v zadevah *de Laat*²⁶ in *Mertens*,²⁷ k še dodatnemu zapletu pri enotni razlagi pa pripomore Sklep št. U3 (*Unemployment*)²⁸ Upravne komisije za koordinacijo sistemov socialne varnosti

²⁴ V skladu s točko f 1. člena Uredbe (ES) št. 883/2004 je obmejni delavec vsaka oseba, ki opravlja dejavnost zaposlene ali samozaposlene osebe v eni državi članici in stalno prebiva v drugi državi članici, v katero se praviloma vrača vsak dan ali najmanj enkrat na teden. Danes je premagovanje daljših poti mogoče opraviti dokaj hitro, zato bi v kontekst te opredelitve lahko spadale tudi osebe, ki delajo v precej oddaljeni državi članici, pa se vrnejo domov z letalom vsak konec tedna. V tem smislu ne opravljajo dela v sosednji državi članici, torej »ob sosednji meji«, pa vendar spadajo v opredelitev »obmejnega delavca«. Ena od težav je tudi v praksi ločiti, ali gre za obmejnega delavca ali tistega, ki to ni. Nedavno je tako na primer slovenski Zavod za zaposlovanje (ZRSZ) brezposelnim začel ponujati v podpis izjavo, kjer morajo pod grožnjo polne kazenske in materialne odgovornosti potrditi, ali so obmejni delavci.

²⁵ Opredelitve teh pojmov v koordinacijski Uredbi (ES) št. 883/2004 ni.

²⁶ C-444/98 *de Laat*, ECLI:EU:C:2000:635, točke 13, 16–18. Za pravno analizo primera glej van der Mei, 2003, str. 219–222.

²⁷ C-655/13 *Mertens*, ECLI:EU:C:2015:62, točke 18–27. Primer se je pojavil kot odraz nedoslednosti med zadevo C-444/98 *de Laat*, in Sklepom št. U3 Upravne komisije.

²⁸ Sklep št. U3 z dne 12. junija 2009 o obsegu pojma »delna brezposelnost«, ki se uporablja za brezposelne osebe iz člena 65(1) Uredbe (ES) št. 883/2004 Evropskega parlamenta in Sveta, Uradni list

(v nadaljevanju: Upravna komisija),²⁹ ki je bil sprejet v času med obema zadevama in ki določa nekoliko drugačno razmejitveno pravilo. Vprašanje je na primer, kako po eni strani opredeliti položaj, ko je nekdo bil zaposlen za krajši delovni čas od polnega ter to zaposlitev izgubi. Po drugi strani lahko popolnoma brezposelna oseba najde zaposlitev v drugi državi članici, vendar le za krajši delovni čas, in vprašanje je, ali se s tem spremeni tudi pristojna država članica.³⁰

Drugi je sistemski vidik, ki upošteva dvostranskost socialno-zavarovalnega razmerja, tj. razmerja med zavarovancem, ki plačuje prispevke za socialno varnost, in nosilcem zavarovanja, ki na drugi strani izplačuje (denarne) dajatve.³¹ Če je za čas (samo)zaposlitve pristojna država članica opravljanja dela, v kateri so tudi plačani prispevki za socialno varnost, ni razumljivo, da v primeru nastopa brezposelnosti dajatve zagotavlja država članica prebivanja, ki prispevkov ni prejela. Če je predvidena povrnitev stroškov za dajatve za brezposelnost za obdobje 3 ali 5 mesecev, je ta povrnitev le delna, saj je v državi članici prebivanja lahko dajatev zagotovljena dalj časa, hkrati pa ima država članica prebivanja kot pristojna država članica na področju celotnega sistema socialne varnosti še druge morebitne izdatke, na primer za družinske dajatve ali zdravstvene dajatve, teh pa ne dobi povrnjenih. Gre torej le za delno povrnitev, povrnitev pa je lahko sporna tudi za državo članico zadnje (samo)zaposlitve.³² Povrh tega je povrnitev stroškov pri koordinaci-

EU C 106/45, 24. april 2010.

²⁹ Ta komisija je med drugim zadolžena tudi za obravnavo vseh vprašanj v zvezi z uporabo in razlago pravil koordinacijskih uredb. Podrobneje o njenih nalogah glej 72. člen Uredbe (ES) št. 883/2004.

³⁰ V skladu s temeljnim pravilom *lex loci laboris* bi morala postati pristojna država članica aktivnosti, torej zaposlitve za krajši delovni čas. Po drugi strani naj bi imeli taki posamezniki še naprej pravico do dajatev za brezposelnost, ki jih zagotavlja država članica prebivanja, priporoča pa se državam članicam, da v ta namen sklenejo sporazum v skladu s prvim odstavkom 16. člena Uredbe (ES) št. 883/2004. Glej podrobneje Priporočilo št. U1 Upravne komisije za koordinacijo sistemov socialne varnosti z dne 12. junija 2009 o zakonodaji, ki se uporablja za brezposelne osebe, ki opravljajo poklicno ali gospodarsko dejavnost s krajšim delovnim časom v državi članici, ki ni država članica stalnega prebivališča, Uradni list EU C 106, 24. april 2010.

³¹ Pri dajatvah za primer brezposelnosti ni treba omenjati drugih alternativnih mehanizmov za zagotavljanje socialne varnosti, saj so v vseh državah članicah (razen Luksemburga) za varnost v primeru nastopa brezposelnosti primarno vzpostavljena socialna zavarovanja.

³² To velja na primer, če po nacionalnih pravilih države članice zadnje (samo)zaposlitve upravičenosti do dajatev za brezposelnost sploh ne bi bilo ali pa bi se dajatve zagotavljale manj od petih mesecev. Kot primer lahko služi povezava z 61. členom uredbe, v skladu s katerim mora pristojna država seštevati obdobja zaposlitve ali samozaposlitve, če bi jih po nacionalni zakonodaji štela kot obdobje zavarovanja. Če oseba v Avstriji ni zavarovana za primer brezposelnosti (na primer pri delavcih, ki imajo *mini-job*, ali pri samozaposlenih, ki se prostovoljno ne vključijo v zavarovanje za primer brezposelnosti), bi Slovenija po jezikovni razlagi vendarle morala taka obdobja sešteti, saj so vsa obdobja zaposlitve ali samozaposlitve ne glede na obseg aktivnosti v Sloveniji podlaga za obvezno vključitev v zavarovanje za primer brezposelnosti (in pomenijo zavarovalno dobo). Nacionalna zakonodaja države članice prebivanja tako lahko vzpostavi obveznost povrnitve za dajatve, ki je v državi članici

ciji sistemov socialne varnosti predvideno le izjemoma (poleg dajatev za brezposelnost še pri zdravstvenih dajatvah), z izjemo pa so povezane tudi izvedbene težave.³³

Država članica prebivanja, ki v skladu z nacionalno zakonodajo odloči o dajatvah za brezposelnost, običajno pomeni tudi manj ugoden razplet za brezposelno osebo. Glede na to, da migracijski tokovi v EU potekajo predvsem v smeri od vzhoda proti zahodu,³⁴ torej v države članice z višjimi plačami in razvitejšimi sistemi socialne varnosti, tudi z višjimi dajatvami za brezposelnost (ali dajatvami, izplačani v daljšem obdobju), se ugotavlja, da je rezultat za brezposelne osebe, za katere je pristojna država članica prebivanja, približno 68 odstotkov slabši,³⁵ kot če bi bila pristojna država članica zadnje (samo) zaposlitve. To lahko v kontekstu povrnitve stroškov za državo članico zadnje (samo)zaposlitve pomeni pomembno finančno razbremenitev, saj ta povrača nižji znesek dajatve, kot bi ga izplačala sama. Po drugi strani lahko to dejstvo državo članico prebivanja spodbudi k dodatni socialno-pravni zaščiti položaja brezposelnih oseb na način, da v iskanju »brezplačnega kosila«³⁶ predvidi višjo najvišjo dajatev za brezposelnost za obdobje treh ali pet mesecev zgolj za popolnoma brezposelne obmejne delavce, saj naj bi ji ta znesek država članica zadnje (samo)zaposlitve povrnila. To je, verjetno predvsem iz politično motiviranih razlogov, na primer naredila Slovenija predvsem za obmejne zaposlene delavce v Avstriji.³⁷ Vprašanje je, ali je to skladno s pravom EU.³⁸

zadnje (samo)zaposlitve sploh ne bi bilo. Na to zagato je bilo odgovorjeno v Sklepu št. U4 Upravne komisije za koordinacijo sistemov socialne varnosti z dne 13. decembra 2011 o postopkih povračil, Uradni list EU C 57, 25. februar 2012. Sklep v takih primerih predvideva povrnitev (točka dve 1. člena in 3. člen sklepa).

³³ Vsak primer povračilnega postopka zahteva izmenjavo podatkov o obdobju (samo)zaposlitve, obdobju povračila in o datumu plačil. Država članica, ki povrača stroške, mora preveriti, ali ni za enaka obdobja že prišlo do povračila in ali je bila dosežena zgornja meja po nacionalni zakonodaji. Če je zahteva za povračila zavrtnjena ali le delno sprejeta, je treba dodatno izmenjati podatke o razlogih za (delno) zavrtnitev. Poleg tega pogosto prihaja do zamud pri povračilih. Glej European Commission, SWD (2016) 460, str. 82–83.

³⁴ Poleg migracijske smeri z vzhoda na zahodni del Evrope se pojavlja tudi gibanje iz juga na sever. Glej Juravle in Weber, 2013, povzetek.

³⁵ Pennings, 2020, str. 154. Glej tudi European Commission, SWD (2016) 460, str. 81, kjer je navedeno, da se zaradi slabšega pravnega položaja Evropska komisija srečuje s številnimi pritožbami.

³⁶ Glej Mišič, 2021.

³⁷ Prav tam. Glej 62. člen slovenskega Zakona o urejanju trga dela (ZUTD, Uradni list RS, št. 80/10 s spremembami do 54/21). Zgornja omejitev na znesek 1.785 evrov večinoma upošteva znesek, ki je predviden v Avstriji, tj. približno 1.750 evrov mesečno. Hkrati je znesek 1.785 evrov mesečno precej višji od sicer splošno določene najvišje omejitve na 892,50 evra.

³⁸ Prav tam. Omejitev je predvsem točka a petega odstavka 65. člena Uredbe (ES) št. 883/2004, ki določa, da brezposelni obmejni delavec prejema dajatve v skladu z zakonodajo države članice prebivanja, »kakor da bi med opravljanjem zadnje dejavnosti zaposlene ali samozaposlene osebe zanj veljala ta zakonodaja«. Vprašanje je tudi, ali bi na primer Avstrija bila voljna izplačevati nenadoma višje denarne dajatve, tj. ali bi to brez težav sprejela.

Navsezadnje lahko pride do pravnega zapleta tudi pri določitvi, katera država članica je sploh država članica prebivanja. Ne le, da to po pravilih uredb ni vselej država, v kateri ima nekdo stalno prebivališče,³⁹ ampak ima lahko država članica zadnje (samo)zaposlitve tudi interes, da presodi (*de facto* enostransko določi), da je središče življenjskih interesov brezposelne osebe v drugi državi članici.⁴⁰ Če presodi, da je brezposelna oseba obmejni delavec, ki (stalno) prebiva v drugi državi članici, se s tem razbremeni pristojnosti (saj je zanj pristojna država članica prebivanja), če pa gre za druge čezmejne delavce, lahko z opredelitvijo druge države članice kot države članice prebivanja brezposelni osebi neformalno namigne, naj dajatve za brezposelnost (izbirno) uveljavlja v državi članici prebivanja.

Pravni zapleti so torej večplastni in obsegajo: opredelitev delne (ali občasne) ali popolne brezposelnosti; določitev, ali gre v danem primeru za obmejnega delavca ali drugega čezmejnega delavca; odsotnost sistemske povezave med plačilom prispevkov in zagotavljanjem nasprotnih (denarnih) dajatev; kopico težav pri povrnitvi stroškov s strani države članice zadnje (samo)zaposlitve; težave, povezane z opredelitvijo države članice prebivanja, od česar je navsezadnje odvisen končni izid glede višine dajatev, ki je tipično precej manj ugoden za brezposelno osebo, kakor če bi bila pristojna država članica zadnje (samo)zaposlitve.

Ob upoštevanju tega bi le težka zavrnilo tezo, da bi bila izključna pristojnost države članice zadnje (samo)zaposlitve bistveno boljša rešitev od trenutno veljavne, saj bi večina težav pri izvajanju koordinacijskih pravil odpadla. Taka rešitev bi bila skladna s temeljnim pravilom *lex loci laboris*, saj bi ostala pristojna država članica, v kateri je oseba bila delovno aktivna,⁴¹ neodvisno od tega, ali gre za obmejnega ali drugega čezmejnega delavca.

Za veljavno ureditev, ki določa posebna pravila za obmejne delavce, sicer obstaja teoretična podstat. Domneva se, da ima popolnoma brezposelna oseba v državi članici prebivanja najboljše možnosti iskanja zaposlitve. Gre za domnevo, ki jo je, kot ugotavlja

³⁹ Po točki j 1. člena Uredbe (ES) št. 883/2004 pomeni »stalno prebivališče« kraj, v katerem oseba običajno prebiva. Za določitev običajnega prebivališča oziroma države članice prebivanja je treba upoštevati več dejavnikov, ki so nadrobneje razdelani v 11. členu izvedbene Uredbe (ES) št. 987/2009.

⁴⁰ Podlaga za to bi lahko bilo lastništvo nepremičnine v drugi državi članici, odsotnost formalne odjave prebivališča iz druge države članice, bivanje kakšnega družinskega člana v drugi državi članici. Obstoj katerekoli od teh okoliščin bi lahko bil v luči središča življenjskih interesov s strani organov različnih držav članic vrednoten različno.

⁴¹ Za ekonomsko neaktivne osebe je po drugi strani pristojna država članica stalnega prebivališča. Glej točko (e) 11. člena Uredbe (ES) št. 883/2004. Popolnoma brezposelne osebe so mejna kategorija. Po eni strani so ekonomsko neaktivne, vendar so v preteklosti bile delovno aktivne in morajo aktivno iskati zaposlitev. Iskalce zaposlitve je Sodišče EU sicer že pred leti umestilo v domet 45. člena PDEU o svobodnem gibanju delavcev, s čimer jih je bolj približalo delavcem, torej aktivnim osebam. V tem oziru glej na primer zadevi C-292/89 *Antonissen*, ECLI:EU:C:1991:80, točka 13; in C-138/02 *Collins*, ECLI:EU:C:2004:172, točki 56–57.

Pennings,⁴² Sodišče EU prvič vzpostavilo v zadevi *Mouthaan*⁴³ in ki vse od tedaj diktira razvoj pravil za delavce, ki prebivajo v državi članici, ki ni pristojna država članica (zadnje (samo)zaposlitve).⁴⁴ Ureditev je na prvi pogled videti razumna, saj je država članica prebivanja pogosto tista, v kateri se je oseba izobraževala, katere uradni jezik obvlada, in v kateri so drugi dejavniki, ki za posameznika pomenijo središče njegovih življenjskih interesov. Poleg tega je država članica prebivanja tudi tista, v kateri je najlažje preverjati, ali oseba aktivno išče zaposlitev. Vendar pa domneva niti slučajno ne vzdrži v vseh primerih, vprašanje pa je, ali sploh zdrži v večini primerov. Do sedaj mi ni uspelo najti nobene empirične analize, ki bi to skušala ugotoviti, kaj šele potrditi.⁴⁵ Vendarle pa obstaja več razlogov, ki bi nakazovali ravno obratno rešitev. Najprej gre lahko na primer za primere obmejnih delavcev, ki so ohranili tesne(jše) (poslovne) povezave z državo članico zadnje (samo)zaposlitve, ki jih je v svoji praksi prepoznalo tudi Sodišče EU.⁴⁶ Niso tudi redki primeri, ko oseba prebiva v drugi državi članici, ker so tam cene nepremičnin ali, širše, življenja nižje,⁴⁷ pa pri tem ne gre za državo članico posameznikovega državljanstva. Marsikdo tudi odide iskat zaposlitev v drugo državo članico, ker v državi članici prebi-

⁴² Pennings, 2009, str. 187–188.

⁴³ C-39/76 *Mouthaan*, ECLI:EU:C:1976:181, točki 13 in 16. Sodišče EU se je pri razlagi sklicevalo na deveto točko preambule, ki pa se sploh ni nanašala izrecno na take primere popolnoma brezposelnih oseb, ki prebivajo v drugi državi članici, kot je država članica zadnje zaposlitve. Ugotoviti je mogoče, da Sodišče EU določbe ni razumelo kot neskladne s primarnim pravom EU. Na odločitev je lahko vplivala tudi okoliščina, da je bilo v konkretnem primeru za brezposelno osebo to ugodnejše. Enako je odločilo Sodišče EU tudi v poznejši zadevi C-227/81 *Aubin*, ECLI:EU:C:1982:209, točka 20.

⁴⁴ Pravilo o pristojnosti države članice prebivanja je Sodišče EU tudi že presojalo z vidika skladnosti s svobodo gibanja delavcev. Neskladnosti ni ugotovilo zaradi razlogov praktičnosti in učinkovitosti tega pravila. Glej C-58/87 *Rebmann*, ECLI:EU:C:1988:344, točke 13–15; C-102/91 *Knoch*, ECLI:EU:C:1992:303, točki 32 in 33; C-444/98 *de Laet*, točki 28 in 32; in C-311/01 *Komisija proti Nizozemski*, ECLI:EU:C:2003:598, točka 30. Glej tudi Verschuere, 2010, str. 93. To pa vendarle ne pomeni, da je to pravilo optimalno.

⁴⁵ Enako ugotavlja tudi Pennings, 2009, str. 184–186. Poleg tega Pennings kritično ugotavlja, da je bila napravljena povezava brez temeljitega premisleka glede tega, ali naj bi zaradi tega bila pristojna zagotavljati dajatve ta država.

⁴⁶ Omenjam zgolj primere: C-1/85 *Miethe*, ECLI:EU:C:1986:243; in C-443/11 *Jeltes, Peeters, Arnold*, ECLI:EU:C:2013:224.

⁴⁷ Dr. Jacques Scheres, koordinator regije med rekama Meuse in Ren je navajal, da je na primer v tej regiji med Belgijo, Nizozemsko in Nemčijo kar 50 odstotkov obmejnih delavcev »atipičnih«, kar pomeni, da so se preselili iz države članice državljanstva, kjer še vedno delajo, v sosednjo državo članico zgolj zaradi nižjih cen nepremičnin. Glej van Overmeiren, 2009, str. 19.

vanja zaposlitve preprosto ne najde.⁴⁸ Verschueren denimo ugotavlja,⁴⁹ da je (danes) na trgu dela pri iskanju zaposlitve precej pomembnejše, kakšne izkušnje imaš in kje si jih pridobil, kot pa kraj prebivanja kot tak. Hkrati je težko reči, da so možnosti iskanja zaposlitve v državi članici prebivanja največje, če je bil posameznik v državi članici zadnje (samo)zaposlitve aktiven dalj časa. Ugotavlja se, da je na primer večina delavcev (tj. 76 odstotkov), ki postanejo popolnoma brezposelni in so prebivali v drugi državi članici, bila aktivnih v državi članici zadnje (samo)zaposlitve več kot 12 mesecev,⁵⁰ s čimer so vzpostavili pristno vez s to državo članico in njenim trgom dela. Evropska komisija ugotavlja, da je domneva, da ima popolnoma brezposelna oseba v državi članici prebivanja najboljše možnosti iskanja zaposlitve, zmotna in je statistika ne potrjuje.⁵¹

Predlogi vse od leta 1998 dalje poskušajo iti v smer pristojnosti države članice zadnje (samo)zaposlitve, vendar zgoraj omenjena, ne nujno resnična domneva, povzroča kolebanje. Pristojnost države članice zadnje (samo)zaposlitve je bila predlagana že v več različicah, na primer kot izključna pristojnost, kot izbirna možnost na enaki ravni z državo članico prebivanja ali pa kot izključna pristojnost, toda le po določenem obdobju aktivnosti (variacije med 3, 6, ali 12 mesecev) v tej državi članici. Sam bi si drznil storiti korak dlje in zagovarjati predlog, da se 65. člen Uredbe (ES) št. 883/2004 o posebnih pravilih za brezposelne osebe, ki prebivajo v drugi (nepristojni) državi članici, razveljavi in se njihovega položaja več ne ureja drugače od položaja brezposelnih oseb, ki prebivajo v državi članici, v kateri so nazadnje bile (samo)zaposlene.

Za izključno pristojnost države članice zadnje (samo)zaposlitve obstajajo štiri utemeljeni razlogi. Prvič, težko je sprejeti empirično nedokazano domnevo o najboljših možnostih iskanja zaposlitve v državi članici prebivanja. Drugič, dolgotrajna ekonomska aktivnost v neki državi članici izboljša možnosti iskanja nove zaposlitve v tej državi članici, ne pa državi članici prebivanja. Tretjič, možnost posredne izbire pristojnosti, ki velja za druge brezposelne čezmejne delavce, se zdi neprimerna. Izbiranje pristojnosti (angl. *forum shopping*) je v pravu socialne varnosti izjema. Na nacionalni ravni je na primer pomemben element socialnih zavarovanj ta, da je vključitev vanje praviloma obvezna in le izjemoma prostovoljna. Pravo socialne varnosti je prežeto z javnopravnimi elementi in z javnim interesom, kar se kaže tudi v mednarodnih kolizijskih pravilih. V Uredbi (ES) št. 883/2004 možnosti izbire prava, ki naj se uporabi, posameznik načeloma nima,⁵² pri

⁴⁸ Iskanje zaposlitve v drugi državi članici z namenom izoginitve dolgim obdobjem brezposelnosti, ker zaposlitve ni mogoče dobiti v državi članici izvora, je celo drugi najpogosteje omenjen razlog za mobilnost (28 odstotkov). Tu še posebej v zadnjem desetletju prednjačijo mladi, natančneje osebe, stare od 20 do 29 let. Glej Friesch-Tersch, Jones in Siöland, 2021, str. 128.

⁴⁹ Verschueren, 2001, str. 18.

⁵⁰ European Commission, SWD (2016) 460, str. 81.

⁵¹ Prav tam.

⁵² To sicer ne pomeni, da na primer oseba ne more ustvariti take situacije, s katero doseže uporabo določenega prava. Na primer posameznik se lahko preseli in s tem morda vpliva na koordinacijska

čemer sta edini izjemi izbire pridržani pomožnim uslužbencem EU⁵³ in omenjenim polnoma brezposelnim osebam, ki so bile ekonomsko aktivne v drugi državi članici kot v državi članici, v kateri so (stalno, običajno) prebivale.⁵⁴ V pravu socialne varnosti imajo kolizijska pravila načeloma prisilen (kogenten) in izključni učinek,⁵⁵ kar lahko glede na javnopravno naravo področja urejanja ocenimo kot sistemsko primernejše, kakor dajanje možnosti izbire.

Četrtyč, ključni razlog za to morda drzno potezo je dejstvo, da bi s tem odpadlo več pravnih razmejitvenih težav in bi se število potrebnih členov ureditve zmanjšalo. Predlog tako sledi ideji izključne pristojnosti države članice zadnje (samo)zaposlitve, pri čemer je vprašanje, kako dolgo naj bo obdobje (samo)zaposlitve v tej državi članici, da pride do prenosa pristojnosti. To je vsebina, ki je povezana z 61. členom Uredbe (ES) št. 883/2004 in obravnavana v nadaljevanju razprave.

4. Seštevanje obdobj in pristojnost države članice zadnje (samo) zaposlitve po treh ali šestih mesecih delovne aktivnosti?

Sedanji drugi odstavek 61. člena Uredbe (ES) št. 883/2004 določa, da je brezposelna oseba upravičena do dajatev v državi članici zadnje (samo)zaposlitve, če je v tej državi članici nazadnje dopolnila: zavarovalno dobo, če njena zakonodaja določa pogoj zavarovalne dobe; dobo zaposlitve, če njena zakonodaja določa pogoj dobe zaposlitve; ali dobo samozaposlitve, če njena zakonodaja določa pogoj samozaposlitve. V praksi gre predvsem za dopolnitev zavarovalnih dob, saj (razen Luksemburga) države članice načeloma zahtevajo izpolnjenost določenega obdobja zavarovanja, kar pomeni tudi obdobje (samo)zaposlitve, če to ustvarja zavarovalno zaščito. Posameznik namreč praviloma ne more postati brezposeln v eni državi članici ter z namenom uveljavljanja dajatev za brezposelnost oditi v drugo državo članico.

Težave ureditve izhajajo predvsem iz določila »nazadnje dopolniti« in uporabe besede »doba«. Po eni strani države članice (na primer Finska in Danska) pravila ne razumejo

pravila, delodajalec lahko namerno neke ustanovi sedež podjetja ipd.

⁵³ Glej 15. člen Uredbe (ES) št. 883/2004. Vprašanje je, kateri so tako specifični razlogi za to možnost izbire pri pomožnih uslužbencih EU. Podrobneje o tem glej Schoukens in Pieters, 2009, str. 102.

⁵⁴ Celo špekulira se, da bi izbira ugodnejšega prava z vidika dajatev za brezposelnost pri brezposelnih osebah oportunistično pretehtala nad izbiro države članice, v kateri so možnosti zaposlitve večje. Glej European Commission, SWD (2016) 460, str. 92.

⁵⁵ Drugače je denimo v delovnem pravu in civilnem pravu, kjer je načeloma dovoljena pogodbeno izbira prava, saj ni tolikšne mere javnega interesa (sicer z nekaj varovalnimi določbami, ki ščitijo delavca v primeru pogodbe o zaposlitvi). Glej na primer 3. in 6. člen Rimske konvencije o pravu, ki se uporablja za pogodbeno razmerja, ter 3. in 8. člen Uredbe (ES) št. 593/2008 (Uredba Rim 1).

tako, da za vzpostavitev pristojnosti države članice zadošča zgolj en dan zavarovanja.⁵⁶ To vodi v neželjeno različno razlago prava EU v praksi. Po drugi strani, in ta del je precej pomembnejši, je pravilo sporno, saj mora država članica zadnje (samo)zaposlitve seštevati obdobja zavarovanja v drugih državah članicah in zagotavljati dajatve (ki jih izračuna po nacionalni zakonodaji), čeprav so bila obdobja prispevanja v tej državi zelo kratka. Kot primer lahko služi nedavna odločitev Sodišča EU v zadevi *ZP*.⁵⁷ Posameznik je v Švici delal 24 let, se nato zaposlil v Nemčiji in po manj kot mesecu postal brezposeln. Nemčija je bila primorana po potrebi sešteti obdobja zavarovanja iz drugih držav članic,⁵⁸ saj zgolj po nacionalni nemški zakonodaji ni bila dopolnjena minimalna zavarovalna doba. To pa je pomenilo, da je celotno breme zagotavljanja dajatev (za 24 let zaposlitve) padlo nanjo in ne na Švico. Pravilo je torej težavno predvsem z vidika poštene delitve bremena med državami članicami⁵⁹ glede prejemanja prispevkov za socialno varnost in zagotavljanja nasprotnih (denarnih) dajatev. Slednje je pri prihodnjem urejanju koordinacije dajatev za brezposelnost zelo pomembno.

Vprašanje je seveda, pri katerem obdobju ekonomske aktivnosti določiti mejo, ki pomeni prenos pristojnosti na državo članico zadnje zaposlitve. Poleg sedanje različice je Evropska komisija predlagala zahtevano obdobje aktivnosti en mesec, tri mesece, pri tistih delavcih ali samozaposlenih osebah, ki prebivajo in delajo v različnih državah članicah (glej prejšnji razdelek), pa celo šest ali dvanajst mesecev. Ta vidik je ena najpomembnejših zagonetk prihodnje ureditve.

Z nekoliko širšega vidika se za doseganje pravične delitve bremena med državami članicami pogosto uporablja tako imenovano načelo časovne razdelitve oziroma *pro-rata temporis* zagotavljanje (denarnih) dajatev. Zagotavljanje sorazmernega dela dajatev glede na sorazmerni del obdobja zavarovanja velja pri dolgotrajnih dajatvah, na primer pokojninah. Pri tem sorazmerni del ne sme biti manjši od dela, ki bi bil zagotovljen ob izključni uporabi pravil nacionalnega prava (na primer upoštevanje obdobja 15 let pokojninske dobe v sorazmernem deležu celotnega obdobja, dopolnjenega v različnih državah članicah, in glede na višino pokojnine), s čimer se poudarja načelo največje ugodnosti, tako imenovano Petronijevo načelo.⁶⁰ Ta rešitev sicer vodi do dodatnega dela in dvojnih izračunov. Pri kratkotrajnih dajatvah, med katere spadajo tudi dajatve za primer brezposelnosti, ureditev mehanizma *pro-rata temporis* ne pozna. Predvsem zato, ker

⁵⁶ Podrobneje glej European Commission, SWD (2016) 460, str. 43.

⁵⁷ C-29/19 *ZP*, ECLI:EU:C:2020:36, točka 15.

⁵⁸ Glej prvi odstavek 61. člena Uredbe (ES) št. 883/2004.

⁵⁹ Verschuere, 2020, str. 399–400. Težav ne bi bilo, če bi obstajalo uravnoteženo gibanje med državami članicami (na primer če bi se pojavljalo enako število primerov, v katerih bi za dolga leta aktivnosti v Nemčiji nato Švica morala seštevati obdobja in zagotavljati dajatve). Dejstvo je, da migracijske poti niso uravnotežene, temveč prevladuje usmeritev gibanja iz vzhodnih proti zahodnim državam.

⁶⁰ Poimenovano po zadevi C-24/75 *Petroni*, ECLI:EU:C:1975:129.

bi morali dajatve izračunati organi dveh ali več držav članic, morda celo dvakrat, tj. po sorazmernem delu in na podlagi nacionalnih pravil.⁶¹ To bi pomenilo praviloma časovno zamudno administrativno prakso, čeprav brezposelna oseba teoretično že naslednji dan najde novo zaposlitev. Taka delitev bremena je smiselna pri dolgotrajnih dajatvah, ko se posameznikova ekonomska aktivnost več ne pričakuje, pri kratkotrajnejših dajatvah za brezposelnost pa je drugače, kar zahteva spremenjen pristop.

4.1. Minimalno zahtevano obdobje (zavarovanja) v primerjalni ureditvi držav članic ter Petronijevo načelo

Glede na to, da prvi odstavek 61. člena Uredbe (ES) št. 883/2004 določa, da se obdobja seštevajo zgolj po potrebi, torej kadar na podlagi nacionalne zakonodaje ne bi bili izpolnjeni niti minimalni pogoji za pridobitev dajatev za brezposelnost, je treba primerjalno opozoriti na nacionalne ureditve držav članic. Zaradi poenostavitve tukaj uporabljam časovno enoto v mesecih in splošno pravilo v državah članicah EU in državah Evropskega združenja za prosto trgovino (EFTA).⁶² Najkrajšo zahtevano dobo (zavarovanja) oziroma njeno gostoto določata Italija (3 meseci od 48 mesecev) in Islandija (3 od 12), sledijo pa Grčija (5 od 14), Nizozemska (6 od 9), Luksemburg, Švedska (6 od 12), Francija (6 od 24), Finska (6 od 28), Irska (9 od 12), Hrvaška (9 od 24) in Slovenija (10 od 24). V približno polovici držav članic se zahteva 12 mesecev,⁶³ zgolj Slovaška pa ima daljšo minimalno zahtevano obdobje (24 od 36). Po 12 mesecih (samo)zaposlitve je pravzaprav (razen Slovaške) vselej izpolnjen pogoj zahtevane dobe in se obdobja iz drugih držav članic ne seštevajo. Po drugi strani je najkrajše zahtevano obdobje v Italiji in na Islandiji (3 mesece), manj kot 6 mesecev pa še v Grčiji (5).

K temu je treba dodati še en vidik uporabe Petronijevega načela, ki v splošnem pomeni, da posameznik zaradi uporabe koordinacijskih uredb ne sme biti obravnavan manj ugodno, kot če bi se uporabilo zgolj nacionalno pravo. Če bi se na primer slovenski državljani zaposlil v Italiji in bi po treh mesecih neprostovoljno izgubil zaposlitev, bi moral imeti možnost uveljavljati dajatve za brezposelnost v Italiji (če so na primer ugodnejše od slovenskih), ne glede na morebiten drugačen odkaz v Uredbi (ES) št. 883/2004 (na primer na DČ predzadnje (samo)zaposlitve).

⁶¹ Na primer če se v državi članici zadnje (samo)zaposlitve zahteva daljše obdobje, v državi članici predzadnje (samo)zaposlitve pa krajše obdobje za upravičenost do dajatve ter bi bilo to obdobje izpolnjeno.

⁶² Uredba (ES) št. 883/2004 namreč velja tudi v razmerju do Švice, Lihtenštajna, Islandije in Norveške.

⁶³ Latvija (12 od 16), Bolgarija, Poljska (12 od 18), Avstrija, Lihtenštajn, Nemčija, Romunija, Švica, Češka, Portugalska (12 od 24), Litva (12 od 30), Estonija, Madžarska (12 od 36), Španija (12 od 72 mesecev). Kot relevantno ogrodje za primerjalne rešitve nacionalnih pravnih ureditev v nadaljevanju jemljem informacije iz podatkovne baze MISSOC (angl. *Mutual information system on social protection*), URL: www.missoc.org.

4.2. *Najdaljše dopustno obdobje poskusnega dela v primerjalni ureditvi držav članic*

Drugi pomemben vidik z vidika predlaganega obdobja treh mesecev se nanaša na ureditev poskusnega dela. Do razmeroma hitrega nastopa brezposelnosti ob odhodu v drugo državo članico zaradi zaposlitve pride, ko je dogovorjeno poskusno delo ter to ni uspešno opravljeno. V obdobju poskusnega dela namreč praviloma ne velja varnost zaposlitve. Z vidika urejanja poskusnega dela lahko države članice razdelimo v dve večji skupini. Osem držav članic⁶⁴ določa najdaljše obdobje poskusnega dela v obdobju treh mesecev, 11 držav⁶⁵ pa v obdobju šestih mesecev, poleg tega pa velja še nekaj izjem.⁶⁶ Vidik poskusnega dela bi lahko pojasnil, zakaj je v trenutni statistiki nekje 30 odstotkov vseh zadev, v katerih se po potrebi sešteva obdobja iz drugih držav članic (z uporabo tako imenovanega obrazca U1) takih, pri katerih gre za aktivnost, krajšo od treh mesecev pred nastopom brezposelnosti (oziroma 70 odstotkov, ko gre za daljšo aktivnost).⁶⁷ Pri meji treh mesecev, preden postane pristojna država članica zadnje (samo)zaposlitve, je po trenutnih trendih razdelitev bremena med državami torej nekje 30 proti 70. Z enim mesecem bi bila ta razdelitev nekje 17 proti 83.⁶⁸ Podatkov za druga obdobja žal ni, vprašanje pa je, ali ne bi prišlo do znatnega preobrata po obdobju šestih mesecev, ki v luči najdaljše dopustne dolžine poskusnega dela v primerjalnopravni praksi zajame pravzaprav skoraj vse države članice.

Vendar: če sedanji en dan (zavarovanja) po nacionalnih ureditvah kljub določbam prava EU ne zadostuje za priznanje dajatev, zadošča pa načeloma precej daljše obdobje aktivnosti 12 mesecev, je za pravično delitev bremena morda najprimernejša razdelitev na polovico, torej postavitev meje šestih mesecev. V takem primeru bi se v vsaj 22 državah zajela celotna doba poskusnega dela. Hkrati bi v zgolj treh državah (Italija, Islandija, Grčija) bilo prisotno tveganje nastanka položaja, ko bi uredba odkazovala na drugačno (manj ugodno) rešitev, kot bi izhajala iz nacionalnih pravil. Po obdobju šestih mesecev bi tudi lahko bolj rekli, da so se izboljšale možnosti najdbe zaposlitve v tej državi članici,

⁶⁴ Glej spletno podstran Mednarodne organizacije dela, <<https://eplex.ilo.org/probationary-trial-period/>>. To velja za Češko, Dansko, Litvo, Latvijo, Madžarsko, Romunijo, Slovaško in Švico.

⁶⁵ Prav tam. Bolgarija, Finska, Hrvaška, Italija, Luksemburg, Nemčija, Norveška, Poljska, Slovenija, Španija in Švedska.

⁶⁶ Prav tam. V Belgiji poskusnega dela ni, v Avstriji je najdaljše poskusno delo 1 mesec, na Nizozemskem 2, v Estoniji 4 mesece, v Franciji in na Portugalskem 8 mesecev, v Grčiji in na Irskem 12 ter na Cipru 24 mesecev.

⁶⁷ De Wispelaere, de Smedt in Pacolet, 2020, str. 47, ugotavljajo, da v agregatnem smislu obstajajo razlike v dolžini obdobja aktivnosti v državi članici zadnje (samo)zaposlitve, preden je oseba postala brezposelna. Ko je šlo za aktivnosti, krajše od enega meseca, je bilo takih primerov v letu 2018 17,8 odstotka, tistih, ki so bili aktivni več kot en mesec, vendar manj kot 3 mesece, pa 13,2 odstotka. Prevladovali so tisti, ki so bili (samo)zaposleni več kot tri mesece pred nastopom brezposelnosti – teh je bilo skupno 69 odstotkov.

⁶⁸ Prav tam.

kot pa bi to veljalo za obdobje zgolj treh mesecev. Rešitev, da je država članica zadnje (samo)zaposlitve pristojna po šestih mesecih, sicer pa je pristojna država članica predzadnje (samo)zaposlitve, bi tudi lahko bila primerna, vendar s to razliko, da bi morala biti določena tudi neke vrste izjema ali posebnost, ko bi drugačna (ugodnejša) rešitev izhajala iz nacionalnih pravil države članice zadnje (samo)zaposlitve. Težav, povezanih s kratko nacionalno zahtevano dobo zavarovanja, pa načeloma več ne bi bilo, če bi pristojnost države članice zadnje (samo)zaposlitve bila določena že po treh mesecih.

Pomembnih je torej več vidikov, ki bi jih bilo treba upoštevati pri določitvi obdobja, predvsem pa je treba upoštevati nacionalno minimalno zahtevano zavarovalno dobo (in s tem povezano Petronijevo načelo), najdaljše obdobje poskusnega dela, statistični pripad zadev v luči pravične delitve bremena ter tudi vidik povezanosti brezposelne osebe z državo članico zadnje (samo)zaposlitve (angl. *link approach*). Glede vseh tako določenih vidikov se dejansko nakazuje možnost določitve obdobja treh mesecev ali več, vendar ne več kot šest mesecev. Vsaka različica ima sicer svoje prednosti in pomanjkljivosti, sam pa menim, da je najprimernejše obdobje treh mesecev.⁶⁹ Ne le, da določitev tega obdobja potrjujejo že predstavljeni statistični podatki (30 odstotkov primerov krajše in 70 odstotkov daljše ekonomske aktivnosti od treh mesecev), temveč se je mogoče s to rešitvijo tudi pretežno izogniti položajem, ko bi po nacionalnem pravu prišlo do ugodnejše obravnave v razmerju do koordinacijske uredbe.

4.3. *Dopolnitev s pristojnostjo države članice predzadnje (samo)zaposlitve*

Odgovoriti je treba še na eno pomembno vprašanje. Če bi država članica zadnje (samo)zaposlitve bila pristojna šele tedaj, ko bi brezposelna oseba v njej dopolnila vsaj tri mesece (zavarovalne) dobe, je vprašanje, katera država članica bi bila pristojna, če bi jih dopolnila manj. V takem primeru bi bilo smotno določiti pristojnost že omenjene države članice predzadnje⁷⁰ (samo)zaposlitve.⁷¹ Sistemsko gledano bi morale dajatve slediti

⁶⁹ Različici v dolžini enomesečnega ali 12-mesečnega obdobja ne uspeata pravično deliti bremena med državami članicami, zaradi česar ju štejem kot neprimerne.

⁷⁰ To je sicer lahko nekoliko večje breme za brezposelne osebe, saj morajo v primeru pristojnosti države članice predzadnje (samo)zaposlitve zahtevati dajatev v tej državi članici, s katero morda nimajo več neposrednega stika. Ta vidik bi bil argument v smeri spremembe pristojnosti po treh (in ne šestih) mesecih (samo)zaposlitve v državi članici zadnje aktivnosti. Krajše kot je obdobje, manj oddaljena bo povezava z državo članico predzadnje (samo)zaposlitve ter izvedbeno vse skupaj lažje.

⁷¹ Morda bi lahko bilo predvidenih nekaj izjem in/ali varovalk, na primer za visoko mobilne delavce, ki bi v obeh državah dopolnili le zelo kratka obdobja (zavarovanja) (teh primerov je malo). V takem primeru bi bila lahko pristojna država članica zadnje (samo)zaposlitve. Posebno pravilo bi morda veljalo tudi za javne uslužbenke, ki so zajeti v posebnih shemah za brezposelnost za javne uslužbenke, kar je zdaj na primer urejeno v drugem odstavku 57. člena Uredbe (ES) št. 987/2009. Morda bi bila lahko predvidena tudi sedanja varovalka v smislu 65.a člena Uredbe (ES) št. 883/2004, ki

plačanim prispevkom, ti pa so bili pred tem plačani v državi članici predzadnje (samo) zaposlitve. Tam je brezposelna oseba tudi pridobila delovne izkušnje.

Ključno je poudariti, da bi se ta rešitev morala uporabiti za vse brezposelne osebe, ne glede na to, kje prebivajo. Ni namreč nemogoče, da bo v nekaterih primerih država članica predzadnje (samo)zaposlitve tudi država članica prebivanja. Če bo do tega prišlo, bo pristojnost podana zaradi dela in plačevanja prispevkov v tej državi članici, ne pa zaradi okoliščine prebivanja. Kadar pa država članica predzadnje (samo)zaposlitve ne bi bila država članica prebivanja, je težko reči, da bi bile možnosti iskanja zaposlitve v državi članici prebivanja največje, če pa niti zadnja niti država članica predzadnje (samo) zaposlitve nista bili enaki državi članici prebivanja. Cilj je torej določiti enotna pravila ne glede na prebivališče brezposelne osebe, slediti sistemski relaciji prispevki-dajavte, najti pravično porazdelitev bremena med državami članicami in varovati (socialno)pravni položaj brezposelne osebe.⁷² Tak pristop tudi zasleduje tako imenovano zadostno vez med posameznikom in državo članico, ki bo pristojna (že omenjeni *link approach*). Taka rešitev bi lahko pomenila dober, morda celo najboljši kompromis med političnimi, javnofinančnimi in drugimi interesi različnih držav članic. Njena pomembna prednost je tudi, da odpravlja kompleksen sistem povračila stroškov.

5. Izplačevanje dajatev za brezposelnost v drugo državo članico

5.1. *Trendi*

S tako obravnavnimi vprašanji o pristojnosti, seštevanju obdobj in (ne)upoštevanju kraja prebivališča je povezano vprašanje izplačevanja dajatev za brezposelnost v drugo državo.⁷³ Ta možnost izhaja iz načela varstva pridobljenih pravic, ki je temeljno načelo koordinacije sistemov socialne varnosti v EU in omogoča ohranitev prejetanja (denarnih) dajatev ne glede na upravičenčev kraj prebivanja. Odstop od neomejenega izvoza je mogoč le izjemoma, kar pa po veljavni ureditvi velja za dajavte za brezposelnost, toda le pod pogoji, določenimi v 64. in 65. členu Uredbe (ES) št. 883/2004.

V preteklosti je veljalo, da se lahko dajavte za brezposelnost izplačujejo v drugo državo članico za tri mesece, kar je Sodišče EU ugotovilo kot skladno z določbami o svobodnem gibanju delavcev, saj trimesečna omejitev gibanja naj ne bi ovirala, temveč

že zdaj določa izjemo od izjeme za samozaposlene osebe, ter naporuje na pristojnost države članice zadnje (samo)zaposlitve (in ne države članice prebivanja).

⁷² Z vidika pravnega položaja posameznika bi v primeru pristojnosti države članice predzadnje (samo) zaposlitve bilo treba določiti pravila o izračunu dajatev, ki bi jih verjetno ta država članica določila glede na prihodek v obeh državah, vendar v skladu z nacionalnimi pravili te države članice.

⁷³ S tem, ko kraj (oziroma država) prebivanja nima več posebnega pomena, postane toliko večja potreba po možnosti izplačevanja dajatev za brezposelnost v drugo državo.

spodbujala, saj po nacionalnem pravu možnosti izvoza ni.⁷⁴ Vendarle pa je Sodišče EU v zadevi *Petersen*,⁷⁵ v kateri je šlo za obravnavo pogoja prebivanja, ki ni spadal v kontekst dometa (sedanjega) 64. člena uredbe, letnico glede možnega omejevanja izplačila dajatev za brezposelnost v drugo državo članico postavilo zelo visoko, in sicer šele, če bi odsotnost omejitve lahko spodkopala finančno ravnotežje nacionalnega sistema socialne varnosti, kar je razlog v prevladujočem splošnem interesu in izjemoma dopušča omejitev svobode gibanja delavcev.⁷⁶

Pri sprejemanju sedanje Uredbe (ES) št. 883/2004 se je sprva predlagalo šestmesečno obdobje, sedaj pa je v točki (c) prvega odstavka 64. člena predvideno obdobje treh mesecev, pri čemer pristojna služba ali nosilec to obdobje *lahko* podaljša na največ šest mesecev. Izkazalo pa se je, da je ta možnost vzpostavila neenotno prakso med državami članicami, kjer odločitve Sodišča EU niso bile v veliko pomoč.⁷⁷ Nekaj držav članic podaljšanja ne dopušča, zgolj dve državi članici vselej omogočata izplačevanje za šest mesecev, preostale države članice pa to možnost podaljšanja dopuščajo, vendar pod različnimi pogoji.⁷⁸

Težnja je, da bi se to obdobje v luči svobode gibanja delavcev oziroma iskalcev zaposlitve podaljšalo,⁷⁹ pri čemer je Evropska komisija razmišljala o dveh različicah, natančneje o 1. podaljšanju na šest mesecev z možnostjo podaljšanja za celotno obdobje upravičenosti do dajatev za brezposelnost, in o 2. neomejenem izplačevanju dajatev v drugo državo članico. Drugi predlog ni dobil politične podpore, kjer se vnovič kaže, da države članice ne zaupajo pristojnim organom drugih držav članic, da bodo ti res nadzi-

⁷⁴ Glej združene zadeve C-41/79, C-121/79 in C-796/79 *Testa, Maggio, Vitale*, ECLI:EU:C:1980:163, točke 13–15.

⁷⁵ C-228/07 *Petersen*, ECLI:EU:C:2008:944, točka 57.

⁷⁶ Sodišče EU je poudarilo, da tega v konkretnem primeru ni bilo mogoče izkazati, saj je šlo za kratkotrajno dajatev, ki jo je država že izplačala ter ni bilo izkazano, da bi to kakorkoli spodkopalo finančno ravnotežje. Prav tam, točki 57–58. Poleg tega je Sodišče EU v naslednjih točkah dodalo še nekaj drugih razlogov za utemeljitev.

⁷⁷ Glej zadevo C-551/16 *Klein Schiphorst*, ECLI:EU:C:2018:200, točke 25 in 49–54. Nizozemsko sodišče je vprašalo, kako je treba razlagati določbo točke (c) prvega odstavka 64. člena koordinacijske uredbe. Sodišče EU je odvrnilo, da je ureditev diskrecijske pravice v pristojnosti držav članic. V luči presoje konkretnega primera, v katerem je bilo nacionalno navodilo, naj se zahteve za podaljšanje načeloma zavrnejo, razen če je mogoče izkazati obstoj konkretnih možnosti zaposlitve v drugi državi članici, pa je Sodišče EU štelo, da je to skladno z uredbo. Kljub izrecnemu zaprosilu si z odločitvijo ni mogoče veliko pomagati, razen če je želja Sodišča EU, da imajo države članice res povsem proste roke. To, da bi Sodišče EU dopuščalo povsem raznoliko uporabo pravil prava EU, bi bilo zelo nenavadno.

⁷⁸ Podrobneje glej European Commission, SWD (2016) 460, str. 69.

⁷⁹ Trimesečno obdobje naj bi bilo prekratko, saj le neke deset odstotkov brezposelnih v tem času najde zaposlitev v drugi državi članici, odstotek pa bi bil ob daljšem obdobju višji. Glej European Commission, SWD (2016) 460, str. 72.

rali aktivno iskanje zaposlitve brezposelne osebe, če zanjo ne bodo finančno odgovorni.⁸⁰ Dodaten razlog zoper neomejeno izplačevanje dajatev je, in na to dejstvo so države članice zelo pozorne, da ni mogoče oceniti finančnih učinkov tega ukrepa. V oceni vplivov sprememb namreč pri nobeni državi članici ni mogoče podati odgovora, koliko bi se njeni izdatki povečali oziroma zmanjšali.⁸¹ Previdnost v tem oziru je politično razumljiva, teoretično in praktično pa je to normodajno stopicljanje lahko kritično ovrednoteno, saj se področna pravila glede na spremenjena razmerja v družbi tako ali tako spreminjajo preredko (spremembe so nastopile leta 1958, 1971 in 2004).

5.2. Argumenti za neomejeno izplačevanje dajatev za brezposelnost v drugo državo članico

Ker sam zastopam rešitev izplačevanja dajatev za brezposelnost v drugo državo članico brez časovne omejitve, si prizadevam v nadaljevanju razprave prikazati razloge, ki govorijo v korist taki ureditvi, saj menim, da ni bistvene razlike med izplačevanjem dajatev v obdobju šestih mesecev ali v časovno neomejenem obdobju. S tem tudi ni mogoče pričakovati pomembnejših vplivov na izdatke držav članic, ki so praviloma tisti dejavnik, na katerega so predstavniki držav najbolj pozorni.

Prvič, v praksi je podanih prošenj za tako imenovani obrazec U2, namenjen izvozu dajatev, pravzaprav zelo malo. V letu 2018 je za izvoz dajatev denimo zaprosilo zgolj 0,2 odstotka vseh brezposelnih oseb.⁸² Drugič, delež oseb, ki se v obdobju treh (in potencialno do šestih) mesecev vrnejo v državo članico, ki izplačuje dajatve,⁸³ je prav tako nizek (13 odstotkov v letu 2018).⁸⁴ Ta podatek je dober pokazatelj, da brezposelne osebe, ki se poslužijo izvoza dajatev, načeloma niso upravičene do bistveno daljšega obdobja prejetja dajatev za brezposelnost (če bi bile, bi se najverjetneje vrnile).⁸⁵ Pri tem trčimo na različna obdobja izplačevanja dajatev za brezposelnost v nacionalnih zakonodajah držav članic. Dejstvo je, da nekaj držav članic dajatev za brezposelnost tako ali tako ne izplačuje

⁸⁰ To nezaupanje se je pojavljalo že pri razpravah pred sprejemom Uredbe (ES) št. 883/2004, kar opisuje Cornelissen, 2007, str. 218–219.

⁸¹ Glej European Commission, SWD (2016) 460, str. 168–169, ko je to storjeno za različico izplačevanja dajatev za brezposelnost v druge države članice za obdobje šest mesecev. Če že za to spremembo ni mogoče narediti finančnega izračuna, potem to *a fortiori* velja za različico z neomejenim izplačevanjem dajatev za brezposelnost v drugo državo članico.

⁸² De Wispelaere, de Smedt in Pacolet, 2020, str. 21.

⁸³ Po nacionalni zakonodaji lahko brezposelni osebi seveda pripada dajatev dlje časa, ki jo, če se ne vrne pravočasno v obdobju treh (ali potencialno šestih) mesecev, načeloma izgubi. Glej drugi odstavek 64. člen Uredbe (ES) št. 883/2004.

⁸⁴ Prav tam, str. 22.

⁸⁵ Natančnih podatkov, koliko je bilo brezposelnih oseb, ki so imele precej daljše obdobje upravičenosti prejetja dajatve za brezposelnost od treh ali šest mesecev, ni.

dlje kot šest mesecev in bi zanje taka sprememba bila irelevantna.⁸⁶ Nekaj držav članic načeloma določa obdobje največ devet mesecev,⁸⁷ na Švedskem deset, na Finskem enajst, dobršen del držav članic pa po splošnih pravilih (pogosto po vzoru načela dlje prispevam, dlje prejemam) ureja razpon med tri do dvanajst mesecev.⁸⁸

Kljub temu nekatere države članice poznajo daljša obdobja upravičenosti, ki so odvisna od starosti upravičenca.⁸⁹ Vprašanje je, ali je tri- do šestmesečno obdobje izplačevanja dajatev v drugo državo članico (ne)sorazmerno tudi v primerih, ko je po nacionalnem pravu brezposelna oseba upravičena do znatno daljšega obdobja prejemanja, tudi v luči lastninskopravnega varstva socialnih pravic,⁹⁰ ki se v zadnjih desetletjih uveljavlja v mednarodni (in slovenski) sodni praksi.⁹¹ Izplačevanje dajatev za brezposelnost brez časovne omejitve bi bilo s slednjim skladnejše.

Ob tem je mogoče navesti še nadaljnje argumente, zakaj časovno neomejen izvoz ne bi smel biti razumljen (pretirano) negativno. Prvič, vprašanje je, ali se starejše osebe, ki lahko uživajo daljša obdobja upravičenosti bodisi na podlagi osebne okoliščine starosti

⁸⁶ Najdaljše trajanje dajatev za brezposelnost na Madžarskem je na primer tri mesece, na Cipru in Malti pet mesecev, na Slovaškem šest mesecev.

⁸⁷ Irska, Latvija, Litva in Lihtenštajn.

⁸⁸ Neomejeno izplačevanje dajatev za brezposelnost v drugo državo članico bi morda bilo najspornejše za Belgijo, ki ne pozna časovne omejitve.

⁸⁹ To velja za Avstrijo, Češko, Finsko, Francijo, Hrvaško, Irsko, Lihtenštajn, Litvo, Luksemburg, Nemčijo, Poljsko, Portugalsko, Slovenijo in Švico. Zanimiv je primer Češke, kjer je trajanje dajatve za brezposelnost odvisno le od starosti. Do 50. leta starosti je trajanje pet mesecev, od 50 do 54 let osem mesecev, pri osebah, ki so starejše od 55 let, pa enajst mesecev. V Sloveniji je najdaljše trajanje dajatve za brezposelnost 25 mesecev za zavarovance, ki so starejši od 58 let in imajo zavarovalno dobo več kot 28 let.

⁹⁰ Sodišče EU v združenih zadevah C-41/79, C-121/79 in C-796/79 *Testa, Maggio, Vitale*, točke 17–22, sicer ni štelo, da bi bilo treba časovno omejitev izplačevanja dajatev za brezposelnost v drugo državo članico presojati v luči pravice do zasebne lastnine. Vendarle, odločitev je stara 40 let in je bila sprejeta, preden se je v regionalni mednarodni praksi koncept lastninsko-pravnega varstva socialnih pravic uveljavil. Ne le to, v 17. členu Listine EU o temeljnih pravicah, Uradni list EU C 83, 30. marec 2010, je danes določena lastninska pravica kot ena temeljnih pravic (vsakogar). Danes je v primarnem pravu EU torej že nastavek tega varstva in sekundarno pravo, tj. uredba, bi morala biti skladna s primarnim pravom, ne le s PDEU, temveč tudi z Listino EU o temeljnih pravicah.

⁹¹ Lastninsko-pravno varstvo socialnih pravic je sicer fenomen, ki se regionalno uveljavlja v zadnjih 25 letih, zlasti prek povezave varstva lastnine iz 1. člena 1. protokola Evropske konvencije o človekovih pravicah z določbo 14. člena o prepovedi diskriminacije. V sodni praksi Evropskega sodišča za človekove pravice (ESČP) je bilo lastninsko-pravno varstvo sprva priznано prispevno financiranim pravicam, pozneje pa tudi v primerih neprispesno (davčno) financiranih pravic. Za obsežnejši pregled sodne prakse ESČP v tem oziru glej Srban, 2015, str. 1263–1264. Z vidika dajatev za brezposelnost lahko v luči lastninsko-pravnega varstva poudarim sodbo ESČP v zadevi *Čakarević proti Hrvaški*, št. 48921/13, z dne 26. aprila 2018. Podrobneje o tem primeru glej na primer Wujczyk, 2018, str. 288–293; Leijten, 2019, str. 317–318.

bodisi samega dejstva, da so praviloma izpolnile razmeroma dolga obdobja zavarovanja, tudi dejansko gibljejo med državami članicami in iščejo zaposlitev v tujini. Predstavljamo si lahko brezposelno osebo, ki je stara 50 ali 55 let, ima še mladoletne oziroma izobražujoče se otroke in/ali hipotekarni kredit na nepremičnino ter si je v državi članici, v kateri dela, ustvarila dom. Ali se bo taka oseba, kadar izgubi zaposlitev, res gibala v drugo državo članico, preselila in/ali prešolala svoje otroke, po možnosti najela novo nastanitev ali šla v prodajo sedanje nepremičnine oziroma svojega doma, vse le z namenom prejeti oziroma izvoziti dajatev za brezposelnost?⁹² Bistveno verjetneje je, da do tega ne bo prišlo, če pa bo vendarle prišlo do mobilnosti,⁹³ bo to najverjetneje odraz resnične želje čim prej najti zaposlitev ter izboljšati svoj socialno-ekonomski položaj in položaj družine.

Drugič, države članice so v preteklosti predvidele daljše obdobje prejetanja dajatev za brezposelnost pri starejših brezposelnih osebah, kar je včasih pomenilo zagotavljanje nadomestitve izpadlega dohodka celo do izpolnitve upokojitvenih pogojev. Primerjalno je takih rešitev danes vse manj, saj je zaradi medicinskega napredka in demografskih sprememb delo spodbujano do čim višje starosti.⁹⁴ Vendarle pa tako obdobje kaže implicitno dano dejstvo, da je zaposlovanje starejših oseb oziroma ohranitev njihove zaposlitve težja. Primerjalno je višji delež brezposelnosti med starejšimi, njihova brezposelnost pa v povprečju traja dalje, kjer je znaten delež takih, ki so brezposelni dolgotrajno (tj. več kot 12 mesecev). Če države članice implicitno same priznavajo, da je starejšim težje najti zaposlitev in je zaradi tega daljše tudi obdobje upravičenosti, potem je to še bolj argument, da izplačevanje dajatev v drugo državo članico dlje kot pa zgolj tri ali šest mesecev ne bi v praksi že tako dolgega izplačevanja spremenilo ničesar. Če pri tem obstaja bojazen, da te osebe ne bi bile enako deležne pomoči pri iskanju zaposlitve s strani služb za zaposlovanje drugih držav članic, je pravna ureditev glede tega jasna. V skladu s 5. členom Uredbe (EU) št. 492/2011⁹⁵ ima državljan države članice, ki išče zaposlitev na ozemlju druge države članice, pravico biti deležen enake pomoči, kot jo službe za zaposlovanje te države članice zagotavljajo svojim državljanom, ki iščejo zaposlitev.

⁹² Pogosteje je, da zaposlitev v drugi državi članici iščejo osebe, ki v eni državi članici niso delale zelo dolgo ter so mlajše. Take osebe, če postanejo brezposelne, zaradi odsotnosti višje starosti in krajše zavarovalne dobe tudi ne bodo dlje časa upravičene do dajatev za brezposelnost.

⁹³ Možno seveda je, da bo, zlasti v obmejnih regijah, iskanje zaposlitve v drugi, sosednji državi članici (tudi s strani starejših oseb) izvedljivo tudi tako, da to ne vpliva na stanovanjski ali drug položaj brezposelnih.

⁹⁴ To se očita tudi Sloveniji. Glej Duell, 2018, str. 4–5.

⁹⁵ Uredba (EU) št. 492/2011 Evropskega parlamenta in Sveta z dne 5. aprila 2011 o prostem gibanju delavcev v Uniji, Uradni list EU L 141, 27. maj 2011.

Tretjič, v približno polovici držav članic⁹⁶ dajatev za brezposelnost s tekom časa po višini upada.⁹⁷ Podatek je treba razumeti v kontekstu, da nekaj držav članic tako ali tako ne zagotavlja dajatev dlje kot šest mesecev ter da jih nekaj te zagotavlja v enotnem, minimalnem znesku za preživetje. Tiste države članice, ki pa s tekom časa znižujejo dajatev za brezposelnost, s tem zasledujejo idejo, da se posameznika spodbuja, da najde zaposlitev, saj mu dajatev ne bo več omogočala enakega življenjskega standarda kot prej in v obdobju takoj po nastopu socialnega primera brezposelnosti. Največja finančna obremenitev tako praviloma nastopi prav v prvih mesecih izplačevanja dajatve in se pozneje, v daljših obdobjih izplačevanja praviloma zmanjšuje.

Sedanje omejitve lahko pod vprašaj postavljajo tudi družinske okoliščine. Če ima brezposelna oseba zakonca ali partnerja, ki sprejme delo v drugi državi članici, potem se mu/ji brezposelna oseba lahko pridruži in tam išče zaposlitev, vendar po določenem času pravico do dajatve za brezposelnost izgubi, če se v pristojno državo članico ne vrne. Taka družinska okoliščina je deloma upoštevana že v Priporočilu št. U2 Upravne komisije,⁹⁸ ko gre za vprašanje razpoložljivosti službam za zaposlovanje v pristojni državi članici v obdobju prvih štirih tednov, saj lahko pristojne službe to obdobje skrajšajo (torej odobrijo odhod tudi pred iztekom tega roka). Še vedno pa je razvidna pomanjkljivost po poteku obdobja treh ali šestih mesecev po odhodu v ciljno državo članico, saj to lahko pripelje do izgube dajatve, in sicer ne zaradi neaktivnega iskanja zaposlitve ali druge kršitve obveznosti brezposelne osebe, temveč zaradi omejitev, ki premalo upoštevajo družinske okoliščine. Nesporno je, da bi bil pravni položaj brezposelnih gibajočih se oseb (in njihovih družinskih članov) brez časovne omejitve izplačevanja dajatev v drugo državo članico pomembno izboljššan.

Navsezadnje je treba poudariti, da časovno neomejeno izplačevanje dajatev za brezposelnost v drugo državo članico ni nekaj povsem novega, saj je s spremembo Uredbe (ES) št. 883/2004 leta 2012⁹⁹ bil dodan 65.a člen kot posebna določba za popolnoma brezposelne samozaposlene osebe, ki so stalno prebivale v drugi državi članici, pri čemer država članica prebivanja ne zagotavlja dajatev za brezposelnost za samozaposlene osebe. Za te osebe je pristojna država članica zadnje samozaposlitve, kar je pravzaprav izjema od

⁹⁶ To velja za Belgijo, Češko, Estonijo, Hrvaško, Italijo, Latvijo, Nizozemsko, Portugalsko, Slovenijo, Španijo in Švedsko.

⁹⁷ To je odraz miselnosti, da bi visoko nadomeščanje dohodka z nadomestilom dalj časa brezposelno osebo destimuliralo pri iskanju nove zaposlitve. V širšem smislu se marsikdo s področja ekonomije in sociologije sprašuje, kakšen je učinek nadomeščanja dohodka na posameznikovo željo (p)ostati brezposeln. Glej Clasen, 1999, str. 159–160.

⁹⁸ Glej Priporočilo št. U2 Upravne komisije za koordinacijo sistemov socialne varnosti z dne 12. junija 2009 o uporabi 64(1)(a) Uredbe (ES) št. 883/2004 za brezposelne osebe, ki spremljajo zakonca ali partnerje, ki opravljajo poklicno ali gospodarsko dejavnost v državi članici, ki ni pristojna država članica, Uradni list EU C 106, 24. 4. 2010. Priporoča se, da se zahtevano obdobje štirih tednov v takem primeru skrajša.

⁹⁹ Uradni list EU L 149, 8. junij 2012.

izjeme in napotuje na pristojnost države članice zadnje (samo)zaposlitve. Kakorkoli, za to manjšo skupino oseb je (že) bila preizkusno¹⁰⁰ določena možnost, da pristojna država članica obdobje izvoza podaljša na celotno obdobje upravičenosti.

5.3. Povezava s pravico do prebivanja in socialne pomoči

Eden od argumentov za šestmesečno in ne daljše izplačevanje dajatev za brezposelnost v drugo državo članico pomeni usklajenost s sodno prakso Sodišča EU, pri čemer se tipično navaja odločitev v zadevi *Antonissen*,¹⁰¹ v kateri je sodišče zapisalo, da »šestmesečno obdobje načeloma ni nezadostno za iskanje zaposlitve v drugi državi članici.«¹⁰²

Vprašanje je, ali se ta primer res pravilno razlaga za potrebe koordinacijske uredbe,¹⁰³ saj je v zadevi šlo za vprašanje (ne)ohranitve pravice do prebivanja.¹⁰⁴ Ob navedeni dikciji je namreč Sodišče EU dodalo:

»[V]endar, če po izteku tega obdobja zadevna oseba izkaže, da nadaljuje z iskanjem zaposlitve in ima resnične možnosti to tudi najti, se od nje ne sme zahtevati, da zapusti ozemlje gostujoče DČ.«¹⁰⁵

Slednje pravilo je bilo prevzeto v Direktivo (ES) št. 2004/38,¹⁰⁶ ki ureja pravico do prebivanja v drugi državi članici EU, in sicer brez časovne omejitve.

Še eno dejstvo, ki je prav tako pomembno, vendar tipično spregledano, je, da je Sodišče EU celo izrecno navedlo, da med pravico do prebivanja v gostujoči državi članici ni nobene posebne povezave z dajatvijo za brezposelnost v državi članici izvora po koor-

¹⁰⁰ Prav tam, glej drugi odstavek 87.a člena.

¹⁰¹ C-292/89 *Antonissen*, ECLI:EU:C:1991:80. Glej European Commission, SWD (2016) 460, str. 73.

¹⁰² Prav tam, točka 21.

¹⁰³ Šlo je namreč za situacijo belgijskega državljana, ki je prišel v Združeno kraljestvo iskat zaposlitev ter je bil po približno dveh letih in pol obsojen na zaporno kazen zaradi posedovanja kokaina (z namenom razpečevanja drugim). Vprašanje je bilo, ali je bila ureditev Združenega kraljestva, ki je predvidevala možnost izгона iz države po šestih mesecih prebivanja brez uspešne najdbe zaposlitve, skladna s pravom EU. Glede na to, da tedaj v relevantnih direktivah EU, ki so urejale prebivanje v drugih državah članicah, ni bilo določenega posebnega dovoljenega obdobja za ta namen, je dokaj razumljivo, da je Sodišče EU tako šestmesečno obdobje štelo kot »načeloma zadostno«. V nasprotnem primeru bi moralo samo določiti obdobje iskanja zaposlitve in pod vprašaj bi prišla možnost izгона tujega državljana, ki je bil obsojen. Težko si je zamisliti, da bi glede na okoliščine primera Sodišče EU ravnalo drugače. Primer je tudi star, kar zgolj potrjuje dejstvo, da je bil sprejet v obravnavo še pred rojstvom avtorja tega prispevka.

¹⁰⁴ V zadevi C-292/89 *Antonissen*, točka 20, Sodišče EU pove, da med dajatvijo za brezposelnost po uredbi v državi članici izvora in pravico do prebivanja v državi članici gostiteljici ni ustrezne povezave.

¹⁰⁵ C-292/89 *Antonissen*, točka 21.

¹⁰⁶ Glej točko b četrtega odstavka 14. člena Direktive Evropskega parlamenta in Sveta (ES) št. 2004/38 z dne 29. aprila 2004 o pravici državljanov Unije in njihovih družinskih članov do prostega gibanja in prebivanja na ozemlju držav članic, Uradni list EU L 158, 30. april 2004. Direktiva je bila med drugim sprejeta na isti dan kot Uredba (ES) št. 883/2004.

dinacijski uredbi.¹⁰⁷ Pravica do prebivanja se bolj povezuje z (ne)možnostjo uveljavljanja socialne pomoči v gostujoči državi članici. Pot do slednje je na podlagi sosledja zadev *Brey*,¹⁰⁸ *Dano*,¹⁰⁹ *Alimanovic*¹¹⁰ in *García-Nieto*¹¹¹ za brezposelne iskalce zaposlitve načeloma zaprta, dokler te ne pridobijo pravice do stalnega prebivanja.¹¹² Ker osebam, ki niso ekonomsko aktivne, načeloma ni mogoče uveljavljati socialnih pomoči v gostujoči državi članici (kar je sicer sporno),¹¹³ bi prav dajatev za brezposelnost morala varovati dohodkovni položaj posameznika, če ta odide v drugo državo članico. Sicer je težko govoriti o svobodi gibanja, če se posamezniku socialne dajatve ob mobilnosti, ko jih morda najbolj potrebuje, ne zagotavljajo oziroma jih izgubi.

Poudariti je treba še eno neprimernost omejitve izvoza na šest mesecev. Prej veljavna Uredba (EGS) št. 1408/71 je v 69. členu predvidevala iskanje zaposlitve v drugi državi članici zgolj enkrat med dvema obdobjema zaposlitve.¹¹⁴ V tretjem odstavku 64. člena veljavne Uredbe (ES) št. 883/2004 je določeno pravilo, da se med dvema dobama zaposlitve upravičenost do dajatev za brezposelnost v drugi državi članici članici ohrani skupno za največ tri (ali s podaljšanjem šest) mesece(v). Možnih je torej več krajših obdobj iskanja zaposlitve v drugi državi članici, prav tako pa iskanje zaposlitve v različnih (več) državah članicah. Če lahko posameznik večkrat odide v različne države članice ter pri tem ohrani upravičenost do dajatev za brezposelnost, je pod vprašaj postavljena smiselnost šestmesečnega obdobja iz zadeve *Antonissen*, saj je v tem primeru šlo za šestmesečno obdobje, vezano na eno državo članico.

¹⁰⁷ C-292/89 *Antonissen*, točki 19 in 20.

¹⁰⁸ C-140/12 *Brey*, ECLI:EU:C:2013:565.

¹⁰⁹ C-333/13 *Dano*, ECLI:EU:C:2014:2358.

¹¹⁰ C-67/14 *Alimanovic*, ECLI:EU:C:2015:597.

¹¹¹ C-299/14 *García-Nieto in drugi*, ECLI:EU:C:2016:114.

¹¹² Temeljno vprašanje je, ali je to sorazmerno. Morda je treba omeniti zadevo C-67/14 *Alimanovic*, točki 60 in 61, v kateri je Sodišče EU, v luči sledenja jezikovni razlagi direktive pravzaprav ugotovilo, da slednja že uvaja večstopenjski sistem, ki zagotavlja visoko stopnjo pravne varnosti in preglednosti pri dodeljevanju socialnih pomoči ter je v skladu z načelom sorazmernosti. Iz obrazložitve bi izhajalo, da zadošča abstraktna sorazmernost iz direktive, ne zahteva pa se presoja sorazmernosti v konkretnem primeru. Res je sicer, da je šlo v zadevi za osebo, ki je bila nekaj mesecev zaposlena (ter vprašanje ohranitve statusa delavca), vendar bi bilo možno tako stališče zastopati tudi za iskalce (prve) zaposlitve v gostujoči državi članici. Če do nje po nekaj mesecih niso več upravičene osebe, ki so bile delovno aktivne, to *a fortiori* velja v razmerju do tistih, ki niso bile.

¹¹³ Podrobneje Verschueren, 2020, str. 394–395. Avtor zagovarja stališče, da bi moral obstajati neke vrste povrnitveni mehanizem med državo članico gostiteljico in državo članico odhoda pri strošku socialnih pomoči.

¹¹⁴ Ta uredba je bila veljavna tudi v času odločanje zadeve *Antonissen*.

5.4. Širši sistemski vidik

Argumente za neomejeno ali vsaj daljše izplačevanje dajatev za brezposelnost v drugo državo članico je mogoče iskati tudi v smislu širšega sistemskega pristopa ali analogije z drugimi vrstami dajatev. Trenutno so dajatve za primer brezposelnosti deloma obravnavane podobno kot dajatve za bolezen. Kadar zavarovana oseba ali njeni družinski člani prebivajo v državi članici, ki ni pristojna država članica, tam prejmejo zdravstvene storitve, ki jih nato povrne pristojni nosilec.¹¹⁵ Tako lahko posameznik odide k zdravniku v državo članico, v kateri mu je to najbližje in praviloma najpreprosteje. Po eni strani podobna rešitev velja glede popolnoma brezposelnih obmejnih delavcev, za katere naj bi iskanje zaposlitve v državi članici prebivanja bilo najpreprosteje in katerih dajatve za brezposelnost povrne nosilec pristojne države članice.¹¹⁶

Po drugi strani se denarne dajatve za primer bolezni izplačujejo v drugo državo članico brez kakršnekoli časovne omejitve,¹¹⁷ tj. neomejeno. Tudi v tem primeru mora biti oseba, ki prebiva v drugi državi članici, kot je pristojna država članica, podvržena nadzoru zdravnika, ki ugotovi, ali je zaradi bolezni nezmožna za delo ali ne.¹¹⁸ Na zahtevo pristojnega nosilca nosilec v kraju prebivanja opravi vse potrebne upravne ali zdravstvene preglede ter o tem posreduje poročilo zdravnika. Pristojni nosilec si celo pridrži pravico, da zavarovanca napoti na zdravniški pregled k zdravniku po svoji izbiri.¹¹⁹ Res je, da morajo zdravniki ravnati *lege artis*, vendar je kljub temu vsaj v teoriji mogoče špekulirati, da se bo nezmožnost za delo kot posledica bolezni, pogosteje ugotovila takrat, kadar za zagotavljanje dajatev finančno ne bo odgovoren nosilec v državi članici prebivanja. Morda se bo tudi pogosteje ugotovilo, da posameznik ni zmožen za delo zaradi bolezni, če se pri tem upošteva kraj prebivanja in s tem povezana daljša (dnevna ali tedenska) pot do kraja dela (v drugi državi članici). Podobno kot zdravniki imajo tudi zaposleni v službah za zaposlovanje dolžnost delo opravljati strokovno in vprašanje je, zakaj glede na veljavno ureditev drugače kot zdravniki ne uživajo zaupanja pristojnih držav članic ter se možnost izplačevanja dajatev za brezposelnost v drugo državo članico časovno omejuje. Rešitev pri denarnih dajatvah za primer bolezni namreč ni časovno omejevanje pravice posameznika, temveč iskanje načinov, kako nosilci različnih držav članic ustrezno sodelujejo ter si posredujejo potrjene informacije v skladu z načelom lojalnega sodelovanja, medsebojnim spoštovanjem in pomočjo pri izpolnjevanju nalog, ki izhajajo iz primarnega prava EU, tj. temeljnih Pogodb.¹²⁰

¹¹⁵ Glej 17., 35. in 41. člen Uredbe (ES) št. 883/2004 ter 62. do 69. člen v Uredbi (ES) št. 987/2009.

¹¹⁶ Ta analogija je bila tudi razlog, da se je z Uredbo (ES) št. 883/2004 vnesla povrnitev stroškov pri dajatvah za brezposelnost.

¹¹⁷ Glej 21. člen Uredbe (ES) št. 883/2004.

¹¹⁸ Podrobneje glej 27. člen izvedbene Uredbe (ES) št. 987/2009.

¹¹⁹ Prav tam, peti in šesti odstavek.

¹²⁰ Glej tretji odstavek 4. člena Pogodbe o Evropski uniji, Uradni list EU C 326, 26. oktober 2012.

Zelo podoben pristop velja denimo tudi pri napotitvah oseb (delavcev). Rennuy¹²¹ izvrstno opisuje, kako trenutna pravila glede izdaje tako imenovanih obrazcev A1 (angl. *applicable legislation*) niso skladna s pobudami držav članic po pravilnosti teh obrazcev. Napotitve (delavcev) so izjema od splošnega načela *lex loci laboris*, saj se za časovno omejene napotitve¹²² še naprej uporablja zakonodaja države članice, iz katere so napoteni.¹²³ Država gostiteljica je namreč tista, ki je domnevno javnofinančno ogrožena, saj vanjo pridejo delavci, od katerih slednja ne more pobrati prispevkov (in neredko tudi davka na dohodek), hkrati pa ti delavci konkurirajo domačim delavcem (praviloma državljanom te države članice), včasih tudi pod konkurenčno ugodnejšimi pogoji.¹²⁴

V praksi Sodišča EU se je tako uveljavila praksa, da je obrazec A1, ki ga izda država pošiljateljica, za državo gostiteljico zavezujoč (tj. tudi za njihova sodišča)¹²⁵ in ga mora(-jo) upoštevati vselej, razen če ga država pošiljateljica umakne oziroma razveljavi.¹²⁶ To zagotavlja predvidljivost uporabe zakonodaje države pošiljateljice, posledici pa sta pravna varnost in predvidljivost. Sodišču države gostiteljice zgolj izjemoma ni treba upoštevati obrazcev o napotitvi, ki so bili pridobljeni na goljufiv način.¹²⁷

Kar država gostiteljica lahko stori je, da izrazi svoje pomisleke oziroma dvome v pravilnost dejanskih okoliščin, na katerih temelji izdani obrazec A1, in zahteva pojasnila od

¹²¹ Rennuy, 2020, str. 227–230.

¹²² Obdobje napotitve je omejeno na 24 mesecev, države članice pa so sklenile več dvostranskih sporazumov v skladu s 16. členom Uredbe (ES) št. 883/2004, kjer je obdobje tudi daljše, na primer pet let (ali celo neomejeno). Vsekakor je to »začasno obdobje« izrazito daljše, kot velja pri treh ali šestih mesecih pri koordinaciji dajatev za brezposelnost.

¹²³ Izjema je določena z namenom izogniti se različnim administrativnim bremenom in zapletom, ki bi nastali ob strogem spoštovanju pravila *lex loci laboris* vsakič, ko bi napotene osebe začele opravljati delo v drugi državi članici. Zapleti, do katerih bi lahko prišlo, so povezani z določitvijo odgovorne države članice za plačilo določenih (delov) dajatev, izgubljenimi obdobji zavarovanja (ki so krajša od enega leta) za izračun starostne pokojnine (glej na primer 57. člen Uredbe (ES) št. 883/2004), ipd.

¹²⁴ Predvsem v primerih napotitev iz revnejših v bogatejše države članice lahko nižji delež plačanih prispevkov v državi pošiljateljici privede do znižanja stroškov storitev oziroma možnosti ponujanja teh pod konkurenčno ugodnejšimi pogoji v državi gostiteljici. Prav v to smer cilja sedanji sporni drugi odstavek 144. člena slovenskega Zakona o pokojninskem in invalidskem zavarovanju (ZPIZ-2, Uradni list RS, št. 96/12 s spremembami do 51/21), v skladu s katerim se za napotene delavce kot osnova za plačilo prispevkov šteje plača, ki bi bila prejeta za enako delo v Sloveniji.

¹²⁵ C-527/16 *Alpenrind*, ECLI:EU:C:2018:669, točka 47.

¹²⁶ Schoukens, Pieters, The rules within Regulation 883/2004 for determining the applicable legislation (2009), str. 85–86. Glej tudi 5. člen izvedbene Uredbe (ES) št. 987/2009. To velja celo v primeru, ko država gostiteljica ugotovi, da delo delavcev očitno ne spada v vsebinski okvir določb za izdajo obrazca o napotitvi. V tem oziru glej C-356/15 *Komisija proti Belgiji*, ECLI:EU:C:2018:555, točka 93 in nasl.

¹²⁷ To je možno šele, če država pošiljateljica v razumnem času ne preveri dejanskega stanja ter obrazca po potrebi ne umakne. Glej zadevi C-359/16 *Altun in drugi*, ECLI:EU:C:2018:63, točki 55 in 56; in C-370/17 *Vueling*, ECLI:EU:C:2020:260, točke 68–78.

države pošiljateljice oziroma umik obrazca. V takih primerih mora država pošiljateljica, ki je izdala obrazec, vnovič preveriti okoliščine za izdajo obrazca ter – če je to potrebno – slednjega umakniti oziroma preklicati. Če se pristojne institucije države članice tudi po medsebojnem dialogu in postopku preverjanja pogojev ne strinjajo, lahko za rešitev nesoglasij zadevo predajo Upravni komisiji, ki skuša zgladiti njihova nestrinjanja v šestmesečnem obdobju,¹²⁸ na koncu pa se lahko država članica obrne na Sodišče EU ter vložiti tožbo o kršitvi prava EU tudi zoper državo pošiljateljico.¹²⁹

Ključna ugotovitev je, da se morajo torej sporni primeri reševati v smeri sodelovanja med pristojnimi organi zadevnih držav članic. Če poenostavim, država članica gostiteljica ima interes neposredno nadzirati napotene delavce ter odločati o utemeljenosti napotitve, vendar tega ne sme početi, rešitev pa je ponujena v obliki dialoga med nosilci.

Tak pristop bi se lahko uporabil tudi pri izplačevanju dajatev za brezposelnost v drugo državo članico, kjer gre prav tako za situacijo, ko ima domnevno javnofinančno ogrožena država, tj. država, ki izplačuje dajatve, interes nadzirati aktivno iskanje brezposelne osebe, vendar tega ne more učinkovito izvajati. Ker to počno službe za zaposlovanje v državi gostiteljici, bi bila lahko rešitev prav dialog med pristojnimi nosilci. Pri tem je treba poudariti, da je napotениh delavcev letno v EU približno milijon,¹³⁰ izdanih obrazcev U2 pa le nekaj deset tisoč.

Sistemsko gledano je torej mogoče najti vsaj dve podobni situaciji, ki pa sta rešeni v bistvenem drugače, kar kaže, da bi bilo sistemsko primerneje enako ravnati tudi pri dajatah za brezposelnost.

5.5. Kako izboljšati upravno sodelovanje med pristojnimi organi držav članic pri nadzoru aktivnega iskanja zaposlitve brezposelne osebe?

Trenutno so izvedbena pravila o sodelovanju med pristojnimi organi držav članic pri izplačevanju dajatev za brezposelnost v drugo državo članico določena v 55. členu Uredbe (ES) št. 987/2009, natančneje (predvsem) v njegovem četrtem do šestem odstavku.¹³¹ Tako mora nosilec v državi članici, v katero je prišla brezposelna oseba, na zahte-

¹²⁸ V tem oziru glej drugi odstavek 5. člena in tretji odstavek 6. člena izvedbene Uredbe (ES) št. 987/2009.

¹²⁹ C-527/16 *Alpenrind*, točka 61; C-620/15 *A-Rosa Flussschiif GmbH*, ECLI:EU:C:2017:309, točka 46. Skoraj neverjetno si je zamisliti, da bo do tožb med državami prišlo zaradi obrazcev o napotitvi.

¹³⁰ Izdanih obrazcev A1 je sicer še več, deloma zato, ker so napoteni delavci včasih v posameznem letu napoteni večkrat, deloma pa tudi zato, ker se obrazci A1 uporabljajo tudi za osebe, ki običajno opravljajo delo v več državah članicah. Podrobneje glej Fries-Tersch idr., 2019, str. 16–17.

¹³¹ Med drugim je predvideno, da nosilec v državi članici, v katero je prišla brezposelna oseba, izvaja ali poskrbi za nadzor, kot če bi šlo za brezposelno osebo, ki je upravičena do dajatev v skladu z zakonodajo, ki jo uporablja, po potrebi pa brez odlašanja obvešča pristojnega nosilca o kakršnih koli okoliščinah, ki bi lahko spremenile pravico do dajatev.

vo pristojnega nosilca mesečno predložiti ustrezne informacije o spremljanju položaja brezposelne osebe, in sicer zlasti o tem, ali je ta oseba še vedno prijavljena pri službah za zaposlovanje in ali se ravna po organiziranih postopkih nadzora. Vprašanje je, kako še izboljšati sodelovanje med pristojnimi organi različnih držav članic z namenom, da bodo imele države več zaupanja v aktivno iskanje zaposlitve v gostujoči državi članici, s čimer je sprejemljivejše dlje časa izplačevati dajatev za brezposelnost v drugo državo članico.

Ena od možnosti – to je predlagala tudi Evropska komisija¹³² – je, da bi taka mesečna informacija morala biti sporočena po uradni dolžnosti (lat. *ex officio*) in ne zgolj na zahtevo. Pennings¹³³ omenja tudi možnost, da bi država članica gostiteljica morala upoštevati pravila o organiziranih postopkih nadzora pristojne države članice. Vprašanje je, ali bi se to pravilo v praksi dejansko in pravilno izvajalo, saj je delovanje različnih služb za zaposlovanje različno. Hkrati je temeljna ideja koordinacije sistemov socialne varnosti ta, da se različne sisteme povezuje brez vpliva na vsebino nacionalno določenih pravic in obveznosti.

Vprašanje je tudi, kako službe za zaposlovanje države gostiteljice sploh spodbuditi k nadzoru brezposelnih oseb oziroma k sodelovanju z organi pristojne države članice. Če o aktivnostih brezposelne osebe ne bi poročali po uradni dolžnosti (če bi se to zahtevalo) oziroma če ne bi (v primerih dvomov s strani pristojne države članice) v razumnem času na njihovo zahtevo zagotovili ustreznih informacij, bi morda morala država gostiteljica vse do izpolnitve obveznosti zagotavljati dajatve za brezposelnost.¹³⁴ Vprašanje je sicer, koliko bi to šlo na rovaš pravnega položaja brezposelne osebe, saj v primeru nesoglasij med organi to vodi k temu, da (potencialno) nobena država članica ne bo želela (začasno) zagotavljati dajatev.

To so dileme, o katerih bi se bilo treba pogovarjati in jih rešiti. Morda bi bilo koristno ugotoviti, katere točno so tiste obveznosti, ki jih države članice od brezposelnih oseb zahtevajo v kontekstu aktivnega iskanja zaposlitve. Podatkovne baze o teh podatkih ne poznam, prav tako pa se na ta vprašanja v svojih predlogih ni osredinila Evropska komisija. Morda razlike v praksah držav članic niso tako velike, kot bi kdo pričakoval,¹³⁵ zaradi česar bi lahko poiskali kompromisno rešitev uravnoteženega nadzora in medinstitucionalnega sodelovanja, ki bi jo države članice morale upoštevati in pri tem ne omejevati pravic gibajočih se iskalcev zaposlitve.

¹³² European Commission, COM (2016) 815 final. Glej 17. točko 2. člena predloga.

¹³³ Pennings, 2020, str. 160–161.

¹³⁴ Prav tam.

¹³⁵ V delih Stovicek in Turrini, 2020, str. 14–15; ter European Commission, Joint employment report (2019), str. 71–72, je sicer nakazano, da naj bi med državami članicami obstajala precejšnja raznolikost glede strogosti zahtev po razpoložljivosti brezposelnih oseb in njihovem iskanju zaposlitve. Med manj strogimi državami članicami so denimo Belgija, Bolgarija, Ciper, Finska, Grčija, Litva in Španija, med strožjimi pa Danska, Hrvaška, Malta, Nemčija in Poljska. Žal ni navedenih konkretnih zahtev oziroma ni opisa razlik med državami članicami.

6. Sklep

Sedanja pravila koordinacijske Uredbe (ES) št. 883/2004 (in njene izvedbene uredbe) glede dajatev za brezposelnost niso prinesla bistvenega napredka v primerjavi s pravili, ki so bila v povsem drugačnih družbenih razmerah sprejeta pred pol stoletja. Temeljni razlog za to so zakonodajna postopkovna pravila, ki jih dopolnjuje zatečeno stanje v smislu finančnih (pozitivnih ali negativnih) učinkov, ki bi jih za različne države članice prinesle spremembe. Pravzaprav je presenetljivo, da se pri dajatvah za brezposelnost, ki so ene od dajatev, ki bi jih bilo najlažje koordinirati in ki so v čezmejnih dejanskih stanjih uveljavljane le redko, politično tako zapleta. Dogovoriti bi se bilo treba predvsem o tem, kdaj posamezna država članica prevzame obveznost zagotavljanja dajatev (v luči pravične porazdelitve bremena med njimi), kako doseči, da je obveznost povezana s sistemskim načelom plačanih prispevkov za socialno varnost in zagotavljanjem (denarnih) dajatev, kako ureditev narediti preprosto za izvajanje in jasno ter pri tem varovati (socialno)pravni položaj brezposelnih oseb.

Na podlagi predstavljenih argumentov ugotavljam, da bi tako določene cilje lahko dosegli razmeroma preprosto, in sicer s tem, ko bi za seštevanje obdobj in izplačevanje dajatev za brezposelnost postala načeloma pristojna država članica zadnje (samo)zaposlitve, in sicer po obdobju treh mesecev, sicer pa bi bila pristojna država članica predzadnje (samo)zaposlitve. Ta pravila bi veljala enotno za vse brezposelne osebe, ne glede na okoliščino prebivanja, dajatve pa bi se v drugo državo članico izplačevale oziroma izvažale brez časovnih omejitev. To je prava svoboda gibanja brezposelnih oseb in tisto, k čemur stremi 48. člen PDEU, ko zahteva sprejem ukrepov, ki zagotavljajo izplačevanje dajatev osebam s prebivališčem na ozemlju države članice.

Za to sta potrebna predvsem dva pomembna miselna preskoka. Prvi je, da se opusti (empirično nedokazana) splošna domneva, da ima posameznik najboljše možnosti iskanja zaposlitve v državi članici prebivanja. Preskok bi moral biti, da so te načeloma najboljše v državah, v katerih je bil delovno aktiven, saj so predvsem (nedavne) izkušnje tiste, ki so pomembne za nadaljnje zaposlitve (in ne kraj prebivanja kot tak). Drugi miselni preskok bi moral biti storjen v smeri razumevanja položaja brezposelnih oseb, vključno z nacionalnimi ureditvami. Brezposelne osebe zaposlitev le redko iščejo v drugi državi članici; če pa jo, to ni z namenom zlorabe, kar potrjuje tudi statistika.¹³⁶ Obstaja več prepričljivih razlogov, zakaj odprava časovne omejitve izplačevanja dajatev za brezposelnost ne bi bila tako pretresljiva, kot je morda videti na prvi pogled. Ovira za njeno odpravo je sicer lahko nepoznavanje tujih, različnih nacionalnih sistemov zavarovanja za primer brezposelnosti in dejanskega položaja brezposelne osebe, najverjetneje pa pred-

¹³⁶ Glej Jorens, 2017, str. 9; in Jorens, Gillis, De Potter, 2017, str. 30–31.

vsem splošni strah pred neznanim, ki na političnem parketu ni nov.¹³⁷ Upanje je, da bodo tudi ugotovitve iz tega prispevka tako ali drugače lahko pripomogle k pridobitvi poguma za odločitve o (korenitejših) prihodnjih spremembah.

Literatura

- Clasen, J. (1999) 'Beyond social security: the economic value of giving money to unemployed people' v *European journal of social security* 1 (2), str. 151–180.
- Cornelissen, R. (2007) 'The new EU coordination system for workers who become unemployed' v *European journal of social security*, 9 (3), str. 187–219.
- De Cortazar, C. G., in Rentola, E. (ur.) (2012) *Coordination of unemployment benefits, Think tank report 2012*, trESS, Ghent University.
- De Wispelaere, F., De Smedt, L., in Pacolet, J. (2020) *Coordination of social security systems at a glance: 2019 Statistical report*, European Union.
- Duell, N. (2018) *Slovenia: Key policies to promote longer working lives, Country note 2007 to 2017*, OECD.
- Esping-Andersen, G. (1990) *The Three Worlds of Welfare Capitalism*. Cambridge: Polity Press.
- European Commission: Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council amending Regulation (EC) No 883/2004 on the coordination of social security systems and Regulation (EC) No 987/2009 laying down the procedure for implementing Regulation (EC) No 883/2004, COM (2016) 815 final, Strasbourg, 13. december 2016.
- European Commission: Commission staff working document: Impact assessment. Initially to partially revise Regulation (EC) No 883/2004 on the coordination

¹³⁷ Že več let se je v EU omenjal strah pred tako imenovanim socialnim turizmom, ki naj bi ga predstavljala gibanja (ekonomsko neaktivnih) oseb v druge države članice EU zgolj zaradi (višine) njihovih socialnih dajatev. O tem je bila narejena študija Evropske komisije (Juravle in Weber, 2013), v kateri je bilo ugotovljeno, da strah ni podprt z dejstvi in ne bi mogel resno ogroziti financiranja sistemov držav članic. Ekonomsko neaktivnih mobilnih državljanov EU je nekaj manj kot odstotek celotne populacije EU, dve tretjini od tega pa so upokojenici, študenti in iskalci zaposlitve (čeprav so med državami članicami razlike). Kljub temu se ugotavlja, da je razprava prešla onkraj kakršnih koli dokazov o dejanskih številkah, saj naj bi nekatere države članice imele občutek, da so izgubile eno temeljnih pristojnosti suverene države, natančneje svoj sistem socialne pomoči, brez strinjanja k takemu prenosu pristojnosti, temveč prek sodne prakse o državljanstvu EU. Glej Poptcheva, 2014, str. 3–4; Mantu in Minderhoud, 2016, str. 7–10. Ta vidik je bil celo eden temeljnih razlogov za brexit, kar opisujeta Mantu in Minderhoud, 2017, str. 715–716. O zgodovini nekje dvajsetletnega omejevanja pravic migrantom z namenom omejevanja priseljevanja v kratkem povzetku glej Minderhoud in Mantu, 2017, str. 64.

- of social security systems and Regulation (EC) No 987/2009 laying down the procedure for implementing Regulation (EC) No 883/2004, SWD (2016) 460 final/2, Brussels, 16. december 2016.
- European Commission: Joint employment report 2019, European Union, 2019.
- Fries-Tersch, E., Tugran, T., Markowska, A., in Jones, M. (2019) 2018 Annual report on intra-EU labour mobility, Luxembourg: Publications office of the European Union.
- Fries-Tersch, E., Jones, M., in Siöland, L. (2021) Annual report on intra-EU labour mobility 2020, Luxembourg: Publications office of the European Union.
- Fuchs, M. (2010) 'The implementation of coordination Regulations in active labour market policy provisions at national level' v Jorens, Y. (ur.) (2010) *50 years of social security coordination: past – present – future*. Report of the conference celebrating the 50th anniversary of the European coordination of social security, European Commission, str. 91–111.
- Golynger, O. (2020) 'Guest editor's overview of the special issue' v *European Journal of Social Security* 22 (2), str. 103–109.
- Jorens, Y., Gillis, D., in De Potter, T. (2017) Fraud and error in the field of EU social security coordination: Reference year 2016. Bruselj: European Commission.
- Jorens, Y. (ur.) (2017) *Analytical report 2017 on mutual assistance and sincere cooperation: An inquiry into the cooperation to enforce the coordination Regulations and to combat fraud and error*, FreSsco, European Commission.
- Juravle, C., in Weber, T. (ur.) (2013) *A fact finding analysis on the impact on the Member States' social security systems of the entitlements of non-active intra-EU migrants to special non-contributory cash benefits and healthcare granted on the basis of residence*, 14. oktober 2013.
- Leijten, I. (2019) 'The right to minimum subsistence and property protection under the ECHR: Never the twain shall meet?' v *European Journal of Social Security*, 21 (4), str. 307–325.
- Mantu, S., in Minderhoud, P. (2016) 'Exploring the limits of social solidarity. Welfare tourism and EU citizenship' v *UNIO - EU Law Journal* 2 (2), str. 4–19.
- Mantu, S., in Minderhoud, P. (2017) 'EU citizenship and social solidarity' v *Maastricht Journal of European and Comparative Law* 25 (5), str. 703–720.
- Mednarodna organizacija dela, EPLex [splet]. Dostopno na: <<https://eplex.ilo.org/probationary-trial-period/>> (dostop: 14. junij 2021).
- Minderhoud, P., in Mantu, S. (2017) 'Social rights and European integration theory: situating CJEU jurisprudence in three national contexts' v *E-Revista internacional de la protección social* 2 (2), str. 51–68.

- Mišič, L., Bagari, S., in Strban, G. (2020) *Ovire pri koordinaciji sistemov socialne varnosti med državami članicami EU na področju denarnih nadomestil za primer brezposelnosti*. Ljubljana: Pravna fakulteta Univerze v Ljubljani.
- Mišič, L. (2021) 'Unemployment benefits in the EU: Is Slovenia fighting the good fight or just trying to get away with a free lunch' *European law blog*, 7. april 2021 [splet]. Dostopno na: <<https://europeanlawblog.eu/2021/04/07/unemployment-benefits-in-the-eu-is-slovenia-fighting-the-good-fight-or-just-trying-to-get-away-with-a-free-lunch/>> (dostop: 14. junij 2021).
- Mutual Information on Social Protection, Comparative tables (MISSOC) [splet]. Dostopno na: www.missoc.org (Dostop: 14. junij 2021).
- Pennings, F. (2009) 'Coordination of unemployment benefits under Regulation 883/2004' v *European Journal of Social Security* 11 (1-2), str. 177–203.
- Pennings, F. (2020) 'The discussion on the revision of the coordination rules of unemployment benefits – a battlefield between East and West' v *European Journal of Social Security* 22 (2), str. 148–162.
- Poptcheva, E.-M. (2014) *Freedom of movement and residence of EU citizens: Access to social benefits*, European Parliamentary Research Service, European Union.
- Rennuy, N. (2020) 'Posting of workers: Enforcement, compliance, and reform' v *European Journal of Social Security* 22 (2), str. 212–234.
- Roberts, S. (2020) 'Brexit and the reform of social security coordination: The UK's metamorphosis from rule maker to rule taker' v *European Journal of Social Security* 22 (2), str. 235–251.
- Schoukens, P. in Pieters, D. (2009) 'The rules within Regulation 883/2004 for determining the applicable legislation' v *European Journal of Social Security* 11 (1-2), str. 81–118.
- Stovicek, K. in Turrini, A. (2012) *Benchmarking unemployment benefit systems*, Economic Papers 454, May 2012, European Union.
- Strban, G. (2015) 'Lastninsko varstvo socialnih pravic' v *Podjetje in delo* 41 (6-7), str. 1251–1266.
- Van der Mei A. P. (2003) 'Freedom of movement for the unemployed and co-ordination of unemployment benefit schemes' v *European Journal of Social Security* 5 (3), str. 214–229.
- Van Overmeiren, F. (2009) *Modernized EU social security coordination – preparation for the application of the new Regulations on the coordination of social security*, Conference Report, Stockholm, 25th-27th November 2009.
- Verschuere, H. (2001) 'Financing social security and Regulation (EEC) 1408/71' v *European Journal of Social Security* 3 (1), str. 7–24.

- Verschueren, H. (2010) 'Do national activation measures stand the test of European law on the free movement of workers and jobseekers' v *European Journal of Migration and Law* 12 (1), str. 81–104.
- Verschueren, H. (2020) 'The role and limits of European social security coordination in guaranteeing migrants social benefits' v *European Journal of Social Security* 22 (4), str. 390–402.
- Wujczyk, M. (2018) 'Overview of recent cases before the European Court of Human Rights (December 2017 – August 2018)' v *European Journal of Social Security* 20 (3), str. 284–293.

*Ana Samobor**

Otrokove koristi – pravica ali zgolj načelo Listine EU o temeljnih pravicah?

1. Uvod

Listina o Evropske unije o temeljnih pravicah (Listina),¹ ki skladno s 6. členom Pogodbe o Evropski uniji (PEU)² skupaj s PEU in Pogodbo o delovanju Evropske unije (PDEU)³ tvori korpus primarnega prava Evropske unije (EU),⁴ uvaja razlikovanje med pravicami in načeli, ki je izraženo že v preambuli ter posebej poudarjeno v VII. poglavju Listine (Splošne določbe o razlagi in uporabi Listine), natančneje v prvem odstavku 51. in petem odstavku 52. člena.

Prvi odstavek 51. člena Listine določa, da morajo institucije, organi, uradi in agencije EU (ob spoštovanju načela sorazmernosti in v okviru s Pogodbama podeljenih pristojnosti) ter države članice, kadar izvajajo pravo EU, **spoštovati** pravice, **upoštevati** načela ter spodbujati njihovo uporabo. Peti odstavek 52. člena Listine, ki naj bi razmerje in razlikovanje med pravicami in načeli iz Listine dodatno razjasnjeval, pa določa, da se lahko določbe Listine, ki vsebujejo načela, »izvajajo z zakonodajnimi in izvedbenimi akti institucij, organov, uradov in agencij Unije ter akti držav članic za izvajanje prava Unije v skladu z njihovimi pristojnostmi«, ter da se sme nanje pred sodišči »sklicevati samo pri razlagi teh aktov in pri odločanju o njihovi zakonitosti.«

Iz besedila Listine ni mogoče jasno razbrati niti pri katerih določbah gre za načela niti kakšne so posledice razlikovanja med pravicami in načeli. Čeprav Pojasnila k Listini o

* *Magistrica prava, asistentka na Pravni fakulteti Univerze v Ljubljani, ana.samobor@pf.uni-lj.si.*

¹ Listina Evropske unije o temeljnih pravicah (2010) Uradni list EU C 83/389 (Listina).

² Prečiščena različica Pogodbe o Evropski uniji (2012) Uradni list EU C 326/13 (PEU).

³ Prečiščena različica Pogodbe o delovanju Evropske unije (2012) Uradni list EU C 326/47 (PDEU).

⁴ V nadaljevanju bo za PEU in PDEU uporabljen tudi skupni izraz Pogodbi.

temeljnih pravicah (Pojasnila k Listini)⁵ primeroma naštevajo nekaj določb, ki jih lahko razumemo kot načela, in nekaj takih, ki imajo »dvojno naravo«, torej tako značilnosti pravic kot tudi značilnosti načel, ne izoblikujejo jasnih meril razmejitve med obema kategorijama.

Presoja narave določb in razjasnitev posledic opredelitve neke določbe bodisi kot načelo bodisi kot pravico je prepuščena Sodišču Evropske unije,⁶ vendar sodna praksa žal (še) ne ponuja jasnih in dokončnih odgovorov. Edini zadevi, v katerih se je Sodišče EU izrecno oprlo na obravnavano razlikovanje in se do njega vsaj deloma opredelilo, sta zadevi *Glatzel* in *PAN Europe*. V prvi je Sodišče EU poudarilo, da je 26. člen Listine (vključenost invalidov) načelo v smislu petega odstavka 52. člena Listine in zato sam po sebi posameznikom ne more podeliti materialne (subjektivne) pravice, na katero bi se lahko sklicevali, saj je za polno učinkovanje tega člena nujna konkretizacija z določbami prava EU ali nacionalnega prava držav članic,⁷ v drugi pa se je na podoben način opredelilo do 37. člena Listine (varstvo okolja).⁸

Ena od določb, glede pravne narave katerih Sodišče EU ostaja nejasno in terminološko nedosledno, je tudi drugi odstavek 24. člena Listine, ki določa, da se morajo »pri vseh ukrepih javnih organov ali zasebnih ustanov, ki se nanašajo na otroke, [...] upoštevati predvsem koristi otroka.« Glede na to, da slovenska sodišča (zlasti Vrhovno sodišče RS)⁹ pravno naravo načela pripisujejo tudi tej določbi in ji na tej podlagi odrekajo kakršnokoli (interpretativno) vlogo onkraj tistega, kar sekundarno pravo EU in slovenska zakonodaja, ki implementira pravo EU, izrecno določata, se velja poskusiti opredeliti do ustreznosti takega stališča.¹⁰

Namen razprave v nadaljevanju je torej iz sodne prakse Sodišča razbrati, kako (če sploh) se Sodišče EU opredeljuje do vprašanja pravne narave navedene določbe (tj. ali gre za pravico ali načelo iz Listine). Prikazano bo, da Sodišče EU o tem vprašanju v svojih odločitvah molči in v tem pogledu določbo uporablja nedosledno, zato si bom prizadevala do vprašanja opredeliti s pomočjo meril, ki so se za razlikovanje ene in druge kategorije določb Listine izoblikovala v teoriji.

⁵ Pojasnila k Listini o temeljnih pravicah (2007) Uradni list EU C 303/17 (Pojasnila k Listini). Pojasnila k Listini, ki »navajajo vire določb« Listine sicer niso zavezujoča, vendar imajo pomembno vlogo pri njihovi razlagi (glej prvi odstavek 6. člena PEU in sedmi odstavek 52. člena Listine).

⁶ The European Convention, Final report of working group II (2002), CONV 345/02, str. 8.

⁷ Sodba Sodišča EU v zadevi C-356/12 *Glatzel* z dne 22. maja 2014, točka 74.

⁸ Sodba Sodišča EU v zadevi T-600/15 *PAN Europe* z dne 28. septembra 2016, točka 47.

⁹ Glej na primer odločitev Vrhovnega sodišča RS I Up-173/18 z dne 5. februarja 2019.

¹⁰ Vrhovno sodišče RS se pri utemeljevanju svojega stališča o pravni naravi drugega odstavka 24. člena Listine med drugim sklicuje na teoretična izhodišča razlikovanja med pravicami in načeli, kot izhajajo iz Teorije prava Marijana Pavčnika (Pavčnik, 2007). O neustreznosti takega sklicevanja več v naslednjem razdelku prispevka.

Prvi del razprave bo namenjen uvodnemu (terminološkemu) pojasnilu glede različnih pomenov izraza načelo, s katerimi se lahko srečamo na področju prava EU, ter s tem jasni zamejitvi osrednjega vprašanja tega prispevka. V drugem delu prispevka predstavim genezo razmejitve med načeli in pravicami iz Listine, v tretjem učinke oziroma pomen te razmejitve, v četrtem pa merila, ki jih je za identifikacijo načel iz Listine mogoče razbrati iz sodne prakse EU in teorije. Peti (in osrednji) del je analiza sodne prakse Sodišča EU v zvezi z določilom drugega odstavka 24. člena Listine ter poskus kategorizacije te določbe bodisi kot pravico bodisi kot načelo.

2. Terminološko pojasnilo

Uporaba izraza načelo je v pravnem redu EU, pravnih redih držav članic in pravni teoriji izjemno pogosta, vendar nima enotnega pomena. Zato je za jasno zamejitev v tem prispevku obravnavanega problema, tj. vprašanja načel, na katere se nanaša peti odstavek 52. člena Listine, smiselna opredelitev nekaterih drugih kontekstov, v katerih se izraz načelo lahko pojavlja.

Gotovo je kot prva nujno omeniti splošna pravna načela prava EU (angl. *general principles of EU law*), ki jih je v sodni praksi razvilo Sodišče EU. Ta načela veljajo za del primarnega prava EU in so po stališču Sodišča EU »ustavnopravne narave«. ¹¹ Večina splošnih pravnih načel, vzpostavljenih v okviru sodne prakse Sodišča EU, je bila pozneje izrecno vključenih v besedilo temeljnih pogodb – med najpomembnejšimi so gotovo načela, vključena v I. poglavje PEU. ¹² Za razpravo v nadaljevanju je pomembno, da je tudi razvoj varstva človekovih pravic v okviru pravnega reda prava EU vezan na vzpostavitev človekovih pravic kot splošnih načel prava EU v sodni praksi Sodišča EU. Sodišče EU je tako že v zadevi *Stauder* prepoznalo temeljne človekove pravice kot del splošnih pravnih načel prava EU, ¹³ svoje stališče pa nadalje razvilo v znamenitih zadevah *Internationale Handelsgesellschaft* ¹⁴ in *Nold*. ¹⁵ Varstvo človekovih pravic v evropskem pravnem redu je torej Sodišče EU prek splošnih pravnih načel, pri oblikovanju katerih se je zgledovalo po ustavnih izročilih, ki so skupna državam članicam, zagotavljalo že bistveno pred sprejemom Listine. ¹⁶

V kontekstu prava EU pa lahko govorimo še o drugih skupinah (kategorijah) načel. Med njimi je treba omeniti na primer ustanovna načela (angl. *founding principles*), ki jih lahko najdemo zlasti v I. poglavju PEU. Gre na primer za načelo lojalnega sodelo-

¹¹ Sodba Sodišča EU v zadevi C-101/08 *Audiolux* z dne 15. oktobra 2009, točka 63.

¹² Cuyvers, 2017, str. 218.

¹³ Sodba Sodišča EU v zadevi C-29/69 *Stauder* z dne 12. novembra 1969, točka 7.

¹⁴ Sodba Sodišča EU v zadevi C-11/70 *Internationale Handelsgesellschaft* z dne 17. decembra 1970, točka 4.

¹⁵ Sodba Sodišča EU v zadevi C-4/73 *Nold* z dne 14. maja 1974, točka 13.

¹⁶ Schütze, 2012, str. 412–414.

vanja (tretji odstavek 4. člena PEU), načelo subsidiarnosti in načelo sorazmernosti (prvi odstavek 5. člena PEU) ter vrednote spoštovanja človekovega dostojanstva, svobode, demokracije, enakosti, pravne države in spoštovanja človekovih pravic, na katerih temelji Evropska unija in so skupna vsem državam članicam (2. člen PEU).¹⁷ Nadalje govorimo o načelih upravnega prava (angl. *principles of administrative law*), kot sta na primer načelo pravne varnosti in načelo sorazmernosti,¹⁸ o načelih okoljskega prava (angl. *environmental law principles*), kot sta na primer načelo »onesnaževalec plača« in previdnostno načelo,¹⁹ ter o posebej pomembnih načelih evropskega socialnega prava (angl. *particularly important principles of EU social law*), katerih koncept je Sodišče EU vzpostavilo v zadevi *BECTU*, v kateri je pravico delavcev do plačanega letnega dopusta uvrstilo med tista načela, pri katerih derogacije niso dopustne.²⁰ Številna načela, ki spadajo v katero od omenjenih skupin, so hkrati tudi splošna načela prava EU – to na primer velja za vsa načela upravnega prava in večino ustanovnih načel, naravo splošnega načela prava EU pa je Sodišče prve stopnje denimo izrecno pripisalo tudi previdnostnemu načelu,²¹ katerega izraz je sicer mogoče najti v 191. členu PDEU.²²

Izraz načelo se v pravnih aktih EU pojavlja tudi v številnih določbah, ki urejajo temeljne pravice. Tako na primer 157. člen PDEU določa načelo enakega plačila za enako delo ali delo enake vrednosti za moške in ženske, vendar je Sodišče EU v zadevi *Defrenne II*²³ poudarilo, da izraz načelo v pogodbah nakazuje na temeljnost določb in v odgovor argumentom Združenega kraljestva poudarilo, da določbi zaradi uporabe izraza načelo ni mogoče odrekati neposrednega učinka (angl. *direct effect*).²⁴ Za razpravo v nadaljevanju je pomembno tudi, da Sodišče EU izraz načelo pogosto uporablja soznačno s pojmom temeljne pravice (ali svoboščine). Hilson glede tega na primer navaja zadevo *Schmidberger*, v kateri je Sodišče EU v zvezi s prostim pretokom blaga uporabilo tako izraz temeljno načelo kot tudi izraz temeljna svoboščina.²⁵

Vseh te različnih kategorij in pomenov izraza načelo ni mogoče enačiti ali primerjati z načeli, na katere se nanašata prvi odstavek 51. in peti odstavek 52. člena Listine. Gre namreč za povsem posebno kategorijo, nastanek in pomen katere bo pojasnjen v na-

¹⁷ Bogdandy, 2010, str. 48–50.

¹⁸ Glej na primer Hoffman, 2017.

¹⁹ Glej na primer Van Calster in Reins, 2018, 2. poglavje; ter Proells, 2016.

²⁰ Sodba Sodišča EU v zadevi C-173/99 *BECTU* z dne 26. junij 2001, točke 40–43.

²¹ Sodba sodišča prve stopnje v združenih zadevah T-74/00, T-76/00, T-83/00 to T-85/00, T-132/00, T-137/00 in T-141/00 *Artogodan v Commission* z dne 26. novembra 2002, točka 184.

²² Hilson, 2008, str. 195.

²³ Sodba Sodišča EU v zadevi C-43/75 *Drefrenne* z dne 8. aprila 1976, točka 28.

²⁴ Prav tam.

²⁵ Hilson, 2008, str. 195–196; Sodba Sodišča EU v zadevi C-112/00 *Schmidberger* z dne 12. junija 2003, točke 51–59.

daljevanju. Tako se zdi pri njihovi uporabi neustrezno sklicevanje na opisane obstoječe koncepte. Povedano drugače, če je Sodišče EU v povezavi z neko določbo v preteklosti že kdaj uporabilo izraz načelo, to nikakor ne pomeni, da gre za načelo, ki ga je mogoče samodejno povezovati s petim odstavkom 52. člena Listine in s tem zmanjševati njegovo pravno moč v postopkih pred sodišči. To še zlasti velja, kadar gre za človekove pravice kot splošna pravna načela prava EU. Še manj ustrezno kot opiranje na obstoječe koncepte v okviru pravnega reda Evropske unije pa je sklicevanje na koncepte, ki so lastni zgolj nacionalnemu pravnemu redu države članice ali posameznemu splošno sprejetemu pravno-teoretičnemu pristopu k razumevanju razlike med pravicami in načeli ter posledicam, ki jih razlikovanje vnaša v razumevanje vloge enih in drugih pri denimo sodnem odločanju.²⁶

3. Nastajanje Listine EU o temeljnih pravicah in ozadje razlikovanja med pravicami in načeli

Za razumevanje razlikovanja med pravicami in načeli iz Listine je nujno nekaj besed nameniti razlogom nastanka tega razlikovanja.

Eno ključnih vprašanj v procesu oblikovanja Listine je bilo, ali vanjo poleg pravic prve generacije vključiti tudi socialne in ekonomske pravice. Evropski svet je v Sklepnem dokumentu zasedanja v Kölnu junija 1999²⁷ med drugim pozval k sprejemu Listine EU, ki naj:

»vsebuje temeljne pravice in svoboščine ter temeljne procesne pravice, ki so zagotovljene z Evropsko konvencijo o varstvu človekovih pravic in ki kot splošna načela prava EU izhajajo iz skupni ustavnih tradicij držav članic.«²⁸

Odločitev Evropskega sveta, naj bodo pri oblikovanju besedila Listine upoštevane tudi »ekonomske in socialne pravice, vsebovane v Evropski socialni listini in Listini Skupnosti o temeljnih pravicah delavcev [...],«²⁹ je naletela na deljene odzive v državah članicah.

Pri pripravi osnutka v letih 1999 in 2000 sta se tako izoblikovala dva pola stališč glede primernosti vključevanja socialnih in ekonomskih pravic v dokument na evropski zakonodajni ravni. Na eni strani so bile države članice, ki so nasprotovale vključitvi teh pravic v besedilo Listine v obliki iztožljivih zahtevkov (angl. *legally enforceable claim*), na drugi strani pa tiste, ki so nasprotovale vzdrževanju razlikovanja med različnimi kategorijami pravic.³⁰

²⁶ Glej odločitev Vrhovnega sodišča RS I Up-173/18 z dne 5. februarja 2019 in op. 10 tega prispevka.

²⁷ Zasedanje je bilo namenjeno razpravi o vprašanjih, povezanih z začetkom veljavnosti Amsterdamske pogodbe.

²⁸ Cologne European Council 3-4 June 1999, Conclusions of the Presidency, Anex IV.

²⁹ Prav tam.

³⁰ Krommendijk, 2015, str. 324.

Prva skupina držav članic, med katerimi je vodilno vlogo imelo Združeno kraljestvo,³¹ je svoje nasprotovanje utemeljevala zlasti z različnostjo pristopov k varstvu socialnih pravic v nacionalnih pravnih redih držav članic, z zaskrbljenostjo, da bo vključitev socialnih pravic razširila pristojnosti EU na področju socialne in ekonomske politike, ter navsezadnje z nezadovoljstvom glede vključevanja pravic, ki bi državam članicam nalagale preveliko finančno breme.³²

Druga skupina držav članic je nasprotovala vztrajanju pri razlikovanju med državljanskimi in političnimi ter socialnimi, ekonomskimi in kulturnimi pravicami ter se zavzemala za polno vključitev slednjih v nastajajoči dokument varstva človekovih pravic. Francija je denimo ratifikacijo Listine celo pogojevala z vključitvijo socialnih pravic v njeno besedilo.³³

Listina, razglašena 7. decembra 2000 v Nici, je pomenila kompromis med stališči teh dveh skupin držav članic. Besedilo sicer vključuje številne socialne pravice, hkrati pa prvi odstavek 51. člena Listine z jezikovnim razlikovanjem med **spoštovanjem** pravic in **upoštevanjem** načel uvaja dve različni kategoriji določb.

Kmalu po razglasitvi Listine v Nici je zamisel o vključitvi Listine v bodočo Ustavo EU³⁴ in s tem vzpostavitev njene zavezujoče pravne narave obudila razprave in nestrinjanja glede nabora pravic, ki jih Listina vsebuje. Velika Britanija je svoje soglasje k vključitvi Listine v Ustavo EU pogojevala z jasnejšo razmejitvijo med pravicami in načeli.³⁵ Delovna skupina je zato v besedilo Listine vključila peti odstavek 52. člena, ki naj bi dodatno razjasnil razmerje in pravno naravo različnih kategorij določb Listine.³⁶ Na oblikovanje določbe sta močno vplivali španska ustavna ureditev iztožljivosti (angl. *justiciability*) temeljnih načel socialne in ekonomske politike ter francoska ustavnopravna doktrina, ki razlikuje med pravicami, ki so v celoti iztožljive, ter ustavnopravnimi načeli, na katere se posameznik ne more sklicevati, omogočajo pa presojo skladnosti zakonodajnih ukrepov z ustavnopravnimi načeli s strani Ustavnega sveta.³⁷

Leta 2009 je bila sprejeta Lizbonska pogodba, ki je Listino iz pravno nezavezujočega dokumenta povzdignila na raven primarnega prava Evropske unije.³⁸ Tik pred njenim sprejemom je bil – iz razlogov, opisanih zgoraj – v Protokol (št. 30) o uporabi Listine

³¹ Med njimi pa sta bili tudi Danska in Nizozemska. Prav tam.

³² Coppola, 2011, str. 208–210. Lord Goldsmith, 2001, str. 1212. Krommendijk, 2015, str. 324–325.

³³ Krommendijk, 2015, str. 326.

³⁴ Laeken Declaration on the Future of Europe (2001) SN 273/01.

³⁵ Krommendijk, 2015, str. 327.

³⁶ Final report of the European Convention Working Group II, Conv 354/02, 2002, točka 6.

³⁷ Van Danwitz in Paraschas, 2017, str. 1441.

³⁸ Člen 6 PEU.

Evropske unije o temeljnih pravicah na Poljskem in v Združenem kraljestvu³⁹ dodan drugi odstavek 1. člena, ki določa, da:

»poglavje IV Listine ne ustvarja iztožljivih pravic, ki bi bile veljavne na Poljskem ali v Veliki Britaniji, razen če Poljska in Velika Britanija takšne pravice zagotavljata v nacionalnih pravnih redih.«

Določbi Listine, ki vzpostavljata razlikovanje med pravicami in načeli, sta torej posledica nestrinjanja nekaterih držav članic z vključevanjem socialnih in ekonomskih pravic v njeno besedilo. Kategoriji je mogoče razumeti kot odmev »klasičnega« razlikovanja med pravicami prve in druge generacije ter vprašanja njihove iztožljivosti in kot poskus premostitve razlik med ustavnimi tradicijami držav članic na področju sodnega varstva socialnih in ekonomskih pravic.⁴⁰

Kljub določbama Listine, ki vprašanje razmejitve med eno in drugo kategorijo določb vsaj nekoliko osvetljuje, pa iz njunega besedila na prvi pogled ni mogoče razbrati, katere določbe so pravice in katere načela, niti ni mogoče popolnoma jasno identificirati pravnih posledic tega razlikovanja. Pojasnila k Listini sicer nudijo nekaj opore pri prepoznavanju njih in drugih, toda končna presoja pravne narave posameznih določb je prepuščena Sodišču EU.⁴¹

4. Učinki razlikovanja med pravicami in načeli

Še preden namenimo pozornost vprašanju meril razmejitve med pravicami in načeli iz Listine, je treba pojasniti posledice identifikacije posamezne določbe bodisi kot pravice bodisi kot načela.

Prvi odstavek 51. člena Listine določa, da institucije, organi, uradi ter agencije EU in države članice »spoštujejo pravice, upoštevajo načela in spodbujajo njihovo uporabo v skladu s svojimi pristojnostmi in ob spoštovanju meja pristojnosti Unije, ki so ji dodeljene v Pogodbah.« Besedilo določbe samo po sebi ne daje jasnega odgovora glede učinkovanja pravic in načel iz Listine oziroma glede razlike med obveznostjo spoštovanja pravic in upoštevanja ter spodbujanja uporabe načel. Mogoče bi bilo trditi, da iz besedila očitno izhaja, da načela uživajo šibkejšo pravno varstvo kot pravice, vendar bi bil tak zaključek zgolj na podlagi besedila člena nekoliko prenačljjen. Razlikovanje med izrazoma spoštovati in upoštevati namreč ni taka, da bi lahko že na ravni jezikovne razlage izpeljali jasno razliko med učinkovanjem oziroma ravnjo varstva ene in druge obravnavane kategorije.⁴²

³⁹ Protokol (št. 30) o uporabi Listine Evropske unije o temeljnih pravicah na Poljskem in v Združenem kraljestvu, Uradni list EU C 202/312.

⁴⁰ Ashiagbor, 2004, str. 71; Van Danwitz in Paraschas, 2017, str. 1441.

⁴¹ Krommendijk, 2015, str. 322.

⁴² Spoštovati (SSKJ): »upoštevati, držati se (prim. spoštovati dogovore, pravila, zakone)«; upoštevati (SSKJ): »ravnati v skladu s čim (prim. upoštevati predpis, zakon)«. Enako velja, če upoštevamo

Navsezadnje lahko izraz upoštevati (angl. *to observe*) najdemo tudi na drugih mestih v pogodbah, na primer v 9. členu PEU, ki v prvem stavku določa, da »Unija pri vseh svojih dejavnostih spoštuje [angl. *observes*] enakost svojih državljanov.« Načelo enakosti je splošno načelo prava EU,⁴³ v 2. členu PEU omenjeno kot ena temeljnih vrednot, na katerih temelji EU, ter kot pravica izraženo v 20. in 21. členu Listine.⁴⁴ Gre torej za načelo, ki gotovo nima take pravne narave in teže, kot načela iz Listine, o katerih je govora v tem prispevku – pa vendar tudi v zvezi z njim PEU uporablja izraz upoštevati. Razlikovanje med pravicami in načeli, ki ga na jezikovni ravni odraža prvi odstavek 51. člena Listine, torej ne omogoča resnih zaključkov glede teže enih in drugih.

Peti odstavek 52. člena Listine določa, da se določbe Listine, ki vsebujejo načela, »lahko izvajajo z zakonodajnimi in izvedbenimi akti institucij, organov, uradov in agencij Unije ter akti držav članic za izvajanje prava Unije v skladu z njihovimi pristojnostmi« ter da se sme na te določbe »pred sodišči sklicevati samo pri razlagi teh aktov in pri odločanju o njihovi zakonitosti«. Iz Pojasnil k Listini nadalje izhaja, da načela postanejo za sodišča pomembna šele pri razlagi ali reviziji aktov, ki ta načela izvajajo, ne morejo pa biti samostojen razlog za zahtevo po pozitivnem ukrepanju institucij EU ali organov držav članic, kar je skladno s sodno prakso Sodišča EU ter s pristopom ustavnih sistemov držav članic do načel, zlasti na področju socialnega prava.⁴⁵

Dejstvo, da načela ne morejo biti samostojna iztožljiva podlaga za ravnanje institucij EU ali organov držav članic, je nesporno tudi glede na sicer skopa stališča sodne prakse Sodišča EU. V že omenjeni zadevi *Glatzel* je tako Sodišče EU v zvezi s 26. členom Listine (vključenost invalidov) poudarilo, da ta sam po sebi posameznikom ne more podeliti materialne (subjektivne) pravice, na katero bi se lahko sklicevali, saj je za polno učinkovanje tega člena nujna konkretizacija z določbami prava EU ali nacionalnega prava držav članic.⁴⁶

Na tem mestu pa se zastavljata dve ključni vprašanji. Prvo vprašanje je gotovo, kdaj sploh gre za akt, ki izvaja načelo, in torej pri njegovi razlagi ali reviziji načela sploh imajo kakšno vlogo. Gre za akt, ki izvaja načelo že takrat, ko ta načelo zgolj omenja, ali šele takrat, ko ga natančneje vsebinsko opredeljuje in daje konkretne usmeritve za njegovo izvrševanje? Drugo vprašanje pa je, kateri akti (ali deli aktov) so na podlagi (implementiranega) načela lahko podvrženi sodni presoji. Lahko z vidika načela iz Listine presojamo

angleško različico besedila Listine ki uporablja pojma *respect in observe*, pri čemer slednji v običajnem pomenu besed izraža »spoštovanje pravil« oziroma »izpolniti obveznost skladno z zakonom ali pogodbo«. Krommendijk, 2015, str. 334.

⁴³ Glej na primer združeni zadevi C-117/ 76 in 16/ 77 *Ruckdeschel*, točka 7. Kochenov in Lock, (2019), str. 106, točka 2.

⁴⁴ Člen 20 Listine določa enakost pred zakonom, 21. člen pa prepoved diskriminacije.

⁴⁵ Pojasnila k Listini, 52. člen.

⁴⁶ Sodba Sodišča EU v zadevi C-356/12 *Glatzel* z dne 22. maja 2014, točka 78. Podobno Sodišče EU tudi v zvezi s 27. členom Listine v sodbi v zadevi C-176/12 *Association de médiation sociale* z dne 15. januarja 2014, točki 45 in 47.

zgolj neko konkretno določbo, ki to načelo opredeljuje, ali celoten akt, za katerega smo ugotovili, da načelo izvaja?

Glede obeh vprašanj so se v literaturi izoblikovala različna stališča, ki se zavzemajo bodisi za ožjo bodisi za širšo razlago petega odstavka 52. člena Listine in s tem za manjšo ali večjo »uporabno vrednost« načel iz Listine.

Tisti teoretiki, ki se zavzemajo za ožjo razlago obravnavane določbe v zvezi s prvim postavljenim vprašanjem, navajajo, da je uporaba načel pri sodni presoji omejena zgolj na tiste akte, ki so namenjeni implementaciji nekega načela iz Listine in to iz njih jasno izhaja. Tako Lock, sklicujoč se na zadevo *Glatzel*, denimo trdi, da mora biti ključna konkretna vsebinska presoja akta, na podlagi katere (sodišče) ugotovi, da gre za akt, ki implementira neko listinsko načelo.⁴⁷ Po drugi strani pa se Lock sočasno sklicuje na zadevo *Kamberaj*,⁴⁸ v kateri je za ugotovitev, da gre za akt, ki implementira določbo tretjega odstavka 34. člena Listine, zadoščal sklic na »spoštovanje pravic in upoštevanje načel, ki jih priznava Listina« v uvodnih določbah direktive.⁴⁹ Čeprav ti sodni odločbi ne podajata jasnega odgovora na vprašanje, kdaj lahko štejemo, da neki akt implementira načelo, lahko z gotovostjo sklepamo vsaj to, da ni nujno, da je načelo v tem aktu izrecno poimenoвано ali da obstajajo posebne določbe, ki ga vsebinsko natančneje urejajo.

Glede drugega postavljenega vprašanja sta po ožji razlagi petega odstavka 52. člena Listine tudi sodna presoja skladnosti z načelom iz Listine ali razlaga akta v njegovi luči omejena zgolj na tisti akt, za katerega se izkaže, da to načelo uresničuje.⁵⁰ Lock piše, da taka razlaga sledi jezikovni razlagi Listine, Pojasnilom k 52. členu Listine ter v sicer razmeroma nejasno vprašanje prava EU vnaša doslednost.⁵¹

Čeprav je morda res, da je taka razlaga jasnejša v razmejitvi načel iz Listine od pravic iz Listine, je v literaturi mogoče zaznati nestrinjanja in pomisleke glede njene ustreznosti. Tako Craig poudarja, da so načela, na katera se sklicujejo tudi Pojasnila k Listini,⁵² v sodni praksi uporabljana širše kot le tedaj, ko je izpodbijani akt namenjen izključno uresničevanju teh načel.⁵³ Nadalje Krommendijk poudarja, da je ozka jezikovna razlaga petega odstavka 52. člena Listine vprašljiva tudi z vidika *effèt utile* prava EU, saj bi lahko preprečila sodno presojo očitnih in hudih kršitev načel iz Listine, kadar institucije EU in države članice ne izpolnjujejo svojih obveznosti in zato ni akta, ki bi ga lahko

⁴⁷ Lock, 2019a, str. 17.

⁴⁸ Sodba Sodišča EU v zadevi C-571/10 *Kamberaj* z dne 24. aprila 2012.

⁴⁹ Lock, 2019a, str. 18.

⁵⁰ Lock, 2019b, str. 2256–2258, točke 31–38.

⁵¹ Lock, 2019a, str. 18.

⁵² Pojasnila k Listini se v delu, ki se nanaša na peti odstavek 52. člena Listine, sklicujejo na sodno prakso v zvezi s previdnostnim načelom iz drugega odstavka 191. člena PDEU (T-13/99 *Pfizer proti Svetu* z dne 11. septembra 2002) ter sodno prakso glede načel kmetijskega prava (C-265/85 *Van den Berg* z dne 11. marca 1987).

⁵³ Craig, 2010, str. 220.

presojali, ali pa gre za akt, ki ni namenjen izključno uresničevanju načela, pa je z njim v očitnem nasprotju.⁵⁴ Podobno navaja Ladenburger, ki poudarja, da lahko taka razlaga vodi do »absurdnih zaključkov« in je v nasprotju z namenom snovalcev Listine.⁵⁵ Pri tem se sklicuje na odločitev v zadevi *Abdulla* ter poudarja, da se besedna zveza »pri razlagi teh aktov« iz petega odstavka 52. člena Listine nanaša na vse akte, ki so (na splošno) lahko predmet sodne presoje, ter torej ne omejuje sodne presoje skladnosti z načeli zgolj na tiste akte, ki to isto načelo uresničujejo.^{56, 57} Enako opozarja tudi generalni pravobranilec Cruz Villalón, ki poudarja, da ozka razlaga obravnavane določbe vodi v začaran krog, saj bi to pomenilo, da bi v luči načel presojali natanko tiste akte, ki ta načela napolnjujejo s konkretizirano vsebino, tj. presojali bi, ali so akti skladni z nečim, kar sami določajo.⁵⁸

Na podlagi pomislekov glede ozke razlage petega odstavka 52. člena Listine, ki presojo skladnosti z načeli iz Listine omejuje zgolj na tiste akte, ki ta načela uresničujejo, številni teoretiki zagovarjajo njegovo drugačno, širšo razlago, po kateri je omejen zgolj način, na katerega lahko sodišča uporabljajo načela iz Listine. Načela po tej razlagi ne morejo sama po sebi ustvarjati obveznosti institucij EU ali držav članic, prav tako ne morejo biti podlaga za oblikovanje samostojnih iztožljivih zahtevkov, lahko pa so, kadar ima tožnik *locus standi* na drugi podlagi, sredstvo za presojo skladnosti akta z Listino ali sredstvo njegove razlage.⁵⁹

Številni avtorji navajajo, da bo sodna presoja skladnosti aktov z načeli iz Listine omejena na varovanje minimalnih standardov. Širše diskrecijsko polje, kot ga določba prepušča nadaljnjemu urejanju določbe, blažja in osredotočena zgolj na morebitne hude kršitve načel bo sodna presoja.⁶⁰ Besselink piše, da je treba v tem smislu določbo petega odstavka 52. člena Listine nujno brati kot odmev vprašanja pristojnosti za urejanje področja socialne in ekonomske politike.⁶¹

⁵⁴ Krommendijk, 2015, str. 336.

⁵⁵ Ladenburger, kot ga navaja Krommendijk, 2015, str. 336.

⁵⁶ Prav tam.

⁵⁷ V združenih zadevah *Abdulla in ostali* C-175/08, C-176/08 in C-179/08 z dne 2. marca 2010 je namreč Sodišče EU odločilo, da je treba določbe Kvalifikacijske direktive (2004) razlagati na način, ki spoštuje temeljne pravice in vsa načela, še zlasti tista, ki jih priznava Listina. Glej točki 51 in 54 sodbe.

⁵⁸ Mnenje v zadevi C-176/12 *Association de médiation sociale* z dne 18. julija 2013, točka 63.

⁵⁹ Van Danwitz in Paraschas, 2017, str. 1413; Laenarts, 2012, str. 403; Krommendijk, 2015, str. 337–339.

⁶⁰ Kochenov in Lock, 2019, str. 2257, točki 33 in 34; Peers in Prechal, 2018, str. 1511, točka 52.189; Besselink, 2012, str. 29; Van Danwitz in Paraschas, 2017, str. 1414.

⁶¹ Besselink, 2012, str. 28.

5. Katere določbe Listine so pravice in katere načela?

Besedilo Listine ne daje jasnega odgovora na vprašanje, katere določbe je mogoče šteti kot načela in torej niso podlaga za samostojne iztožljive zahtevke, in katere kot pravice. Tudi Pojasnila k Listini ne vzpostavljajo dodatnih meril, ki bi jih bilo mogoče uporabiti pri razlikovanju, saj le primeroma naštevajo določbe, ki jih je treba razumeti kot načela (25. (pravice starejših), 26. (vključenost invalidov) in 37. člen (varstvo okolja) Listine), in določbe, ki vsebujejo tako značilnosti pravic kot tudi značilnosti načel (23. (enakost žensk in moških), 33. (družinsko in poklicno življenje) in 34. člen Listine (socialna varnost in socialna pomoč)).⁶²

Iz tega je z gotovostjo mogoče izpeljati dvoje. Prvič, da kljub razlogom za nastanek razlikovanja med pravicami in načeli, ni mogoče trditi, da se vsa načela skrivajo v IV. poglavju Listine, naslovljenem Solidarnost, in jih je torej mogoče najti tudi v drugih poglavjih, hkrati pa IV. poglavje vsebuje tudi pravice, ne zgolj načel. Drugič, zgolj na podlagi tega, da je v zvezi z neko določbo uporabljen izraz pravica ali izraz načelo, še ni mogoče sklepati na pravno naravo te določbe. Tako denimo iz Pojasnil k Listini izhaja, da je 25. člen Listine, ki določa, da »Unija priznava in spoštuje pravico starejših do dostojnega in samostojnega življenja ter sodelovanja v družbenem in kulturnem življenju«, načelo, pa čeprav je naslovljen Pravice starejših. Po drugi strani pa je 49. člen Listine naslovljen Načeli zakonitosti in sorazmernosti kaznivih dejanj in kazni, vendar gotovo ne gre za načelo v smislu petega odstavka 52. člena Listine.

Razmejevanje med pravicami in načeli iz Listine (in tudi jasna razlaga pravnih posledic take razmejitev) je zaradi odsotnosti jasnih meril v Listini ali Pojasnilih prepuščena Sodišču EU. Kot rečeno, se je Sodišče EU na obravnavano razlikovanje v sodni praksi doslej izrecno oprlo zgolj v dveh zadevah (*Glatzel*⁶³ in *PAN Europe*⁶⁴), ki prav tako ne ponujata nekih splošnih in jasnih zaključkov. V literaturi se je zato izoblikovalo več meril, ki so lahko opora pri identifikaciji enih in drugih. Peers in Prechal navajata, da je pri iskanju odgovora na vprašanje, ali je neka konkretna določba načelo iz Listine, nujno izhajati iz besedila, namena in narave določbe.⁶⁵ Nobeno od v nadaljevanju obravnavanih meril ni dokončno ali odločilno, lahko pa pomeni pomemben indic glede pravne narave neke konkretne določbe.

Prvo merilo se pri identifikaciji pravic in načel iz Listine pretežno opira na izrazje, uporabljeno v posameznih določbah. Tako denimo uporaba izrazov *naj* (v smislu obveznosti) in *pravica* pomeni indic, da gre za pravico iz Listine, uporaba besednih zvez, kot sta »priz-

⁶² Pojasnila k Listini, 52. člen.

⁶³ Sodba Sodišča EU v zadevi C-356/12 *Glatzel* z dne 22. maja 2014.

⁶⁴ Sodba Sodišča EU v zadevi T-600/15 *PAN Europe* z dne 28. septembra 2016.

⁶⁵ Peers in Prechal, 2018, str. 1507, točka 52.170.

nava in spoštuje⁶⁶ in »je treba vključiti«,⁶⁷ pa naj bi pomenila indic, da gre za načela. Pa vendar, kot je bilo nakazano že zgoraj, sama Pojasnila med načela uvrščajo tudi določbe, ki vsebujejo izraz pravica,⁶⁸ hkrati pa se ti indici v obliki izrazja v določbah pogosto pojavljajo skupaj – tako na primer tretji odstavek 34. člena Listine, ki ga Pojasnila izrecno označujejo kot načelo, določa, da »Unija priznava in spoštuje pravico do socialne pomoči in pomoči pri pridobivanju stanovanj«. Težko torej trdimo, da bi bilo merilo uporabe izrazja v posameznih določbah pri identifikaciji načel iz Listine popolnoma zanesljivo.⁶⁹

Drugo merilo se nanaša na vprašanje, ali je določba namenjena varstvu pravic posameznikov.⁷⁰ V tem smislu je neka določba Listine pravica, kadar je oblikovana tako, da posamezniku izrecno daje možnost uveljavljanja te pravice ali kadar iz nje izhaja jasna dolžnost države v razmerju do posameznika. In nasprotno, določba Listine je najverjetneje načelo, kadar se ne nanaša na posameznika in njegove pravice, temveč določa cilje, ki naj jih pri svojih aktivnostih zasledujejo institucije EU in države članice.⁷¹ Tako generalni pravobranilec Cruz Villalón poudarja, da so dolžnosti, ki jih vzpostavljajo načela, bolj splošne, javni organi (zlasti zakonodajna veja oblasti) pa so zavezani k »preobrazbi načela v sodno iztožljivo realnost«, pri čemer morajo ves čas spoštovati vsebino ter namen določbe Listine, ki opredeljuje neko konkretno načelo.⁷²

Tretje merilo se nanaša na vprašanje potrebe po nadaljnji konkretizaciji oziroma izpeljavi določbe v pravnih aktih, torej na vprašanje ravni njene abstraktnosti oziroma konkretnosti. V tem smislu gre za pravico, kadar je določba dovolj konkretizirana, da dodatne izpeljave v (nacionalnih ali EU) pravnih aktih ne potrebuje.⁷³ Člen 37 Listine na primer določa, da je treba »v politike Unije [...] vključiti visoko raven varstva in izboljšanje kakovosti okolja, ki se zagotavlja v skladu z načelom trajnostnega razvoja«, in gotovo zahteva nadaljnjo konkretizacijo. Vendar je tudi to merilo pomanjkljivo. Kot opozarja generalna pravobranilka Trstenjak v svojem mnenju v zadevi *Dominguez*, so namreč tudi pravice, predvsem socialne, pogosto oblikovane zelo abstraktno in zahtevajo konkretizacijo ter nadaljnjo (sodno) razlago.⁷⁴ Navsezadnje tudi v slovenskem pravnem redu poznamo ustavno zagotovljene pravice, ki – kadar tako določa Ustava Republike Slovenije ali kadar je to nujno zaradi same narave posamezne pravice in svoboščine –

⁶⁶ Glej na primer 25. in 26. člen, prvi odstavek 34. člena, tretji odstavek 34. člena in 36. člen Listine.

⁶⁷ Glej na primer 37. člen Listine.

⁶⁸ Glej 25. člen Listine.

⁶⁹ Peers in Prechal, 2018, str. 1507, točka 52.171; Krommendijk, 2015, str. 333.

⁷⁰ Prav tam, str. 1508, točka 52.174.

⁷¹ Krommendijk, 2015, str. 332;

⁷² Mnenje v zadevi C-176/12 *Association de médiation sociale* z dne 18. julija 2013, točka 50. Glej tudi Lock, 2019b, str. 2257, točki 33 in 34.

⁷³ Krommendijk, 2015, str. 333.

⁷⁴ Mnenje v zadevi C-282/10 *Dominguez* z dne 8. septembra 2011, točka 78.

zahtevajo določitev načina izvrševanja po drugem odstavku 15. člena Ustave, pa to še ne pomeni, da jih ne štejemo nedvomno med pravice.

Četrto merilo, ki se pretežno povezuje z drugim, se nanaša na vprašanje polja proste presoje, ki ga glede ureditve nekega vprašanja v pravnih aktih določba prepušča bodisi institucijam in organom EU bodisi državam članicam. Po tem merilu je več verjetnosti, da je neka določba načelo, kadar nosilec obveznosti prepušča širše polje proste presoje pri nadaljnjem urejanju nekega področja, in nasprotno – da je neka določba pravica, kadar je polje proste presoje ožje.⁷⁵ Na širše polje proste presoje naj bi glede posameznih določb nakazovalo sklicevanje na uresničevanje »v skladu z nacionalnimi zakoni« (tako sklicevanje je mogoče najti na primer v 9. členu, drugem odstavku 10. člena in tretjem odstavku 14. člena Listine) ali »v primerih in pod pogoji, določenimi s pravom Unije ter nacionalnimi zakonodajami in običaji« (tak ali podoben sklic je mogoče najti v 16., 27., 28., 30., 34., 35. in 36. členu Listine).⁷⁶ Pa vendar se tudi to merilo ne zdi v celoti ustrezno. Taka sklicevanja namreč vsebujejo tudi določbe, ki urejajo svoboščine, kot so na primer pravica sklepanja zakonske zveze in pravica ustvarjanja družine (9. člen Listine), svoboda ustanavljanja izobraževalnih zavodov (tretji odstavek 14. člena Listine) ter svobodna gospodarska pobuda (16. člen Listine). Navsezadnje je podobno oblikovana tudi pravica do kolektivnih pogajanj, vključno s pravico do stavke, ki mora biti skladno s stališčem Sodišča EU v zadevah *Viking* in *Laval* priznana kot »temeljna pravica, ki je sestavni del splošnih načel prava Skupnosti.«⁷⁷ Dejstvo, da je določba oblikovana pogojno, samo po sebi torej še ne more pomeniti, da ne gre za temeljno pravico, temveč pomeni le, da je njeno izvrševanje lahko podvrženo posameznim omejitvam.⁷⁸

Nekateri avtorji zavračajo smiselnost *a priori* kategorizacije določb iz Listine. Prechal tako poudarja, da razlikovanje med pravicami in načeli v Listini v pravni red EU ne prinaša ničesar bistveno novega, na vprašanje pravne narave neke konkretne določbe pa je mogoče odgovoriti le v vsakem konkretnem primeru in ne vnaprej ter na ravni abstraktnih kategorizacij.⁷⁹ Podobno menita Hoffman in Warin, ki poudarjata, da je razlikovanje med načeli in pravicami iz Listine bolj smiselno razumeti v luči siceršnjega pristopa Sodišča EU k prepoznavanju pravic posameznikov. Skladno s tem lahko vsaka določba Listine, čeprav je oblikovana kot splošna obveznost EU ali držav članic, pomeni pravico posameznika, če je glede na konkretne okoliščine primera dovolj jasna, natančna

⁷⁵ Krommendijk, 2015, str. 333.

⁷⁶ Peers in Prechal, 2018, str. 1508, točka 52.172.

⁷⁷ Sodbi Sodišča EU v zadevah C-438/05 *Viking* z dne 11. decembra 2007, točka 44; C-341/05 *Laval* z dne 18. decembra 2007, točka 91.

⁷⁸ Krommendijk, 2015, str. 333; Sodba Sodišča EU v zadevi C-341/05 *Laval* z dne 18. decembra 2007, točka 91.

⁷⁹ Prechal, 2004, str. 183.

in nepogojna.⁸⁰ Kot enega ključnih argumentov Hofman in Warin navajata podobnosti med določbami Listine splošnimi načeli prava EU. Slednja namreč – gledano abstraktno – večinoma ne izpolnjujejo meril neposrednega učinka, pa so vendar že v številnih konkretnih primerih bila podlaga pravicam, na katere se posamezniki lahko sklicujejo.⁸¹ Načelo, ki naj ima pri (sodni) presoji omejeno moč oziroma funkcijo, je torej tista določba Listine, ki se v konkretnem primeru ni izkazala za dovolj jasno, natančno in nepogojno, da bi ji lahko pripisali neposredni učinek in s tem naravo pravice.⁸²

V prid razumevanju obravnavanega razlikovanja med pravicami in načeli v luči meril neposrednega učinka neke določbe v konkretnem primeru govori tudi dejstvo, da Listina ni bila zamišljena kot dokument, ki bi zaustavil razvoj varstva človekovih pravic v EU in tako ustvaril končen katalog temeljnih pravic, kot jih je EU priznavala v času njene sprejema.⁸³ *In concreto* presoja pravne narave določb Listine omogoča tako ustrezno prilagajanje konkretnemu kontekstu, v katerem je treba določbo uporabiti, kot razvoj (tj. širitev) nabora temeljnih pravic glede na pravni, socialni in ekonomski razvoj EU ter držav članic.⁸⁴

6. Drugi odstavek 24. člena Listine: poskus klasifikacije

Vključitev pravic otrok v besedilo Listine je pomemben korak v razvoju varstva (otrokovih) pravic v kontekstu prava EU. V evropski pravni red, ki mu je bila dolgo očitana nedejavnost na področju varstva otrok, pa čeprav lahko pomembno vpliva na njihov (pravni) položaj, vnaša jasno zavedanje o pomenu pravic otrok ter njihove zaščite v okviru pristojnosti EU.⁸⁵

Določba 24. člena Listine, naslovljena Pravice otroka, v prvem odstavku ureja pravico otrok do potrebnega varstva in skrbi za zagotavljanje njihove dobrobiti ter možnost svobodnega izražanja mnenja in upoštevanje mnenja otrok v stvareh, ki jih zadevajo, v skladu z njihovo starostjo in zrelostjo. V drugem odstavku določa, da se morajo pri vseh ukrepih javnih ali zasebnih ustanov, ki se nanašajo na otroka, upoštevati predvsem koristi otroka,⁸⁶ v tretjem pa pravico vsakega otroka do rednih osebnih odnosov in neposrednih stikov z obema staršema, če to ni v nasprotju z njegovimi koristmi. Iz razmeroma skopega zapisa v Pojasnilih k Listini izhaja, da člen temelji na Konvenciji Združenih narodov o

⁸⁰ Hofman in Warin, 2017, str. 17–18.

⁸¹ Prav tam.

⁸² Prav tam.

⁸³ Prav tam.

⁸⁴ Krommendijk, 2015, str. 331.

⁸⁵ Lamont, 2014, str. 663, točka 24.04.

⁸⁶ Tukaj opozarjam na neustreznost slovenskega prevoda določbe. Angleška različica vsebuje izraz *primary consideration*, slovenska pa določa le, da »se morajo upoštevati predvsem koristi otroka«.

otrokovih pravicah (KOP),⁸⁷ ki so jo ratificirale vse države članice, »zlasti na 3., 9., 12. in 13. členu te konvencije«.⁸⁸

O pravni naravi drugega odstavka 24. člena, torej o vprašanju, ali gre za pravico ali za načelo iz Listine, in s tem o »moči« te določbe, se Sodišče EU še ni izrecno izreklo. Določbo uporablja terminološko nedosledno ter se do njene pravne narave in posledic obravnavane razmejnitve ne opredeljuje, zato ni mogoče z gotovostjo zaključiti niti da je določba načelo niti da je določba pravica iz Listine. V nadaljevanju prispevka si na podlagi sodne prakse glede obravnavane določbe ter s pomočjo meril, vzpostavljenih v literaturi, prizadevam opredeliti do njene pravne narave.

6.1. Sodna praksa Sodišča EU

Edina odločitev, v kateri je Sodišče EU vsaj nakazalo pravno naravo določbe drugega odstavka 24. člena Listine, je azilna zadeva *MA, BT, DA*.⁸⁹ Odločilo je namreč, da določbe drugega odstavka 6. člena Uredbe št. 343/2003 (Dublinska uredba) ni mogoče razlagati v nasprotju pravicami, priznanimi z Listino, med katerimi je še posebej pomembna temeljna pravica, ki izhaja iz drugega odstavka 24. člena Listine.⁹⁰ Sodišče EU je določbo drugega odstavka 24. člena Listine povežalo s prvim odstavkom 51. člena Listine (in ne morebiti tudi s petim odstavkom 52. člena Listine) in zapisalo, da je treba otrokovo korist kot najpomembnejše vodilo nujno upoštevati pri vseh odločitvah, ki jih države članice sprejmejo na podlagi drugega odstavka 6. člena Dublinske uredbe, pa čeprav je otrokova korist izrecno omenjena zgolj v prvem odstavku navedenega člena.⁹¹

V vseh preostalih odločitvah, tudi tistih, ki so omenjeni časovno sledile, se Sodišče EU jasni identifikaciji pravne narave določbe o otrokovi koristi izogiba in jo uporablja dokaj nejasno. Tako se na primer določba najpogosteje pojavlja v kombinaciji s 7. členom Listine (spoštovanje zasebnega in družinskega življenja), ki ga je »treba brati v povezavi z obveznostjo upoštevanja koristi otroka, ki so priznane v členu 24(2) [...] Listine«⁹² ali pa v kombinaciji z določbo tretjega odstavka 24. člena, ki zagotavlja pravico otroka

⁸⁷ Konvencija Združenih narodov o otrokovih pravicah (KOP), Uradni list SFRJ – MP št. 15/90, Akt o notifikaciji nasledstva glede konvencij Organizacije združenih narodov in konvencij, sprejetih v Mednarodni agenciji za atomsko energijo, Uradni list RS – MP št. 9/92.

⁸⁸ Pojasnila k Listini, 24. člen.

⁸⁹ Sodba Sodišča EU v zadevi C-648/11 *MA BT DA* z dne 6. junija 2013.

⁹⁰ Prav tam, točke 55–57.

⁹¹ Prav tam, točka 59.

⁹² Sodbe Sodišča EU v zadevah C-403/09 PPU *Detiček* z dne 23. decembra 2009, točka 60; C-165/14 *Rendón Marín* z dne 13. septembra 2016, točka 66; C-133/19, C-136/19 in C-137/19 *B.M.M in ostali* z dne 16. julija 2020, točke 34–36, C-240/17 *E* z dne 16. januarja 2018, točke 54–56; in C-82/16 *K.A.* z dne 8. maja 2018, točka 71.

do rednih osebnih odnosov in neposrednih stikov z obema staršema, če to ni v nasprotju z njegovimi koristmi.⁹³

Čeprav je sodna praksa prepredena s sklici na pravice iz 24. člena Listine in čeprav je v mnenjih generalnih pravobranilcev mogoče najti obsežne analize te določbe, v večini primerov Sodišče EU ostaja na ravni omembe relevantnosti te določbe za konkreten primer, ne spušča pa se v podrobnejšo vsebinsko analizo pomena, teže in pravne narave teh pravic, še manj pa v medsebojno razmerje med posameznimi elementi te določbe, ki si lahko v mnogih okoliščinah v nasprotju.⁹⁴ Pravice iz 24. člena Listine so v presoji Sodišča EU večkrat opora obstoječim pristopom k razlagi prava EU, ne pa samostojno izhodišče presoje – to še zlasti velja za področji prostega pretoka oseb in čezmejnih družinskih sporov.⁹⁵

6.2. V literaturi izoblikovana merila

O tem, ali je drugi odstavek 24. člena mogoče povezovati z določbo petega odstavka 52. člena Listine, molčijo tudi Pojasnila k Listini, zato se zdi smiselno poskusiti odgovor poiskati s pomočjo meril prepoznavne načel iz Listine, ki so se oblikovala v literaturi.

Skladno s prvim merilom, bi izrazje, ki ga določba uporablja, zlasti naslov člena ter uporaba besede »morajo« (angl. *must*), ki nakazuje na jasno zapoved institucijam EU oziroma državam članicam v razmerju do posameznika, lahko pomenilo indic, da gre za pravico in ne zgolj za načelo. Toda naslov člena in dikcija določbe sama po sebi še ne moreta biti zadostna podlaga za tak zaključek. Tudi izrazje, ki ga pri sklicevanju na določbo 24. člena Listine uporablja Sodišče EU, kaže, da to merilo ni odločilno. Ne le, da različno izrazje uporablja v zvezi z drugim odstavkom tega člena, tudi pri izrazju v zvezi s tretjim odstavkom istega člena ostaja nedosledno. Tako se Sodišče EU, čeprav iz določbe na ravni uporabljenih izrazov jasno izhaja, da gre za pravico otroka do rednih osebnih odnosov in neposrednih stikov z obema staršema, pogosto sklicuje na »potrebo otroka, izraženo v tretjem odstavku 24. člena Listine«.⁹⁶

Drugo merilo, na katerega se pri razlikovanju med pravicami in načeli sklicujejo številni avtorji, je vprašanje namena določbe: je namen drugega odstavka 24. člena Listine

⁹³ Glej na primer sodbe Sodišča EU v zadevah C-403/09 PPU *Detiček* z dne 23. decembra 2009, točka 60; C400/10 PPU *McB.* z dne 5. oktobra 2010, točka 60; C-356/11 in C-357/11 *O S* z dne 6. decembra 2012, točka 76; C-133/19, C-136/19 in C-137/19 *B.M.M in ostali* z dne 16. julija 2020, točke 34–36; in C-240/17 *E* z dne 16. januarja 2018, točke 54–56.

⁹⁴ Glej na primer mnenja generalnih pravobranilcev ter sodbe Sodišča EU v zadevah C-291/05 *Eind*, C-535/06 *Grunkin Paul* ter C-40/11 *Iida*. Podrobneje glej: Lamont, 2014, str. 684–686, točke 24.53–24.58.

⁹⁵ Prav tam, str. 690, točka 24.71.

⁹⁶ Sodbi Sodišča EU v zadevah C-540/03 *Parlament proti Svetu* z dne 27. junija 2006, točka 58; in C-635/17 *E.* z dne 13. marca 2019, točka 55.

varovanje pravic posameznikov ali določanje splošnejših, širših ciljev Unije? Ali iz določbe izhaja jasna dolžnost v razmerju do posameznika? Pri iskanju odgovora na to vprašanje se moramo najprej ozreti k Pojasnilom, iz katerih izhaja, da obravnavana določba temelji na istovetni določbi KOP. Pojasnila so torej – tako kot pri opredeljevanju razmejitve med pravicami in načeli – izjemno skopa, vendar je iz njih vendarle mogoče razbrati pomembno iztočnico. Očitno je namreč, da je bila določba oblikovana z zavedanjem o vpetosti varstva pravic otrok v širši (mednarodnopravni) kontekst, tj. kontekst KOP, katere podpisnice so vse države članice EU in ki zagotavlja celostno varstvo otrok ter jih postavlja v položaj samostojnih nosilcev pravic. Zavezo k celostnemu varstvu pravic otrok odražata tudi 3. člen PEU, ki zagotavljanje varstva pravic otrok določa kot enega od pglavitnih ciljev EU, ter dve leti po Listini sprejeta Agenda EU za otrokove pravice (Agenda), ki med drugim določa, da:

»zaveza EU otrokovih pravicam zahteva usklajen pristop v okviru vseh [...] ukrepov EU. Ta cilj se lahko doseže z uporabo Pogodb, Listine [...], Konvencije ZN o otrokovih pravicah kot skupne podlage za vse ukrepe EU, ki zadevajo otroke«.

V vseh ukrepih EU, ki vplivajo na otroke, je treba upoštevati 'vidik otrokovih pravic'.⁹⁷ Če je torej namen 24. člena Listine zagotavljanje celostnega varstva pravic otrok na vseh področjih prava EU in če je to mogoče le ob skupni uporabi standardov, ki izhajajo (tudi) iz KOP, bi bilo težko upravičiti klasifikacijo drugega odstavka 24. člena Listine (zgolj) kot načela iz Listine. S tem bi namreč eno od temeljnih določb KOP, ki jo nekateri opredeljujejo tudi kot »prerezno« oziroma »krovno« določbo (angl. *umbrella provision*),⁹⁸ zreducirali na določbo, ki ne ustvarja obveznosti v razmerju do posameznikov in ne more biti podlaga za oblikovanje samostojnih iztožljivih zahtevkov. To pa bi – ravno v nasprotju z ambicioznim ciljem celovitega varstva njihovih pravic v okviru prava EU – otroke (vnovič) postavilo v položaj objektov, ne subjektov prava EU.

Skladno z naslednjim vzpostavljenim merilom je določba najverjetneje načelo, če zahteva dodatno izpeljavo in konkretizacijo. Določba drugega odstavka 24. člena Listine gotovo zahteva konkretizacijo – najmanj v smislu identifikacije meril oziroma elementov, ki jih je nujno upoštevati pri presoji, kaj sploh je otrokova korist. Pa vendar, kot je bilo prikazano zgoraj, težko trdimo, da zahteva po konkretizaciji sama po sebi izključuje možnost, da gre za pravico posameznika. Navsezadnje so temeljne pravice večinoma oblikovane abstraktno in zahtevajo dodatno (sodno) razlago in konkretizacijo, pa to ne pomeni, da se nanje posameznik ne more sklicevati. Glede na prožnost, ki jo zahteva koncept otrokove koristi, katerega konkretna vsebina bo vselej odvisna od področja urejanja, konkretnih okoliščin primera in morebitnih drugih upoštevanih interesov (ta napekost se najbolj izrazito kaže na področju družinskega prava), bi bilo skoraj nemogoče in predvsem neučinkovito pričakovati dokončno konkretizacijo na ravni primarne prava

⁹⁷ Sporočilo Komisije, Agenda EU za otrokove pravice (2011), str. 4.

⁹⁸ Glej na primer Freeman, 2007; in Detrick, 1999.

EU. S tem bi namreč konceptu otrokove koristi lahko odvzeli eno njegovih temeljnih značilnosti, tj. prilagodljivost in sposobnost individualizacije, brez katerih celovita zaščita otrokovih pravic ni mogoča.⁹⁹

Zadnje merilo, ki naj bi bilo v pomoč pri razlikovanju med pravicami in načeli iz Listine, je polje proste presoje, ki ga določba prepušča državam članicam. V zvezi s tem sta pomembni odločitvi *Parlament proti Svetu in O in S ter Maahanmuuttovirasto*. V teh zadevah je Sodišče EU v kontekstu možnosti države članice za vzpostavitev dodatnih zahtev za uveljavljanje pravice do združitve z družino poudarilo, da 7. (spoštovanje zasebnega in družinskega življenja) ter 24. (pravice otroka) člena Listine ni mogoče razlagati tako, da bi državam odrekala možnost proste presoje pri obravnavanju prošelj za združitev družine,¹⁰⁰ niti ti dve določbi *per se* ne vzpostavljata pravice družinskih članov do prebivanja na ozemlju neke države članice.¹⁰¹ Toda to gotovo ne pomeni, da lahko države članice navedeni določbi Listine, kadar uresničevanje prava EU dopušča polje proste presoje, v celoti spregledajo. Sodišče EU je jasno: polje proste presoje lahko izvršujejo ob upoštevanju relevantnih določb Listine, zlasti 7. člena in drugega ter tretjega odstavka 24. člena Listine.¹⁰² Zgolj na podlagi stališča, da 7. in 24. člen Listine ne ustvarjata samostojnih pravic, ki bi pretehtale vse druge vidike, ki jih država članica lahko upošteva pri izvrševanju polja proste presoje v zvezi z nadzorom nad vstopom in bivanjem tujcev, pa ni mogoče sklepati, da je drugi odstavek 24. člena Listine načelo v smislu petega odstavka 52. člena Listine.¹⁰³

6.3. Kaj torej preostane?

Za razumevanje izvora obravnavane določbe in s tem morda tudi njene pravne narave v kontekstu prava EU se je treba vnovič obrniti k Pojasnilom k Listini. Poznavanje in upoštevanje izvora določb je namreč lahko pomemben element razumevanja obsega varstva, ki ga zagotavljajo, zlasti kadar gre za določbe, ki v Listino vnašajo pravice, svoboščine ali načela, ki jih je mogoče najti tudi v drugih (mednarodnih) pravnih aktih.¹⁰⁴ Taka pa je seveda tudi obravnavana določba, ki – kot izhaja iz Pojasnil k Listini – temelji na Konvenciji o otrokovih pravicah, ki so jo ratificirale vse države članice EU.¹⁰⁵

⁹⁹ Vandenhoele in Erdem Türkelli, 2020, str. 4–6.

¹⁰⁰ Sodba Sodišča EU v zadevi C-356/11 in C-357/11 *O in S ter Maahanmuuttovirasto* z dne 6. decembra 2012, točka 79.

¹⁰¹ Sodba Sodišča EU v zadevi C-540/03 *Parlament proti Svetu* z dne 27. junija 2006, točka 59.

¹⁰² Sodbi Sodišča EU v zadevah C-356/11 in C-357/11 *O in S ter Maahanmuuttovirasto* z dne 6. decembra 2012, točka 80; in C-540/03 *Parlament proti Svetu* z dne 27. junija 2006, točka 104.

¹⁰³ Prim. sodbo Vrhovnega sodišča RS I Up 173/2018 z dne 5. februarja 2019.

¹⁰⁴ Barnard in Peers, 2014, str. 238.

¹⁰⁵ Pojasnila k Listini, 24. člen.

Drugi odstavek 24. člena Listine temelji na 3. členu KOP, ki je obveljal kot eno od štirih¹⁰⁶ splošnih načel, ki naj se v obliki razlagalnega okvirja raztezajo preko vseh drugih pravic, ki jih otrokom zagotavlja KOP.¹⁰⁷ Toda to, da gre za splošno načelo v kontekstu KOP, ne more pomeniti, da je tudi istovetna listinska določba načelo v smislu petega odstavka 52. člena Listine, temveč odraža temeljnost te določbe in njen poseben pomen v kontekstu otrokovih pravic, ki jih ureja KOP.

Odbor Združenih narodov za otrokove pravice v Splošnih smernicah št. 14¹⁰⁸ prvi odstavek 3. člena KOP, torej določbo o otrokovi koristi kot glavnem vodilu v vseh dejavnostih v zvezi z otroki, razlaga kot koncept, ki ima tri različne (toda med seboj povezane) pomene (angl. *threefold concept*). Določba je tako po stališču Odbora ZN za otrokove pravice materialna pravica (angl. *substantive right*), procesna določba (angl. *rule of procedure*) in temeljno ter interpretativno pravno načelo (angl. *a fundamental, interpretative legal principle*).¹⁰⁹ Prvi odstavek 3. člena KOP kot materialna pravica pomeni pravico otroka, da bo pri sprejemanju odločitev, pri katerih je nujno upoštevati različne interese, njegova korist ocenjena in pomenila najpomembnejše vodilo (angl. *primary consideration*). Po stališču Odbora ZN za otrokove pravice je ta pravica neposredno uporabljiva (angl. *directly applicable, self-executing*) in jo je mogoče uveljavljati v okviru sodnega varstva.¹¹⁰ Kot procesna določba prvi odstavek 3. člena KOP pomeni obveznost vključitve ocene vpliva (bodisi pozitivnega bodisi negativnega) posamezne odločitve na zadevnega otroka, skupino otrok ali otroke na splošno, iz obrazložitve pa mora biti jasno razvidna vsebina te ocene ter kako je vplivala na sprejem odločitve. Vse to velja tako za sprejemanje odločitev na politični in zakonodajni ravni kot tudi za sprejemanje odločitev v konkretnih primerih.¹¹¹ Določba prvega odstavka 3. člena KOP kot temeljno, interpre-

¹⁰⁶ Poleg 3. člena (otrokova korist) so temeljna načela še 2. člen (prepoved diskriminacije), 6. člen (pravica do življenja, preživetja in razvoja) in pravica otrok do izražanja mnenja pri odločanju v zadevah v zvezi z njimi ter upoštevanja teh mnenj v skladu z njihovo starostjo in zrelostjo prepoved diskriminacije (2. člen KOP), otrokova korist kot glavno vodilo v vseh dejavnostih v zvezi z otroki (3. člen KOP), pravica do življenja, preživetja in razvoja (6. člen KOP) ter 12. člen KOP (pravica otrok do izražanja mnenja pri odločanju v zadevah v zvezi z njimi ter upoštevanja teh mnenj v skladu z njihovo starostjo in zrelostjo).

¹⁰⁷ Kot temeljna načela je te štiri temeljne določbe že leta 1991 v Splošnih smernicah o obliki in vsebini poročil držav članic označil tudi Odbor Združenih narodov za otrokove pravice (UN CRC, General guidelines regarding the form and content of initial reports, 1991).

¹⁰⁸ UN CRC, General comment No. 14 (2013) on the right of the child to have his or her best interests taken as a primary consideration (art. 3, para. 1), CRC /C/GC/14.

¹⁰⁹ Prav tam, točka 6.

¹¹⁰ Prav tam, točka 6(a).

¹¹¹ Prav tam, točka 6(c).

tativno pravno načelo pa pomeni, da je v primeru več možnih razlag določb treba izbrati tisto, ki najučinkoviteje ščiti otrokovo največjo korist.¹¹²

EU ni podpisnica KOP, zato je ta formalno seveda ne zavezuje. Pa vendar si glede na v Pojasnilih izrecno pojasnjen izvor drugega odstavka 24. člena Listine in glede na težo, pomen in pravno naravo, ki jo istovetni konvencijski pravici pripisuje Odbor ZN za otrokove pravice, težko zamislimo, da bi bila lahko obravnavana določba v kontekstu prava EU (zgolj) načelo v smislu petega odstavka 52. člena Listine. Dodaten argument je še stališče Sodišča EU v zadevi *Evropski parlament proti Svetu Evropske unije*, v kateri je zapisalo, da je »KOP mednarodni dokument prava človekovih pravic, ki zavezuje vse države članice in ga Sodišče EU upošteva pri uporabi splošnih načel prava EU.«¹¹³

To stališče Sodišča EU našo razpravo vnovič vrne na razdelek, v katerem so bili pojasnjeni različni konteksti, v katerih se izraz načelo lahko pojavlja v pravnem redu EU. Samo dejstvo, da se v kontekstu varovanja otrokove koristi izraz načelo pogosto pojavlja (tako v pravnem redu EU kot tudi v nacionalnih pravnih redih), nikakor ne pomeni, da gre za načelo v smislu petega odstavka 52. člena Listine. Klasifikacija drugega odstavka 24. člena Listine kot načela, ki mu pripisujemo omejeno moč v okviru sodne presoje, pa se zdi še toliko bolj napačna, če upoštevamo genezo nastanka razlikovanja med pravicami in načeli. Glede na to, da so države članice EU vse podpisnice KOP, si namreč težko predstavljamo, da gre za eno tistih določb, pri katerih je bilo nujno premostiti razlike med državami članicami v razumevanju njihove iztožljivosti.

7. Sklep

Prispevek obravnava razmeroma nejasno področje z Listino uvedenega razlikovanja med pravicami in načeli. V literaturi je bila pozornost doslej usmerjena zlasti na vprašanja, vezana na določbe IV. poglavja Listine, kar je – glede na genezo razlikovanja med načeli in pravicami – smiselno in logično.

Niti Listina niti Pojasnila k Listini ne dajejo jasnih odgovorov na vprašanje, katere listinske določbe je mogoče šteti kot načela in katere kot pravice ter kakšne so posledice te razmejitev za vlogo, ki jo imajo posamezne določbe pri (sodni) presoji. Razmeroma skop je tudi sodna praksa Sodišča EU, iz katere je mogoče razbrati zgolj posamezne namige v zvezi z obravnavanim vprašanjem. V literaturi so se zato oblikovala precej neenotna stališča tako glede meril, ki jih je treba upoštevati pri poskusu identifikacije posamezne določbe bodisi kot načelo bodisi kot pravico, kot tudi glede posledic take razmejitev.

Ključni del prispevka predstavlja poskus opredelitve pravne narave drugega odstavka 24. člena Listine, ki določa, da se morajo pri vseh ukrepih javnih organov ali zasebnih

¹¹² Prav tam, točka 6(b).

¹¹³ Sodba Sodišča EU v zadevi C-540/03 *Parliament v Council* z dne 27. junija 2006, točki 58 in 37. Glej tudi sodbo Sodišča EU v zadevi C-244/06 *Dynamic Medien* z dne 14. februar 2008, točka 39.

ustanov, ki se nanašajo na otroke, upoštevati predvsem koristi otroka. S pomočjo meril, ki so se izoblikovala v literaturi ter na podlagi obstoječe in nejasne sodne prakse Sodišča EU je bilo prikazano, da obravnavano določbo Listine težko *a priori* uvrščamo med načela v smislu petega odstavka 52. člena Listine in ji s tem ožimo funkcijo, ki jo (lahko) ima pri (sodni) presoj aktov EU in zakonodaje držav članic, ki implementira pravo EU.

Ne le, da niti sodna praksa Sodišča EU niti v literaturi izoblikovana merila (še) ne dajejo jasnega odgovora na vprašanje njene pravne narave, na klasifikacijo obravnavane določbe zgolj kot načelo še težje pristanemo, če vključitev posebne določbe o pravicah otrok v besedilo Listine razumemo kot jasno (in v smislu razvoja varstva pravic na ravni EU prelomno) zavezo k spoštovanju pravic otrok v kontekstu prava EU ter razumevanju otrok kot samostojnih nosilcev pravic.¹¹⁴ V luči tega se zdi smiselno stremeti k čim močnejši vlogi in teži te določbe, ne pa k zmanjševanju njenega pomena na podlagi razlikovanja med pravicami in načeli, ki izhaja predvsem iz zaskrbljenosti nekaterih držav članic glede potencialne širitve pristojnosti EU na področju socialne in ekonomske politike.¹¹⁵

Literatura

- Barnard, C. in Peers, S. (ur.) (2014) *European Union Law*. Oxford: Oxford University Press 2014.
- Craig, P. (2010) *The Lisbon Treaty: Law, Politics, and Treaty Reform*. Oxford: Oxford University Press.
- Detrick, S. (1999) *A Commentary on the United Nations Convention on the Rights of a Child*. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers.
- Schütze, R. (2012) *European Constitutional Law*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Van Calster, G. in Reins L. (2018) *EU Environmental Law*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing.
- Ashiagbor, D. (2001) 'Economic and Social Rights in the European Charter of Fundamental Rights' v *European Human Rights Law Review* 1, str. 62–72.
- Besselink, L. F. M. (2012) *The Protection of Fundamental Rights post-Lisbon: The Interaction between the EU Charter of Fundamental Rights, the European Convention on Human Rights (ECHR) and National Constitutions (2012)*. FIDE Report.
- Coppola, S. (2011) 'Social Rights in the European Union: the Possible Added Value of the Binding Charter of Fundamental Rights' v Giacomo, D. (ur.) (2011) *The*

¹¹⁴ Lamont, 2014, str. 689–690, točka 24.69.

¹¹⁵ Ashiagbor, 2004, str. 71; ter Van Danwitz in Paraschas, 2017, str. 1441.

- EU Charter of Fundamental Rights, Ius Gentium: Comparative Perspectives on Law and Justice* (vol. 8). Heidelberg: Springer.
- Cuyvers, A. (2017) 'General Principles of EU Law' v Ugirashebuja, E. Eudes Ruhangisa, J., Ottervanger, T., Cuyvers, A. (ur.) (2017) *East African Community Law – Institutional, Substantive and Comparative EU Aspects*. Leiden: Brill, str. 217–228.
- Freeman, M. (2007) 'Article 3: The Best Interests of the Child' v Alen, A., Lanotte, J. V., Verhellen, E., Berghmans, F., Verheyde, M. (ur.) (2007) *A Commentary on the United Nations Convention on the Rights of a Child*. Leiden: Martinus Nijhoff.
- Hilson, C. (2008) 'Rights and Principles of EU Law: A Distinction Without Foundation' v *Maastricht Journal of European and Comparative Law* 15 (2), str. 193–215.
- Hofman, H. C. H. (2017) 'General Principles of EU Law and EU Administrative Law' v Barnard, K. in Peers, S. (ur.) (2017) *European Union Law (2nd ed.)*. Oxford: Oxford University Press, str. 198–226.
- Hofman, H. C. H., in Warin, C. (2017) 'Identifying Individual Rights in EU Law' v *Law Working Paper Series*, Paper Number 2017-004. Luxembourg: University of Luxembourg.
- Kerševan, E. (2019) 'Komentar k 15. členu Ustave Republike Slovenije' v Komentar ustave Republike Slovenije (e-KURS) Dostopno na: <<https://e-kurs.si/komentar/obseg-varovanja-pravice-2019-01-12/>>.
- Kochenov, D. in Lock, T.: 'Article 9' v Kellerbauer, M., Klamer, M., in Tomkin, J. (ur.) (2019) *Commentary on the EU Treaties and the Charter of Fundamental Rights*. Oxford: Oxford University Press, str. 105–107.
- Krommendijk, J. (2015) 'Principled Silence or Mere Silence on Principles? The Role of the EU Charter's Principles in the Case Law of the Court of Justice' v *European Constitutional Law Review* 11 (2), str. 321–356.
- Laenarts, K. (2012) 'Exploring the Limits of the EU Charter of Fundamental Rights' v *European Constitutional Law Review* 8 (3), str. 375–403.
- Lamont, R. (2014) 'The Rights of the Child' v Peers, S., Hervey, T., Kenner, J., Ward, A. (ur.) (2014) *The EU Charter of Fundamental Rights: A Commentary*. Oxford: Hart Publishing, str. 661–692.
- Lock, T. (2019) 'Article 52' v Kellerbauer, M., Klamer, M., Tomkin, J. (ur.) (2019) *Commentary on the EU Treaties and the Charter of Fundamental Rights*. Oxford: Oxford University Press, str. 2248–2260.
- Lock, T. (2019) 'Rights and Principles in the EU Charter of Fundamental Rights' v *Common Market Law Review* 56 (5), str. 1201–1226.
- Lord Goldsmith (2001) 'A Charter of Rights, Freedoms and Principles' v *Common Market Law Review* 38, str. 1201–1216.

- Peers, S. in Prechal, S. (2014) 'Article 52: Scope and Interpretation of Rights and Principles' v *The EU Charter of Fundamental Rights: A Commentary*. Oxford: Hart Publishing, str. 1455–1522.
- Prechal, S. (2004) 'Rights v. Principles, or How to Remove Fundamental Rights from the Jurisdiction of the Courts' v de Zwaan, J. W., Nelissen, F. A., Jans, J. H., Blockmans, S. (ur.) (2004) *The European Union an Ongoing Process of Integration*. Haag: Asser Press, str. 177–184.
- Proells, A. (2016) 'Principles of EU Environmental Law: An Appraisal' v Nakanishi, Y. (ur.) (2016) *Contemporary Issues in Environmental Law. Environmental Protection in the European Union (vol. 5)*. Heidelberg: Springer.
- Van Danwitz, T., in Paraschas, K. (2017) 'A Fresh Start for the Charter Fundamental Questions on the Application of the European Charter of Fundamental Rights' v *Fordham International Law Journal* 35 (5), str. 1396–1425.
- Vanderhole, W., in Erdem Türkelli, G. (2020) 'The Best Interests of a Child' v Todres, J., in King, S. M. (ur.) (2020) *The Oxford Handbook of Children's Rights Law*. Oxford Handbooks Online.
- Von Bogdandy, A. (2010) 'Founding Principles of EU Law: A Theoretical and Doctrinal Sketch' v *Revus* [online] 12. Dostopno na: <<https://journals.openedition.org/revus/131>> (dostopano: 9. februar 2021).
- Cologne European Council 3-4 June 1999, Conclusions of the Presidency, Anex IV. Dostopno na: <https://www.europarl.europa.eu/summits/kol2_en.htm>.
- Draft Charter of Fundamental Rights of the European Union: Text of the explanations relating to the complete text of the Charter as set out in CHARTE 4487/00 CONVENT 50 (2000), CHARTE 4473/00 CONVENT 49.
- Laeken Declaration on the Future of Europe (2001) SN 273/01.
- Sporočilo Komisije Evropskemu parlamentu, Svetu, Evropskemu ekonomsko-socialnemu odboru in Odboru regij: Agenda EU za otrokove pravice (2011), KOM (2011) 60 konč.
- The European Convention, Final report of working group II (2002), CONV 345/02.
- UN Committee on the Rights of the Child (CRC), General comment No. 14 (2013) on the right of the child to have his or her best interests taken as a primary consideration (art. 3, para. 1), May 2013, CRC /C/GC/14.
- UN Committee on the Rights of the Child (CRC), General guidelines regarding the form and content of initial reports to be submitted by States Parties under article 44, paragraph 1(a), of the Convention, October 1991, AUN Doc CRC/C/5.

*Vid Žepič*****Iusta causa traditionis*. Narava pravne
podlage izročitve v luči antinomije
Iul. D. 41, 1, 36 in Ulp. D. 12, 1, 18****1. Uvod**

Pojmovanje pravne podlage izročitve (*iusta causa traditionis*)¹ je bilo od nekdanj eno najspornejših vprašanj v romanistiki. Dvomi so se porajali, ker so Justinijanovi kompilatorji, kljub cesarjevi načelni zahtevi po odpravi vseh antinomij,² v Digeste vnesli nasprotujoča si stališča klasičnih juristov.³ Celo iz Justinijanovih Institucij ni razvidno, ali je izročitev (*traditio*) kot temeljni razpolagalni posel za svojo učinkovitost predpostavljala veljavno pravno podlago (kavzo).

* Vid Žepič, magister prava, asistent na Katedri za pravno zgodovino Pravne fakultete Univerze v Ljubljani; vid.zepic@pf.uni-lj.si. Besedilo je nastalo kot seminarska naloga, ki jo je avtor pripravil pod mentorstvom akad. zasl. prof. dr. dr. h.c. mult. Janeza Kranjca pri predmetu Analiza odlomkov rimskih pravnih tekstov, ki je obvezen predmet doktorskega študijskega programa Rimsko pravo na Pravni fakulteti Univerze v Ljubljani. Mentorju se za dragocene nasvete prijazno zahvaljujem.

¹ V razpravi uporabljam izraz »pravna podlaga izročitve« izmenjaje z izrazom »kavza izročitve«. Nekateri romanisti (na primer Hausmaninger in Selb, 2001, str. 155) za pravni naslov priposestovanja (*iustus titulus usucapionis*) uporabljajo izraz pravna podlaga priposestovanja (*iusta causa usucapionis*).

² Const. *Deo auctore* 8 (= Inst. C. 1, 17, 1, 8): *Nulla itaque in omnibus praedicti codicis membris antinomia (sic enim a vetustate Graeco vocabulo nuncupatur) aliquem sibi vindicet locum, sed sit una concordia, una consequentia, adversario nemine constituto.* (»Tako naj si v nobenem delu prej omenjenega kodeksa prostora ne prilasti antinomija (tako se namreč imenuje s staro grško besedo), temveč naj bo samo sozvočje in samo doslednost brez slehernega nasprotja.«)

³ Da je bila tradicija zasnovana kavzavno, bi izhajalo iz Gai. 2, 19–20; Paul. D. 41, 1, 31 pr.; Ulp. D. 12, 1, 18; UE 19, 7; Diocl. Max. C. 2, 3, 20; da je bila tradicija zasnovana abstraktno, bi izhajalo iz Inst. 2, 1, 40–41; Gai. D. 41, 1, 9, 3; Iul. D. 41, 1, 36.

Čeprav v današnji romanistiki prevladuje stališče, da je bila tradicija v klasični, najbrž pa tudi Justinijanovi dobi, zasnovana kavzalno,⁴ ni jasno, kakšna je bila pravzaprav narava zatrjevane kavzalnosti. Kako utemeljiti izvedeni prehod lastnine pri kavzalno zasnovani tradiciji, če obveznost, ki naj bi se s tradicijo izpolnjevala, sploh ni obstajala, stranki pa sta bili zmotno prepričani, da ta obstaja? Kako pojasniti obstoj številnih kondikcij,⁵ čeprav bi na njihovem mestu prav zaradi načela kavzalnosti tradicije pričakovali vindikacije? Mar ni temeljni pogoj kondikcije, ki po ustaljenem nauku izključuje vindikacijo, prav prenos lastnine (*datio*) brez pravnega temelja (*sine causa*)? Kako je mogoče trditi, da lastninska pravica zaradi obstoja pravne podlage izročitve (*iusta causa traditio-nis*) preide, hkrati pa z vidika obogatitvenega prava zatrjevati, da je do premoženjskega premika prišlo brez pravne podlage (*sine causa*)?⁶

Nanizana vprašanja se iztekuje v delovno hipotezo o tem, da je bila rimska tradicija, enako kot mancipacija in *in iure cessio*, zasnovana abstraktno. To bi pomenilo, da je lastninska pravica na stvari prešla že ob golem soglasju izročitelja (lastnika) in pridobitelja o njenem prenosu. Hipotezo o abstraktni zasnovi rimske tradicije je v 19. stoletju znova obudil Friedrich Carl von Savigny. Ta stara dilema, o kateri se je v 19. in 20. stoletju prelilo ogromno črnila, na najboljši način ponazarja Gradenwitzovo prisposobo o rimskem pravu kot o »izzeti pandektni limoni«.⁷ Kljub temu pa še danes ni celostno razjasnjena, kar nakazujejo tudi številne razprave na to temo.⁸

Namen tega prispevka je predstaviti in komentirati novejšo hipotezo o zasnovi rimske tradicije s poudarkom na naravi njene kavze v klasični dobi rimskega prava. Ker je bilo ključno torišče razprave o rimski tradiciji usmerjeno v Julijanovo-Ulpijanovo antinomijo, poskušam Julijanov odlomek D. 41, 1, 36 kontekstualizirati tudi v luči juristovega preostalega opusa. Prav kontekstualizacija je po mojem prepričanju ključna za razumevanje vsebine in pomena tega odlomka. V prvem delu razprave sta po ustaljenih smernicah romanistične eksegeze⁹ prevedena in parafrazirana oba vira, ki ju spremlja predstavitev lika in dela obeh klasičnih juristov. Po orisu glavnih potez pridobivanja

⁴ Kaser, Knütel in Lohsse, 2021, str. 193; Empel, 2020, str. 298.

⁵ Iul. D. 18, 41, 1; Paul. D. 18, 1, 57 pr.; Iav. D. 12, 4, 10; Ulp. D. 12, 5, 2 pr.–1; Ulp. D. 12, 6, 1, 1.

⁶ Reševanje neželenih premoženjskih prenosov z obligacijskopravnimi izravnalnimi sredstvi je tipično znamenje abstraktnega razmerja med zavezovalnim in razpolagalnim poslom.

⁷ Gradenwitz, 1929, str. 31, je delo romanistov prve polovice 20. stoletja šaljivo označeval za stiskanje že povsem »izzete pandektne limone« (»die ausgepresste Pandektenzitronen«), kot hvalevreden vzor novega pristopa v romanistiki pa navajal delo Ludwiga Mitteis, »Reichsrecht und Volksrecht in den östlichen Provinzen des römischen Kaiserreichs«, ki šteje za pionirsko delo interdisciplinarne smeri antične pravne zgodovine.

⁸ Glej Empel, 2020; Sampson, 2020, str. 57–78; Laborenz, 2014, zlasti str. 35–54; Schermeier, 2018, str. 786–800; Meissel, 2008, str. 62–76. Starejša literatura je zaradi ciljnega usklajevanja antinomije v harmonično celoto ali zaradi nevzdržnih tekstnokritičnih pristopov uporabna *cum grano salis*.

⁹ Glej Sturm, 1993, str. 1–74; Wesel, 1989.

lastninske pravice s tradicijo, ki se še posebej posveti pojavnim oblikam njenih pravnih podlag, se eksegeza omeji na vprašanje, kolikšno težo pri razumevanju narave rimske tradicije sploh smemo pripisati antinomičnima odlomkoma.

1.1. D. 41, 1, 36 *Iulianus libro tertio decimo digestorum*

D. 41, 1, 36 *Iulianus libro tertio decimo digestorum*

*Cum in corpus quidem quod traditur consentiamus, in causis vero dissenimus, non animadverto, cur inefficax sit traditio, veluti si ego credam me ex testamento tibi obligatum esse, ut fundum tradam, tu existimes ex stipulatu tibi eum deberi. nam et si pecuniam numeratam tibi tradam donandi gratia, tu eam quasi creditam accipias, constat proprietatem ad te transire nec impedimento esse, quod circa causam dandi atque accipiendi dissenserimus.*¹⁰

Iul. D. 41, 1, 36 (Julijan v 13. knjigi Digest)

Ko sva soglašala glede predmeta izročitve, nisva pa soglašala glede pravnega temelja, ne vidim razloga, zakaj bi bila tradicija neučinkovita: ko sem na primer verjel, da sem ti dolžan izročiti zemljišče na temelju oporoke, ti pa si menil, da ti ga dolgujem iz stipulacije. Tudi če ti namreč izročim določen znesek denarja kot darilo, ti pa ga sprejmeš kot posojilo, velja, da preide lastninska pravica nate, in teča ne ovira (dejstvo), da nisva soglašala o pravnem temelju izročitve in sprejema.¹¹

Iz inskripcije izvemo, da naj bi se odlomek D. 41, 1, 36 klasičnega jurista Julijana prvotno nahajal v 13. knjigi Julijanovih Digest. Ta naj bi po Lenelovi palingeneziji obravnavala shranjevalno pogodbo in fiducijo.¹² Justinijanova kompilacijska komisija je odlomek umestila pod naslov »O pridobivanju lastnine na stvareh« (*De acquirendo rerum dominio*).¹³

Avtor znamenitega odlomka je visokoklasični jurist Salvij Julijan.¹⁴ Rojen je bil v severnoafriški rimski koloniji Hadrumetum (Ἀδρὺμητος, današnja Susa v Tuniziji)¹⁵ med letoma 100 in 110 po Kr., umrl pa med letoma 170 in 185.¹⁶ Učenec sabinijan-

¹⁰ Digesta Iustiniani, 1889, str. 648; Bas. 50, 1, 35 (Heimbach, 1850, str. 42).

¹¹ Prevod po Kranjc, 2013, str. 58, primer 139.

¹² Lenel, 1889, str. 355, tč. 222.

¹³ Občepravni teoretiki so ob naslonitvi na zunanjesistematični argument zatrjevali, da naj bi se Justinijan pri zasnovi tradicije *tacite* nagnil na Julijanovo domnevno abstraktno stališče.

¹⁴ Iust. C. 4, 5, 10, 1: *Salvium Iulianum summae auctoritatis hominem et praetorii edicti ordinatorem*. (Salvija Julijana, moža najvišje avtoritete in sestavljalca pretorskega edikta); Iust. C. 3, 33, 15, 1: [...] *summum auctorem iuris scientiae Salvium Iulianum* [...] («[...] najvišjega stvaritelja pravne znanosti, Salvija Julijana [...]»).

¹⁵ Na Julijanovo poreklo morda namiguje satirik Iuv. Sat. VII, str. 148: *Gallia, vel potius nutricula causicorum Africa* [...] («Galija, ali bolje – Afrika, hraniteljica pravnikov [...]»).

¹⁶ O njem Wieacker, 2006, 99–101; Kunkel, 2001, str. 157–166; Bund, 1976; Buhl, 1886.

ca Javolena Priska¹⁷ je bil pretor, pontifeks, dvakratni konzul, provincialni upravitelj Spodnje Germanije (*Germania Inferior*) in Tostranske Hispanije (*Hispania Citerior*).¹⁸ Zaradi izjemne učenosti (*propter insignam doctrinam*) mu je cesar Hadrijan kot članu cesarskega konzilija (*consilium principis*)¹⁹ podvojil plačo ter mu okoli leta 130²⁰ zaupal redakcijo pretorskega edikta (*Edictum perpetuum*).²¹ Julijanovo življenjsko delo so bile Digeste v devetdesetih knjigah (*Digestorum libri XC*).²² Pravnoliterarna zvrst ezoterične narave, ki v obliki kazusov in odgovorov na praktična vprašanja odpira najtežavnejša pravna vprašanja, je bila namenjena le izbranemu krogu bralcev.²³ Schulz je Julijanove Digeste označil za največji dosežek rimske klasične jurisprudence, saj naj bi oblikovale miselni tok pravne znanosti vse do konca principata.²⁴ Julijana odlikuje izvirna pravna argumentacija in jasen, preprost ter ponekod celo pretirano jedrnat jezik.²⁵ Številne Julijanove odločitve je v zbirki *Quaestiones* zbral njegov učenec Sekst Cecilij Afrikan.²⁶

Odlomek D. 41, 1, 36 bi lahko razdelili na tri sklope. V prvem (*cum [...] traditio*) poda jurist splošno pravilo, ki ga želi ilustrirati z dvema primeroma.²⁷ Pravilo se glasi: »Če stranki soglašata glede predmeta izročitve, ne soglašata pa glede njenega temelja

¹⁷ Iul. D. 40, 2, 5: [*E*]go, qui meminisse Javolenum praeceptorem meum [...] («[S]pomnim se Javolena, mojega učitelja [...]»).

¹⁸ Pomp. D. 1, 2, 2, 53. Julijanov *cursus honorum* opisuje Bund, 1976, str. 418.

¹⁹ Historia Augusta (Vita Hadriani), str. 18: *Cum iudicaret, in consilio habuit non amicos suos aut comites solum, sed iurisconsultos et praecipue Julium Celsum, Salvium Julianum, Neratium Priscum aliosque [...]* («Ko je [Hadrijan] sodil, v konziliju ni imel zgolj svojih prijateljev ali dvorjanov, temveč pravnike, zlasti Julija Celza, Salvija Julijana, Neracija Priska in druge [...]»).

²⁰ Ustaljena datacija Julijanove redakcije trajnega edikta, ki naj bi jo Julijan dokončal leta 131, sledi Hieronimovi omembi v Chron. ad ann. 2147. Bund (1976, str. 427) navaja mlajše časovno okno med letoma 135 in 138.

²¹ Eutrop. Histr. Rom. 8, 17: [...] *nepos Salviu Juliani, qui sub diuo Hadriano perpetuum composuit edictum*. («[...] nečak Salvij Julijan, ki je pod božanskim Hadrijanom, uredil trajni edikt.») Const. Tanta 18: [*A*]pse Julianus legum et edicti perpetui subtilissimus conditor in suis libris hoc rettulit, ut, si quid imperfectum inveniatur, ab imperiali sanctione hoc repletur. («Sam Julijan, najnatančnejši stvaritelj zakonov in trajnega edikta, je v svojih knjigah navedel, da se v primeru, če se v (ediktu) najde kaj, kar je nepopolno, dopolni s cesarjevo odredbo.»)

²² Tudi preostala znana Julijanova dela – *libri ad Urseium* in *ad Minicium* ter *de ambiguitatibus liber singularis* – prištevajo med problemsko literaturo. Lenel, 1889, str. 317.

²³ Krüger, 1888, str. 168, zlasti op. 33; Lenel, 1889, str. 175; Bund, 1976, str. 431 ss.

²⁴ Schulz, 1946, str. 99. Isti avtor tudi meni (str. 319), da je Justinijan zbirko pravnškega prava (*Digesta*), v katero so kompilatorji povzeli približno 370 odlomkov iz Julijanovih Digest, poimenoval v čast velikega klasika.

²⁵ Heineccius, 1733, str. 9, c.

²⁶ Krüger, 1888, str. 177, op. 26.

²⁷ *Tertium comparationis* prvega in drugega Julijanovega primera bi bila misel o damnacijskem volilu, ki ga je Gaj označil kot neke vrste »posmrtno« darilo. Inst. 2, 20, 1: *Legatum itaque est donatio quaedam a defuncto relicta*. («Volilo je nekakšno darilo, zapuščeno po zapustniku.») Podobnost je pred-

(kavze), je tradicija učinkovita«. Primer, s katerim Julijan utemelji tako izoblikovano pravilo, je: »Če vem, da sem ti zavezan zemljišče (*fundus*) izročiti na temelju damnacijskega volila (*ex testamento*),²⁸ ti pa meniš, da ti isto zemljišče izročam zato, da bi ti izpolnil stipulacijski dolg (*ex stipulatu*), se lastninska pravica kljub temu prenese.« Poskusimo rekonstruirati dejansko stanje. Denimo, da je A B-ju s stipulacijo obljubil določeno zemljišče. A še pred izpolnitvijo stipulacijskega dolga napravi oporoko, v kateri dediču C-ju naloži, da B-ju izpolni damnacijsko volilo, katerega predmet je bilo že v stipulaciji omenjeno zemljišče. A-jev dedič C, ki za zapustnikovo stipulacijo ni vedel, izroči B-ju zemljišče v prepričanju, da izpolnjuje volilo. B pa zemljišče sprejme v prepričanju, da je C izpolnjeval A-jevo stipulacijsko zavezo, saj za obstoj volila ni vedel. Kljub temu da se B in C glede pravnega temelja izročitve nista strinjala, je po Julijanovem mnenju tradicija učinkovita (*non animadverto, cur inefficax sit traditio*). Pridobitelj B je zato, če predpostavljamo, da je bil odsvojitelj lastnik, s tradicijo postal (bonitarni) lastnik (italskega) zemljišča.²⁹

V nasprotju s prvim obravnava Julijan v drugem primeru tradicijo denarnega zneska. »Če ti podarim denarni znesek (*pecunia numerata*), ti pa ga vzameš, kot da bi ti bil posojen (*tu quasi creditam accipias*)«, bi se lahko pojavilo vprašanje, ali je bila tradicija uspešna. Julijan z uporabo glagola *constat* (tj. »velja«) apodiktično zatrdi, da lastninska pravica kljub izročiteljevemu in pridobiteljevemu nesoglasju o namenu prenosa lastnine preide, ker neobstoj soglasja o pravni podlagi (*causa dandi atque accipiendi*) ne ovira uspešne tradicije (*nec impedimento esse*). Žal ne pove, ali utemeljuje prenos lastninske pravice s tradicijo ali z eno od oblik izvirne pridobitve lastnine (s porabo ali z zmešanjem novcev).

Julijanov kazus je treba razumeti v luči zapletenih socialnih razmer rimske družbe,³⁰ ki jo zaznamujejo patronatski odnosi in specifično razumevanje prijateljstva (*amicitia*).³¹ Med izročiteljem in pridobiteljem je gotovo obstajalo prijateljsko razmerje, saj iz odlomka bolj kot vprašanje finančnih interesov izrašča moralna dilema. Zaradi diskretности prijateljskega kroga ob prepustitvi novcev v pridobiteljevo posest najbrž ni bilo

vsem v lukrativnosti obeh poslov, razlika pa je v tem, da je volilo enostranski, darilo pa dvostranski pravni posel.

²⁸ Julijanova besedna zveza »iz oporoke« (*ex testamento*) nakazuje na damnacijsko volilo, ki je bilo iztožljivo z *actio ex testamento*.

²⁹ V obeh primerih predpostavljamo, da je bil dolžnik lastnik izročene zemljišča, v drugem primeru pa lastnik izročene novcev ter da se stranki ob izročitvi nista zedinili o podlagi izročitve zemljišča oziroma denarnega zneska.

³⁰ Podoben motiv se pojavi tudi v Scottovem romanu Guy Mannering (1893, po izvorniku iz 1815), poglavje XIX: »Lucy was strongly inclined to return the paltry donation, which, after some struggles with avarice, pride had extorted from the old lady. But on consideration she contented herself with writing that she accepted it as a loan, which, she hoped in a short time to repay [...]«.

³¹ Za obširno analizo glej Empell, 2020, str. 207–235.

razčiščeno, ali je bil znesek izročen z darilnim ali s posojilnim namenom. V človeški naravi je, da tudi darilo v določenih okoliščinah vzbuja občutek socialne zaveze, zvestobe ali vsaj hvaležnosti darovalcu. Publilij Sirec celo pravi, da je vsak sprejem usluge hkrati tudi prodaja svobode: *beneficium accipere libertatem est vendere*.³² Obdarjenec zato razmišlja, kako naj se darovalcu čim prej odkupi, da uravnoteži svoj moralni konto. Ker je želel denarni znesek vrniti, ga je v Julijanovem primeru izročitelj morda zavrnil. Morda ga je želel še naprej držati v primežu socialne podrejenosti in nadaljevati neke vrste tiho patronatsko razmerje ali pa se je z željo po visokem družbenem prestižu nameraval javno bahati, da ljudem podarja denar.³³ S tem bi seveda utegnil užaliti prejemnika,³⁴ nakar se ta odloči, da mu denarnega zneska, četudi ga je sprva jemal zgolj za posojenega, ne bo vrnil. Zamislimo si lahko, da je bil darovalec zaradi prejemnikove odtujitve, ki bi jo utegnil razumeti tudi kot nehvaležnost, razočaran in je zato sklenil, da bo zoper pridobitelja zneska postopal s pravnimi sredstvi. Tu nastopi pravni problem: *Quae sit actio?* Ali sme izročitelj denarni znesek vindicirati ali kondicirati? Z drugimi besedami, ali kočljivo situacijo reševati s stvarnopravnimi ali obligacijskopravnimi sredstvi? Na vprašanje skuša slabo stoletje pozneje odgovoriti jurist Ulpijan.

1.2. D. 12, 1, 18 Ulpianus libro septimo disputationum

Domicij Ulpijan³⁵ se je rodil v drugi polovici tretjega stoletja v trgovski metropoli Tir (Týpoç) v današnjem Libanonu,³⁶ umrl pa v atentatu njemu podrejene pretorijanske garde.³⁷ Kariero je začel kot prisodnik pretorijanskega prefekta Papinijana, ki je bil tudi njegov učitelj.³⁸ Pod cesarjem Aleksandrom Severom je bil leta 222 imenovan za člana cesarske pisarne, kjer je bil kot *magister libellorum* zadolžen za podajanje odgovorov

³² Publii Syri Sententiae, 48 (Comitorvm Romanorvm fragmenta, 1873, str. 313). Primerjaj tudi Seneca, De beneficiis 6, 27, 2: [...] *turpe et ingratum est, nolle debere; optas enim, non ut tu facultatem habeas referendae gratiae, sed ut ille necessitatem implorandae*. (»[...] izpričeno in nehvaležno je ne hoteti biti nekomu dolžan, če ti ne gre zato, da bi dolgovano vrnil, temveč (zgolj zato), da bi te oni (naslednjič) prosil (da mu posodiš) ob morebitni stiski.«)

³³ Empell, 2020, str. 221.

³⁴ Tacitus, Ann. 4, 18: *Beneficia usque eo laeta sunt dum videntur exsolvi posse; ubi multum antevenere pro gratia odium redditur*. (»Usluge so sprejemljive, dokler se zdi, da jih je mogoče vrniti; kadar pa presegajo mejo, se namesto hvaležnosti vrne jeza.«) Edicija: Tacitus, 1872, str. 189 s.

³⁵ O njem Wieacker, 2006, str. 130–138; Kunkel, 2001, str. 245–254.

³⁶ Ulp. D. 50, 15, 1 pr.: *Sciendum est esse quasdam colonias iuris Italici, ut est in Syria phoenice splendidissima tyriorum colonia, unde mihi origo est [...]* (»Treba pa je vedeti, da so nekatere kolonije podrejene italskemu pravu, kot denimo čudovita kolonija Tir v feničanski Siriji, ki je dežela mojega izvora [...].«)

³⁷ Cass. Dio, Hist. 80, 2. Pretorijanci naj bi ga ubili pred očmi cesarja Aleksandra Severa. Da je bil Ulpijan umorjen leta 223 in ne leta 228, ugotavlja Crifò, 1976, str. 719, op. 53 in str. 765.

³⁸ Ulp. D. 4, 2, 9, 3; Historia Augusta (Vita Alex.) 26, 5. O tem Crifò, 1976, str. 744.

na pravna vprašanja. Po prevzemu funkcije predstojništva preskrbe z žitom³⁹ je *cursus honorum* sklenil kot pretorijanski prefekt (*praefectus praetorio*). V tej funkciji je smel po cesarjevem pooblastilu odločati v civilnih in kazenskih pritožbenih zadevah.⁴⁰ Med najpomembnejša Ulpijanova dela, ki vsa po vrsti – kljub avtorjevemu provincialnemu izvoru – ohranjajo zavidljiv nivo latinščine,⁴¹ uvrščamo Komentar k pretorskemu ediktu v 81 knjigah in Komentar civilnega prava v 51 knjigah (*libri ad Massurium Sabinum*).⁴² Ulpijana štejemo za enega poslednjih velikih mojstrov rimskega pravoznanstva,⁴³ ki mu je uspelo v svojem opusu kristalizirati reprezentativen del pravnega izročila ter ga ohraniti za poznejše rodove.⁴⁴ Ulpijanovi spisi predstavljajo kar tretjino vseh spisov v Justinijanovih Digestah.⁴⁵

Ulpijan v sedmi knjigi didaktično obarvanega spisa *Disputationes*⁴⁶ takole povzema in komentira tedaj slabo stoletje star Julijanov primer:

D. 12, 1, 18 *Idem libro septimo disputationum*

Si ego pecuniam tibi quasi donaturus dedero, tu quasi mutuam accipias, Iulianus scribit donationem non esse: sed an mutua sit, videndum. et puto nec mutuam esse

³⁹ Alex. C. 8, 37, 4.

⁴⁰ Crifò, 1976, str. 748.

⁴¹ Kalb, 1890, str. 127; Schulz, History (1946): »His guarded quietism preserves the true classical spirit, his style, equally, breathes the classical tradition. He does not, like Papinian, affect the manner of an old-time Roman, but expounds his enormous materials in an easy, but never slovenly style, in language that is at once clear, unaffected, businesslike, and completely unrhretorical.«

⁴² Ulpijanova specializirana dela so *liber singularis de sponsalibus*, šest knjig *de fideicommissa*, štiri knjige *de appellationibus* in prav toliko knjig *ad legem Aeliam Sentiam*, dvajset knjig *ad legem Iuliam et Papiam* in pet knjig *a legem Iuliam de adulteriis*. Za praktike je spisal šest knjig pravnih mnenj (*Opiniones*) in deset knjig, imenovanih *Pandectae*. Ulpijanova šolska (izagogična) literatura obsega dve knjigi *Institutiones*, sedem knjig spisa *Regulae* in *liber singularis regularum*. Slednja je v vulgariziranemu izvlečku *Epitome Ulpiani* ohranjena zunaj Justinijanovih Digest. Krüger, 1888, str. 220–221.

⁴³ V postklasični dobi so Ulpijana posebej cenili, saj so ga uvrščali med navajalne pravnike (Theod. Valent. C. Th. 1, 4, 3). Cesarske konstitucije tudi ne skoparijo s pohvalami in visokozvenečimi pridevniki na Ulpijanov račun. Glej Iust. C. 9, 41, 11 (*prudentissimus vir*), Iust. C. 6, 51, 1, 9 (*summi ingenii vir*), Iust. C. 6, 25, 10 (*vir disertissimus*), Nov. 97, 6, 1 (*σοφώτατος*).

⁴⁴ Krüger, 1888, str. 215 in 224: »Beide [Pavel in Ulpijan] suchen [...] das ganze Rechtsgebiet zu erschöpfen und durch ihre Schriften die frühere Litteratur entbehrlich zu machen.« Pravnozgodovinski pomen Ulpijanovih komentarjev, ki jih Koschaker (1953, str. 86 in 99) prišteva med »books of authority«, je mogoče primerjati z deli Akurzija, Bractona, Carpzova, Pothierja in Windscheida. Čeprav niso sloveli kot pisci izvirne pravniške literature, je bila njihova vloga predvsem v preglednem prikazu prej razpršenega pravniliterarnega gradiva.

⁴⁵ Crifò, 1976, str. 754–755.

⁴⁶ Ulpijanove Razprave (*Disputationes*), v katerih obravnava pravne probleme iz prakse in jih pojasnjuje z dogmatičnimi rešitvami starejših juristov, kažejo na prevladujoči pedagoški značaj Ulpijanovega opusa. Crifò (1976, str. 740) meni, da se je Ulpijan utegnil izobraževati, kasneje pa tudi poučevati na beritski pravni šoli.

magisque nummos accipientis non fieri, cum alia opinione acceperit. quare si eos consumpserit, licet conditione teneatur, tamen doli exceptione uti poterit, quia secundum voluntatem dantis nummi sunt consumpti.

(1) *Si ego quasi deponens tibi dedero, tu quasi mutuam accipias, nec depositum nec mutuuum est: idem est et si tu quasi mutuam pecuniam dederis, ego quasi commodatam ostendendi gratia accipi: sed in utroque casu consumptis nummis conditioni sine doli exceptione locus erit.*⁴⁷

Ulp. D. 12, 1, 18 (Ulpijan v 7. knjigi spisa *Disputationes*)

Julijan piše, da ne gre za darilo, če sem ti dal denar, da bi ti ga podaril, ti pa si ga sprejel kot posojilo. Treba pa je pogledati, ali je denar posojen. In menim, da tudi ne gre za posojilo, in da novci ne postanejo (last) prejemnika, ker jih je sprejel v drugačnem mnenju. In zato bo smel, čeprav bo zavezan s kondikcijo, uporabiti ugovor zaradi zvičajne prevare, če jih je porabil, ker so bili novci porabljeni po volji izročitelja.

(1) Če bi ti dal denar v hrambo, ti pa bi ga sprejel kot posojilo, ne nastane niti shranjevalna niti posojilna pogodba: enako velja, če bi ti dal denarni znesek kot posojilo, jaz pa bi ga sprejel na posodo z namenom, da ga razstavim: toda v obeh primerih je porabljene novce mogoče kondicirati in temu ne bo mogoče ugovarjati zaradi zvičajne prevare.⁴⁸

Ulpijan trdi, da po Julijanovem stališču v primeru izročitve denarnega zneska, ki je bil izroččen z darilnim, sprejet pa s posojilnim namenom, darilo ni nastalo (*donationem non esse*). Toda Julijan se je opredelil le o veljavnosti tradicije, ne pa o vrsti in veljavnosti njene podlage.⁴⁹ Ali je bilo v tem primeru vendarle sklenjeno posojilo, Ulpijan sprva ni povsem prepričan (*an mutua sit, videndum*), vendar nazadnje omahujoče (*puto*)⁵⁰ zavrne tudi to. Pridobitelj je denarni znesek vendarle sprejel v prepričanju, ki se ni skladalo z odsvojiteljevim namenom (*cum alia opinione acceperit*). Ulpijan se zatem vpraša, kaj se zgodi z lastninsko pravico izročitelja, če bi pridobitelj prejete individualizirane novce dobroverno porabil (*si eos consumpserit*). Odgovori, da bi bil pridobitelj zavezan

⁴⁷ Digesta Iustiniani (1889), str. 160; Bas. 23, 1, 18 (Heimbach, 1840, str. 613).

⁴⁸ Delni prevod po Kranjc, 2013, str. 58, primer 140.

⁴⁹ Ali gre za pomanjkljivo kompilatorsko navedbo Julijanovega odlomka, ki ga je imel Ulpijan še v celoti pred sabo, ali za Ulpijanovo samovoljno razlago Julijanovega spisa, najbrž ne bomo nikoli izvedeli. Pisci, ki so skušali Julijana na vsak način interpretirati v duhu kavzalne tradicije, so zato predpostavljali, da je Julijan *implicito* zanikal darilno, potrdil pa posojilno pogodbo. Primerjaj Oven, 1952, str. 444; Krampe, 2013, str. 189.

⁵⁰ Cujacius, 1758, str. 82: [A] *it quidem Ulpianus, non se scire certo, sed putare & opinari, quo verbo uti solent auctores nostri in re ambigua, [...]*« (»Ulpijan pravi, da ne ve zagotovo, temveč da misli in ugotavlja – to besedo so naši pisci navadno uporabljali v dvoumni zadevi [...]).

z obogatitveno tožbo (*condictione teneatur*).⁵¹ Ker pa so bili novci porabljeni v skladu z vsaj prvotno zamišljeno izročiteljevo darilno voljo (*secundum voluntatem danti nummi sunt consumpti*), sme pridobitelj izročiteljevi kondikciji ugovarjati z ugovorom zvijačne prevare (*exceptio doli*).

V drugem paragrafu Ulpijan razpravlja še o dveh šolskih primerih, ki sta drugemu Julijanovemu primeru le na videz podobna. »Če ti dam v hrambo denarni znesek (*quasi deponens*), ti pa si ga sprejel kot posojenega (*quasi mutuam*)«, po Ulpijanu nisva sklenila niti shranjevalne niti posojilne pogodbe. Enako velja v primeru, »če ti dam posojilo, ti pa meniš, da sem ti denarni znesek dal na posodo (*quasi commodatam*)«, na primer zato, da bi se postavil pred drugimi (*ostendendi gratia*).⁵² Pridobitelj bo v obeh primerih zavezan s kondikcijo. Ugovor zvijačne prevare v obeh primerih odpade.

2. Med kavzalnostjo in abstraktnostjo rimske tradicije

2.1. Abstraktna interpretacija tradicije

Pravni problem, ki izhaja iz Julijanovega in Ulpijanovega odlomka, predstavlja *fons et origo* ene najdlje trajajočih razprav v zgodovini zasebnega prava.⁵³ Gre za vprašanje, ali je izročitev (*traditio*) kot oblika pravnoposlovnega prenosa lastninske pravice po rimskem pravu predpostavljala veljavno pravno podlago (kavzo).⁵⁴ Rimski viri med pravnimi podlagami, ki zadoščajo za prenos lastnine s tradicije, omenjajo kupno, menjalno, posojilno in darilno pogodbo, obljubo dote, volilo,⁵⁵ stipulacijo, izročitev stvari zaradi

⁵¹ Ulpijan je imel najbrž v mislih *condictio indebiti*, torej obogatitveno tožbo na povrnitev nedolgovanege. *Condictio ex causa furtiva* v Ulpijanovem primeru ne bi prišla v poštev, saj porabnik ni deloval s tatinskim namenom (Inst. 4, 1, 7).

⁵² Glossa Ordinaria, glosa *Ostendendi* k Ulp. D. 12, 1, 18, str. 1217. Glosator razlaga, da bi šlo najbrž za osebo, ki se je želela pred drugimi lažno bahati s tujim bogastvom kot s svojim.

⁵³ Evans Jones in Maccormack 1989, str. 99: »*Iusta causa traditionis* in Roman law presents the ground for one of the longest standing debates in continental legal scholarship.«

⁵⁴ Po Bergerju, 1953, str. 382, je kavza »[o]ne of the vaguest terms of the Roman juristic language.« Za njene številne pomene glej Heumann, 1891, str. 59–61.

⁵⁵ Kaser, 1961, str. 86, op. 85.

pričakovanja nasprotne dajatve ali storitve (*datio ob rem*),⁵⁶ poravnavo,⁵⁷ pakt,⁵⁸ izpolnitev obveznosti iz sodbe⁵⁹ in prostovoljno izpolnitev (*solutio*).⁶⁰

Vprašanje pravne podlage tradicije je postalo znova aktualno v prvi polovici 19. stoletja, ko je znameniti nemški romanist Friedrich Carl von Savigny (1779–1861) pod vprašaj postavil v obdobju *usus modernus pandectarum* zakoreninjeni sistem kavzalne tradicije.⁶¹ Zanj je kavza tradicije (na primer prodajna pogodba) le še »oddaljeni pravni namen (*rectius*: nagib), ki prenos lastnine motivira«, vendar ga ne predpostavlja.⁶² Bistvena elementa prenosa lastnine z izročitvijo sta (poleg prenosa posesti) le izročiteljeva in prejemnikova volja prenesti oziroma pridobiti lastninsko pravico (*animus dominii transferendi*). Savigny je to soglasje volj, usmerjeno v prenos lastnine, imenoval »stvarnopravna pogodba«:

»Tako je izročitev prava pogodba, ker je v njej mogoče zaznati vse značilnosti pojma pogodbe: izročitev predpostavlja s strani obeh strank izjavljeni volji, usmerjeni v prenos posesti in lastnine, pravna razmerja udeležencev pa postanejo s tem na novo določena; zgolj to, da taka izjava volje sama zase še ne zadošča za popolno tradicijo, temveč se ji mora kot zunanje ravnanje pridružiti tudi dejanska pridobitev posesti, ne ukinja bistva pogodbe.«⁶³

Savignyjeva teza ni povsem izvirna.⁶⁴ Vse bistvene elemente najdemo izpričane že v Teofilovi grški parafrazi Justinijanovih Institucij iz 6. stoletja in v Nikejevem sholiju k

⁵⁶ Na primer izročitev zneska zato, da bi pridobitelj osvobodil sužnja ali emancipiral sina (Ulp. D. 12, 4, 1 pr.; Cels. D. 12, 4, 16; Pomp. D. 12, 6, 52 pr.); darilo z nalogom, izročitev dote zaradi sklenitve zakonske zveze (Paul. D. 22, 1, 38, 1).

⁵⁷ Paul. D. 12, 6, 65, 1.

⁵⁸ Paul. D. 41, 4, 2, 14; Ulp. D. 41, 3, 4, 16–17.

⁵⁹ Ulp. D. 6, 2, 31, 1; Iul. D. 25, 2, 22 pr.

⁶⁰ Kaser, 1971, str. 414; Honsell, Mayer-Maly in Selb, 1987, str. 158.

⁶¹ Savigny, 1993, str. 106: »Die *justa causa* ist also das nicht, was die Neuern mit ihrem Begriff verbinden. Die wahre Bedingung der Eigenthumsübertragung ist die: die *Traditio* übertragt nur dann Eigenthum, wenn der *Tradens* diese Absicht hat. *Ianimus dominii transferendi*.«

⁶² Savigny, 1993, str. 105: »*Justa causa* ist der der entfernte juristische Zweck, wodurch motiviert wird die Eigenthumsübertragung.« Zanimivo je, da se Savigny v predavanju sklicuje na Inst. 2, 1, 40 in Gai. D. 41, 1, 9, 3, ne pa na Iul. D. 41, 1, 36.

⁶³ »So ist die Tradition ein wahrer Vertrag, da alle Merkmale des Vertragsbegriffs darin wahrgenommen werden: denn sie enthält von beiden Seiten die auf gegenwärtige Übertragung des Besitzes und des Eigenthums gerichtete Willenserklärung, und es werden die Rechtsverhältnisse der Handelnden dadurch neu bestimmt; daß diese Willenserklärung für sich allein nicht hinreicht zur vollständigen Tradition, sondern die wirkliche Erwerbung des Besitzes, als äußere Handlung, hinzutreten muß, hebt das Wesen des zum Grund liegenden Vertrags nicht auf. [...]« Savigny, 1840, str. 312–313; Savigny, 1853, str. 257, op. m.

⁶⁴ Brandsma, 2008, str. 127–133. Savigny je svojo zamisel najbrž povzel po Donellu. Glej Donellus, 1840, str. 766 s. (§§ 8–9): [*E*]t voluntatem confirmet [...] ostendatque, unde illa intelligatur [...]

D. 12, 1, 18 iz 11. stoletja. Teofil trdi, da je tradicija učinkovita, če ima tradent lastninsko pravico, da ima ob prepustitvi v posest namen prenesti lastnino ter da je stvar, ki se tradira, telesna.⁶⁵ Nikej ob sholiranju Ulpijanovega odlomka ugotavlja, da je narava tradicije (*φύσις τῆς παραδόσεως*) zgolj v soglasju strank o identiteti stvari (*περὶ τὸ παραδεδομένον σῶμα συναινοῦσιν*) in o prenosu lastnine (*θελήσεις συντρέχουσιν εἰς τὴν τῆς δεσποτείας μετάθεσιν*). Zahteve po veljavnosti pravne podlage ne omenja:

Nic. Bas. 23, 1, 18, sch. 3 »καὶ οὐ γίνεται σὰ τὰ νομίσματα«: Τοῦ Νικαέως. Μὴ ἐναντιωθῆ σοι τὸ λς'. διγ. τοῦ α'. τιτ. τοῦ μα'. βιβ. ἤτοι κεφ. λς'. τοῦ α'. τιτ. τοῦ ν. βιβ. λέγον, μεταφέρεσθαι τὴν δεσποτείαν ἐπὶ τοῦ παρόντος θέματος, οὐ γὰρ ἐστὶν ἐναντιν, ἀλλ' ἐξ ἐκείνου καὶ ποῦ παρόντος συνάγεται, ὅτι ἡ δεσποτεία ἀμάχως μεταφέρεται, ἐπειδὴ καὶ ἄμφω περὶ τὸ παραδεδομένον σῶμα συναινοῦσιν, καὶ ἑκατέρων αἱ θελήσεις συντρέχουσιν εἰς τὴν τῆς δεσποτείας μετάθεσιν. ὅταν γὰρ δωρονημένος σκοπὸν ἔχει τὴν δεσποτείαν ἀφ' ἑαυτοῦ μεταθεῖναι, ὅτε δανειζόμενος δανείζεται, ὡς ἂν δεσπότης γένηται τῶν δανειζομένων, καὶ λοιπὸν εἰς τὸ αὐτὸ συνελθόντων καὶ ἄμφω, μετατίθεται ἡ δεσποτεία διὰ τῆς παραδόσεως. τοῦτο γὰρ ἐστὶ φύσις τῆς παραδόσεως.⁶⁶

Nic. Bas. 23, 1, 18, sch. 3 »In novci ne postanejo tvoji«. Nicaeus. Odlomek Bas. 50, 1, 36 [= Iul. D. 41, 1, 36], ki pravi, da se lastnina prenese, ne nasprotuje pričujočemu odlomku Bas. 23, 1, 18 [= Ulp. D. 12, 1, 18]. Iz obeh odlomkov je namreč mogoče brez dvoma razbrati, da se lastnina prenese, ker se obe [stranki] strinjata glede predmeta tradicije in ker se volji obeh strank stekata k prenosu lastnine. Darovalec ima namreč namen prenesti lastninsko pravico, tisti pa, ki posojilo sprejeme, ima namen postati lastnik prejetega. In ker oba soglašata o istem, se lastnina prenese s tradicijo. In to je narava tradicije.

Nikej z zadnjim stavkom navedenega sholija ni samo ubesedil ideje, ki je postala v 19. stoletju znana kot Savignyjeva »stvarnoppravna pogodba«, temveč je tudi eden prvih interpretov, ki je skušal Ulpijanov odlomek razlagati v abstraktnem duhu. Trdil je na-

nihil interest, utrum praecedat re vera, an opinione tradentis. Nam si causa praecedens requiritur solum, ut hinc declaretur voluntas transferentis: dicendum est, quocumque alio modo constare poterit, voluisse quem rem suam transferre, etiamsi vere causa non subesset, si tradiderit, nihilominus transtulisse causa ad probationem tantum exigitur.« (»[Kavza] potrди [lastnikovo] voljo in pokaže, od kod izhaja volja [...], nobene razlike pa ni, ali [tradiciji] predhaja resnična ali domnevna kavza. Če se namreč predhajajoča kavza zahteva zgolj zato, da obelodani izročiteljevo voljo, je treba reči, da je mogoče tudi na kakšen drug način ugotoviti, da je lastnik želel prenesti lastnino. In čeprav prave kavze ni in ji je tradicija sledila, je izročitelj prenesel lastnino, kavza pa se zahteva zgolj za dokazne namene.«)

⁶⁵ *Εἰς δὲ τὸ διὰ τῆς ἀρχαίας μετὰθεῖναι μετὰ τὴν δεσποτείαν, δεῖ ταῦτα συνδραμεῖν, ὥστε δεσπότην εἶναι τὸν τῆς δεσποτείας καὶ ψυχῆ τοῦ βούλεσθαι μετὰθεῖναι τὴν δεσποτείαν, ποιεῖσθαι τὴν ἀρχαίαν καὶ ἀσφαλιστικὸν εἶναι τὸ τῆς ἀρχαίας μετὰθεῖναι.* (»Da bi se lastnina prenese s tradicijo, je treba, da stečejo ima izročitelj lastninsko pravico; da želi prenesti lastnino in izvršiti tradicijo ter da je stvar, ki se izroča, telesna.«) Reitz, 1836, str. 124.

⁶⁶ Heimbach, 1840, sch. 3, str. 613–614.

mreč, da Ulpijan z besedami *non fieri accipientis* želi pravzaprav povedati, da je lastnina na denarnem znesku prešla izvedeno s tradicijo, da pa pridobitelj tega zneska ne bo obdržal, ker se mu bo izročitelj zoperstavil s kondicijo:

Nic. Bas. 23, 1, 18, sch. 3: τὸ δὲ παρὸν κεφάλαιον μὴ πολυπραγμονοῦν περὶ τοῦ τέλους, ἦτοι διὰ τῆς παραδόσεως μεταθέσεως τῆς δεσποτείας, ἀλλὰ περὶ τῆς ἀρχῆς, ἦτοι τῆς συστάσεως τοῦ συναλλάγματος, ἐπειδὴ μὴ εὐρίσκει τὰ τῶν συμβαλλόντων θελήματα συντρέχοντα, φησὶ μὴ γίνεσθαι τὰ νομίσματα τοῦ λαμβάνοντος, εἰ μὴ δαπανηθῶνιν· μονονουχὶ τοῦτο λέγον, ὅτι εἰ καὶ μεταφέρεται ἢ δεσποτεία κατὰ τὸ λς' κεφ. διὰ τὴν περὶ αὐτῆς ὁμογνωμοσύνην τῶν μερῶν, ἀλλὰ γε διὰ τὴν περὶ τὴν σύστασιν πλάνην τοῦ συναλλάγματος, οὐ μένουσιν ἀναφαίρετα τῷ παραλαβόντι, εἰ μὴ που δαπανηθῶσιν.⁶⁷

Nic. Bas. 23, 1, 18, sch. 3: »Ta odlomek [Bas. 23, 1, 18 = Ulp. 12, 1, 18] pa se ne ozira na namen ali na prenos lastnine s tradicijo, temveč na namen ob sklenitvi [dobesedno ob začetku] pogodbe, [in] ker [v tem trenutku jurist] ne najde skupne volje strank, pravi, da novci ne postanejo pridobiteljevi, če niso porabljeni: to pomeni zgolj, da čeprav je lastninska pravica zaradi soglasja strank [takoj] prešla po Bas. 50, 1, 36 [= Iul. D. 41, 1, 36], novci kljub temu zaradi zmote glede vstopa v pogodbeno razmerje ne ostanejo pri pridobitelju tako, da jih ne bi bilo mogoče odvzeti, če bi ti ne bili porabljeni.«

Za historičnopravno šolo in pandektistiko⁶⁸ je postal Savignyjev nauk abstraktni in pogodbeni naravi tradicije, ki je bil nesporno osnovan na Nikejevem in Donellovem prispevku, dogma aprioristične pravilnosti.⁶⁹ Navkljub trhlim temeljem v rimskih virih⁷⁰ je Savignyjeva teza prepričala redaktorje nemškega Državlanskega zakonika.⁷¹

Učinkovanje abstraktne tradicije si lahko predočimo na naslednjem primeru. Predstavljam si, da je med kupcem in prodajalcem obstajalo prikrito nesoglasje (disenz) o ceni, blagu ali drugi bistveni okoliščini; da je vsebina prodajne pogodbe nasprotovala morali ali kogentnemu predpisu; da je bil izročitelj prepričan, da dolguje nekaj, česar sploh ni dolgoval; ali pa da je bila oporočna odredba o volilu obremenjena s hudo napako zapustnikove volje, zaradi katere je bilo volilo neveljavno. Naštete napake pravne podlage v pravnem redu, ki temelji na abstraktnem načelu, ne ovirajo prenosa

⁶⁷ Heimbach, 1840, sch. 3, str. 614.

⁶⁸ Windscheid, 1875, str. 535, op. 5.

⁶⁹ Flume, 1992, str. 175.

⁷⁰ Dernburg, 1857, str. 2: »Dieser Grundsatz [načelo abstraktne tradicije] ist allerdings nirgends ausdrücklich im Römischen Recht formuliert. Wir müssen ihn aber abstrahieren aus Untersätzen, aus Entscheidungen, die sich allein aus ihm herleiten lassen und auf ihn zurückführen.«

⁷¹ Glej Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches (1888), str. 7: »Die Ansicht, daß das Vertragsmoment nicht sowohl in der Übergabe der Sache als vielmehr in dem derselben regelmäßig vorhergehenden obligatorischen Verträge liege läßt sich auf die mißverständliche Auffassung einer Digestenstelle [D. 41, 1, 31, ki mu zoperstavljajo Iul. D. 41, 1, 36] zurückführen.«

lastnine. Ker pa pridobitelj nima nobenega upravičenega pravnega razloga za to, da pridobljeno tudi obdrži, odsvojitelju ostaja obligacijskopravni obogatitveni zahtevek na toliko, kolikor je bil prejemnik obogaten.⁷²

Ob tem se pojavi vprašanje, zakaj je sploh bilo pomembno, ali o se neupravičeni premiki premoženjskih dobrin sanirali z vindikacijo ali s kondicijo. Razlikovanje je imelo bistven pomen v primeru prejemnikovega konkurza. Če je namreč izročitelj ohranil lastninsko pravico, bo imel stvarnopravni izločitveni zahtevek.⁷³ Če pa je lastnina prešla na pridobitelja, bo moral z obligacijskopravnim zahtevkom načeloma konkurirati s preostalimi (neprivilegiranimi) upniki stečajne mase. To pomeni, da bodo njegovi premoženjski interesi slabše varovani.

Kompilatorji z izbiro odlomkov klasične kazuistike niso sledili Justinijanovi zahtevi po odpravi antinomij.⁷⁴ Ni se jim uspelo nedvoumno opredeliti o razmerju med zavezovalnim in razpolagalnim poslom.⁷⁵ Gajev stavek, prevzet v Justinijanove Institucije, da »nič ni bolj skladno z naravno pravičnostjo kot to, da se lastniku prizna volja na neki stvari prenesti lastninsko pravico«,⁷⁶ so zato nekateri romanisti razumeli kot jasno potrditvev načela abstraktnosti.⁷⁷ Kot je že leta 1961 ugotavljal Kaser, je treba institucijski odlomek razumeti predvsem v luči posplošitvenih teženj Justinijanovih kompilatorjev.⁷⁸ V nasprotju s pogledom klasičnih juristov v izpolnitvi obveznosti (*solutio*) kompilatorji niso več videli samostojne izpolnitvene kavze (*causa solvendi*). V primerih, v katerih je namreč obstajala izpolnitvena kavza (v smislu soglasja dobrovernih strank o tem, da se izpolnjuje neki dolg, ki morda sploh ni obstajal), so namreč klasični juristi priznali prehod lastnine. Logike izpolnitvene kavze pa ob neveljavni prodajni pogodbi ni mogoče posplošiti tudi na prehod lastnine na blagu. *Mutatis mutandis* velja tudi za darilno in

⁷² O neupravičeni obogatitvi v sodobnem pravu glej Lutman, 2020.

⁷³ Ulp. D. 42, 5, 24, 2 (*i. f.*). Izločitvenim zahtevkom so po hierarhiji sledili zahtevki zastavnih upnikov (Diocl. Max. C. 7, 72, 6; Diocl. Max. C. 8, 17, 99), nato privilegirani osebni upniki. O tem Kaser in Hackl, 1996, str. 401 s.

⁷⁴ Const. *Deo auctore* 8 (= Iust C. 1, 17, 1, 8).

⁷⁵ V vulgariziranem rimskem pravu se je razlikovanje med zavezovalnim in razpolagalnim poslom zabrisalo, zato je lastninska pravica prešla že s sklenitvijo (denimo) prodajne pogodbe, ne pa šele z izročitvijo prodane stvari. Kaser, 1975, str. 275; Levy, 1956, str. 208.

⁷⁶ Gai. D. 41, 1, 9, 3 (= Inst. 2, 1, 40): *Hae quoque res, quae traditione nostrae fiunt, iure gentium nobis adquiruntur: nihil enim tam conveniens est naturali aequitati quam voluntatem domini volentis rem suam in alium transferre ratam haberi.* (»Te stvari pa, ki postanejo z izročitvijo naše, pridobivamo po naravnem pravu. Nič namreč tako ne ustreza naravni pravičnosti, kot da priznamo za veljavno voljo lastnika, ki hoče prenesti na drugega svojo stvar.«) Prevod po Kranjc, 2020, str. 424.

⁷⁷ Kot ugotavljata Evans Jones in McCormack, 1989, str. 99, je »skoraj splošno sprejeto, da je bila izročitev v klasični dobi kavzalna, v Justinijanovi dobi pa abstraktna«. Tudi Korošec, 2005, str. 158, je menil, da se je Justinijan bolj nagibal k Julijanovemu mnenju, ker je Julijanov odlomek pač umestil pod naslov, ki je obravnaval pridobivanje lastnine (*de acquirendo rerum dominium*).

⁷⁸ Kaser, 1961, str. 97.

posojilno pogodbo: na darovani ali posojeni stvari se lastninska pravica prenese zgolj, če je obstajal pravno veljaven temelj. Toda kompilatorji se v svoji zvestobi klasičnim virom filigranskega klasičnega razločevanja dveh dopolnjujočih se režimov objektivne in subjektivne koncepcije kavze – o čemer več v nadaljevanju – niso zavedali in so prehod lastnine priznali tudi v primerih, ki ga po klasičnem nauku objektivne koncepcije kavze ne bi smeli.

2.2. Kavzalna interpretacija tradicije

Po rimskem klasičnem pravu se je lastninska pravica prenašala z abstraktnima mancipacijo in *in iure cessio* ter izročitvijo.⁷⁹ Z brezoblično izročitvijo (*traditio*) je rimski državljan lahko postal civilni lastnik *res nec Mancipi* in bonitarni lastnik *res Mancipi*. Tradicija je učinkovala ob kumulativni izpolnitvi petih predpostavk: odsvojitelj je moral biti lastnik stvari ali vsaj upravičen, da je z njo razpolagal; pridobitelj je moral imeti premoženjsko sposobnost (sposobnost pridobiti lastninsko pravico); izročiteljevemu namenu prenesti lastnino je moral odgovarjati pridobiteljev namen pridobiti lastninsko pravico; pridobitelj je moral postati (posredni ali neposredni) lastniški posestnik izročene stvari.⁸⁰ Peta predpostavka je pravna podlaga izročitve (*iusta causa traditionis*). Njena narava je sporna, prvič zato, ker ni jasno, ali je delovala abstraktno ali kavzalno. Za kavzalno zasnovano rimske tradicije govorijo (poleg Ulp. D. 12, 1, 18) naslednji viri:

Paul. D. 41, 1, 31 pr.: *Numquam nuda traditio transfert dominium, sed ita, si venditio aut aliqua iusta causa praecesserit, propter quam traditio sequeretur.*

Paul. D. 41, 1, 31 pr.: »Gola izročitev nikoli ne prenese lastninske pravice; marveč tako, če je pred tem obstajala kupna pogodba ali kakšen drug pravni temelj, zaradi katerega je sledila tradicija.«⁸¹

UE 19, 7: *Traditio propria est alienatio rerum nec Mancipi. Harum rerum dominia ipsa traditione adprehendimus, scilicet si ex iusta causa traditae sunt nobis.*

UE 19, 7: »Tradicija je lastna odtujitvi stvari *res nec Mancipi*. Na teh stvareh pridobimo lastnino s samo tradicijo, namreč, ko so nam te stvari izročene na veljavni pravni podlagi (*iusta causa*).«

Diocl. Max. C. 2, 3, 20: *Traditionibus et usucapionibus dominia rerum, non nudis pactis transferuntur.*

Diocl. Max. C. 2, 3, 20: »Z izročitvami in s priposestvanji se prenaša lastnina, ne z golimi brezobličnimi pogodbami [pakti].«

⁷⁹ Mancipacijo opisujeta Gai. 1, 113 in 119–122 in UE 19, 3. Odstop pred pravosodnim magistratom opisujeta Gai. 2, 24 in UE 19, 9–15.

⁸⁰ Več o navedenih predpostavkah glej Kranjc, 2020, str. 421–426.

⁸¹ Prevod po Kranjc, 2020, str. 424.

Pravno podlago izročitve romanisti razumejo kot nek zavezovalni pravni posel,⁸² ki se redoma izpolni s prenosom lastnine.⁸³ Opredelitev pa ne pove, ali je morala biti podlaga tradicije tudi pravno veljavna. Enoznačnega odgovora na to vprašanje namreč ni mogoče dati. Kavzo rimske tradicije je namreč mogoče opredeljevali po objektivni in po subjektivni koncepciji.⁸⁴ Po objektivni koncepciji kavze sta morala biti zavezovalni posel ali zakonska podlaga pravno veljavna, saj v nasprotnem primeru lastninska pravica ni prešla na izvedeni način. Po subjektivni koncepciji kavze pa zadoščata že soglasji odsvojitelja in pridobitelja o tem, da se prenaša lastnina na temelju nekega obligacijskega razmerja s hkrati izraženim namenom, da se izpolni obveznost (t. i. izpolnitvena kavza ali *causa solvendi*).⁸⁵ Objektivna in subjektivna koncepcija kavze se ne izključujeta, marveč dopolnjujeta.

2.2.1. Objektivna koncepcija kavze

Najprej si oglejmo primere kavz, ki jih je mogoče opredeljevati po objektivni koncepciji. Te kavze so morale izpolnjevati kumulativne zahteve zadostnosti, pravnosti in resničnosti, torej več strogih pogojev, ki so utemeljeni s pravno varnostjo. Tradicija je namreč »psihološko brezbarven pojav«,⁸⁶ »nevtralni akt«,⁸⁷ saj ni navzven zaznavne razlike, če je stvar z »golo izročitvijo« (tj. kot realnim aktom) prepuščena zgolj v detencijo (na primer shranjevalcu), v posest (na primer zastavnemu upniku) ali v lastnino (na primer kupcu). Njen pomen v smislu razpolagalnega pravnega posla razkriva šele sočasno soglasje strank o namenu prepustitve stvari, s katerim postane *nuda traditio* kvalificirana prepustitev stvari v posest, ki naj se uresniči s prehodom lastnine.

Kavza je »zadostna«, če lahko pridobitelj na njeni podlagi redno pridobi lastninsko pravico.⁸⁸ Zato kot zadostne kavze niso štejele posodbena, shranjevalna, zastavna ali najemna pogodba. Kavza je »pravna« (*iusta*), če ne nasprotuje kogentnim predpisom oziro-

⁸² Empell, 2020, str. 54.

⁸³ Primerjaj Kranjc, 2020, str. 424.

⁸⁴ Razlikovanje je utemeljil Hupka, 1932, str. 1 ss.

⁸⁵ Empell, 2020, str. 54 s. Primerjaj opredelitve kavze pri Laborenz, 2014, str. 55: »[E]in *consensus* über den Tilgungscharacter der Leistung, wobei aus der jeweils zugrunde gelegten Obligation die Übereignung erkennbar sein musste.« Evans Jones in McCormack, 1989, str. 100: »[S]ome transaction or situation in consequence of which ownership would normally pass to the acquirer.« Kaser, 1961, str. 94: »Die *causa* ist hiernach eine die körperliche Übergabe begleitende Zwecksetzung, die so beschaffen sein muss, daß sie den Übergang des Eigentums zu rechtfertigen vermag.« Za sodobno opredelitev kavze v civilnem pravu glej Cigoj, 2003, str. 39 ss.

⁸⁶ Wolf, 1961, str. 104.

⁸⁷ Evans Jones in McCormack, 1989, str. 99.

⁸⁸ Tudi kupna in prodajna pogodba je redna podlaga pridobitve lastninske pravice, čeprav po rimskem pravu prodajalec kupcu ni zavezan prenesti lastnine na blagu, temveč se njegova obveznost izčrpa že v zagotovitvi mirne posesti na blagu.

ma dobrim običajem. Mož, ki je ženi stvar podaril in izročil, lastninske pravice ni mogel uspešno prenesti, saj je veljavnost darilne pogodbe preprečevalo običajnopravno pravilo, po katerem so bile darilne pogodbe med zakoncema v zakonski zvezi *sine manu* nične.⁸⁹ Mož je smel podarjeno stvar zato vindicirati, če le žena lastninske pravice na darovani stvari ni pridobila na izviren način, denimo s porabo ali zmešanjem denarja.⁹⁰ V primeru preplačanih obresti⁹¹ ali izsiljene izročitve⁹² iz virov največkrat sploh ni razvidno, ali je lastninska pravica prešla izvedeno s tradicijo ali šele izvirno s porabo.⁹³ Tretja načelna zahteva je »resničnost« kavze, kar pomeni, da je morala ta dejansko obstajati v obliki veljavnega zavezovalnega posla (pogodbe).⁹⁴ Le pri tej postavki se objektivna koncepcija kavze razlikuje od subjektivne koncepcije.

Po objektivnem načelu se je presojal prenos lastninske pravice na blagu. *Causa venditionis* je torej veljavna prodajna pogodba.⁹⁵ Po isti koncepciji se presoja darilna pogodba

⁸⁹ Ulp. D. 24, 1, 1 pr.

⁹⁰ Paul. D. 24, 1, 36 pr.: [S]i donatae res exstant, etiam vindicari poterunt. (»Če podarjene stvari še obstajajo jih je mogoče vindicirati.«) Ulp. D. 24, 1, 5, 18: [S]i quidem exstet res, vindicetur, si consumpta sit, condicatur hactenus. (»Če stvari še obstajajo, naj se jih vindicira, če so porabljene pa naj se jih kondicira.«)

⁹¹ Ulp. D. 12, 6, 26.

⁹² Iul. D. 12, 5, 5: Si a servo meo pecuniam quis accepisset, ne furtum ab eo factum indicaret. sive indicasset sive non, repetitionem fore eius pecuniae Proculus respondit. (»Če je od mojega sužnja kdo sprejel denar, da ne bi naznanil njegove tatvine. Četudi je naznanil ali ne, je Prokul odgovoril, da bo mogoče zahtevati vračilo (repetitionem)«). V tem primeru se odpira vprašanje, ali bi bila z besedo *repetitio* mišljena tudi vindikacija. Rabel, 1915, str. 440, trdi, da nemoralna kavza ni onemogočala izvedenega prenosa lastnine: »Daß es etwa ein sittenwidriges Geschäft ist, hindert der Regel nach nicht diese Gültigkeit und hemmt daher nicht die Tradition, sondern begündet nur eine Schuldklage auf Rückforderung.«

⁹³ Ulp. D. 12, 5, 6; Paul. D. 25, 2, 6, 5. Problem nastane, ker rimski viri v ključnih odlomkih obravnavajo denarni znesek, pri katerem je vindikacija zaradi običajnega zmešanja prejemnikovega in izročiteljevega denarja praktično izključena. O tem Hähnchen, 2004, str. 385–395.

⁹⁴ Občepravni juristi govorijo o »resnični kavzi«, *causa vera*. Ker niso poznali teorije o izpolnitveni kavzi (*causa solvendi*), vendar so hkrati želeli uskladiti nauk o kondicijah (D. 12, 6) z načelom kavzalnosti (Paul. D. 41, 1, 31, pr.), so uvedli kategorijo domnevne kavze (*causa putativa*), ki je po njihovem stališču zadoščala za prenos lastnine. Glej glosa *Cum in corpus*, casus ad D. 41, 1, 36 (Franciscus Accursius): [E]rror causae ex qua traditur res com consensus sit in corpore, non impedit translationem dominii. (»Zmota o kavzi, na temelju katere se stvar izroča, če le obstaja soglasje o predmetu, ne zadržuje prenosa lastnine.«)

⁹⁵ Gai. 2, 20; Inst. I. 2, 1, 41; Paul. D. 41, 4, 2 pr: Pro emptore possidet, qui re vera emit, nec sufficit tantum in ea opinione esse eum, ut putet se pro emptore possidere, sed debet etiam subesse causa emptionis. (»Kot kupec poseduje tisti, ki je stvar v resnici kupil, ne zadošča, da le meni, da poseduje kot kupec, temveč mora za to obstajati tudi kupna podlaga (*causa emptionis*).«) Pavel sicer izrecno govori o priposestvovanju. Ker v drugih odlomkih zavrne možnost priposestvovanja na temelju putativnega naslova, je njegovo stališče pri priposestvovanju mogoče prenesti tudi na tradicijo blaga. O tem Kaser, 1961, str. 83.

»iz rok v roke« (*causa donationis*),⁹⁶ prenos lastnine na posojilojemalca (*causa credendi*)⁹⁷ in izročitev dote (*dotis datio*).⁹⁸ V primeru darilne obljube in obljube dote (kot tudi *dotis dictio*) se je prenos lastnine presojal po subjektivni koncepciji.

2.2.2. Subjektivna koncepcija kavze

Subjektivna koncepcija kavze dopolnjuje objektivno koncepcijo, saj je iz virov razvidno, da se je v nekaterih primerih lastninska pravica prenesla že ob golem soglasju upnika in dolžnika o tem, da stranki izpolnjujeta dolg, čeprav ta dejansko ni obstajal. V navedenih primerih, ki jih romanistika od Rabela dalje pojasnjuje s tako imenovano izpolnitveno kavzo (*causa solvendi*), se logika kavzalne tradicije najtesneje približa nemškemu sistemu abstraktne tradicije.⁹⁹

Splošno gre pri subjektivnih kavzah za primere dobroverne izpolnitve nedolga (*indebitum solutum*). Dolžnik, ki je dobrovernemu »upniku« vede izpolnil nedolg, izpolnjenega ni mogel kondicirati.¹⁰⁰ »Upnik«, ki je vede sprejel nekaj, kar mu ni bilo dolgovano, dolžnik pa je bil hkrati prepričan v obstoj obveznosti, je veljal za tatu.¹⁰¹ Ker je tatvina izključevala prenos lastnine, je bilo mogoče zoper njega naperiti reivindikacijo.

⁹⁶ Inst. 2, 1, 41; Paul. D. 41, 6, 1 pr. : *Pro donato is usucapit, cui donationis causa res tradita est: nec sufficit opinari, sed et donatum esse oportet.* (»Kot obdarjenec lahko priposestvuje tisti, komur je bila stvar izročena z darilnim namenom; pri tem ne zadošča, da le meni, da mu je bilo podarjeno, temveč da mu je bilo v resnici podarjeno.«) Kaser, 1961, str. 83.

⁹⁷ Na to kažejo primeri, kjer nedorasli ali umobolni brez varuhove (skrbnikove) avtorizacije izročita predmet posojila posojilojemalcu. Ker lastnina z izročitvijo zaradi omejene poslovne sposobnosti izročitelja ne pride, smeta varuh ali skrbnik tega (v varovančevem oziroma skrbljenčevem imenu) vindicirati, po porabi ali zmešanju pa kondicirati (Iul. D. 12, 1, 19, 1; Pomp. D. 12, 1, 12; Pomp. D. 44, 7, 24 pr.–2).

⁹⁸ Kaser, 1961, str. 84.

⁹⁹ »A causa traditionis was required, but this only meant that agreement on the legal purpose of transferring ownership was required [...]« Schulz, 1951, str. 350. »Im System der rechtlich anerkannten Erwerbsgründe wird ein tiefgehender Gegensatz zwischen kaufweisem Erwerb und dem Erwerb auf Grund von Stipulation und Vermächtnis greifbar. Der erstere war kausal im vollen Sinn des Wortes, der letztere kaum minder abstrakt als die Ubereignung nach dem BGB.« Honsell, Selb, 1987, str. 158. Razlika med rimskim in nemškim modelom je ta, da se morata stranki po rimskem pravu strinjati, da izpolnjujeta »nek dolg«, po nemškem pravu pa za prenos lastnine zadošča, da se strinjata o prenosu lastnine.

¹⁰⁰ Ulp. D. 12, 6, 1, 1: [S]i sciens se non debere solvit, cessat repetitio. (»[Č]e pa je izpolnil, ko je vedel, da ne dolguje, odpade (možnost) zahtevati nazaj.« V tem primeru zaradi nesoglasja o darilnem namenu tudi ni nastalo darilo, čeprav Pavel priznava, da je bila situacija temu precej podobna: Paul. D. 46, 2, 12: [Q]ui doli mali exceptione tueri se posse sciebat, similis videbitur ei qui donat. (»[Č]e je vedel, da bi se lahko branil z ugovorom zvičajne prevare (pa se ni), se zdi podoben tistemu, ki podarja.«)

¹⁰¹ Scaev. D. 13, 1, 18: *Quoniam furtum fit, cum qui indebitos nummos sciens acceperit [...]*. (»Kajti izvrši se tatvina, če nekdo vede sprejme nedolgovane novce [...].«) Kranjc, 2020, str. 740, op. 1904.

Razmerje, ki delujejo po logiki subjektivne kavze so izpolnitev obveznosti iz stipulacije in damnacijskega volila, vračilo posojila, obljuba dote (*dotis promissio*), *dotis dictio* in plačilo kupnine (*causa emptio*).¹⁰² V navedenih primerih zato ne govorimo o stipulacijski, legatni, dotalni, posojilni ali kupni kavzi, temveč o »zbirni« izpolnitveni kavzi (*causa solvendi*).¹⁰³ Da je bila rimska koncepcija kavze mešano objektivno-subjektivna, kažejo številni primeri, pri katerih lastninska pravica preide kljub dejanskemu neobstoju veljavne pravne podlage.

(1) Čeprav je bila zaradi nezakriviljene zmote o snovi (*error in substantia*), ki je po rimskem gospodarskem prepričanju veljala za bistveno, prodajna pogodba nična, je bil prenos lastninske pravice na kupnini kljub temu učinkovit. Kupnino je bilo mogoče kondicirati, blago pa vindicirati.¹⁰⁴ (2) Pavel opisuje primer prodaje zemljišča s hišo, ki je pogorela še pred prodajo, stranki pa za nesrečo nista vedeli. Ker si prodajne pogodbe ni mogoče predstavljati brez blaga, je bila pogodba nična.¹⁰⁵ Tudi tokrat pa je lastninska pravica na kupnini prešla, vendar jo je bilo mogoče kondicirati.¹⁰⁶ (3) Izročitev dote (*dotis datio*) je bila učinkovita, če sta se stranki strinjali, da je stvar izročena *dotis causa*. Če do sklenitve zakonske zveze pozneje ni prišlo, tradicija zaradi tega sama po sebi ni bila neveljavna, vendar tudi lastninska pravica na izročitelja dote ni padla nazaj samodejno. Izročitelju dote so zato priznali kondikcijo.¹⁰⁷ (4) Če je dolжник izpolnil obveznost, ki je bila v nasprotju z dobrimi običaji, mu je bila na voljo *condictio ob turpem seu iniustam causam*.¹⁰⁸

¹⁰² Kaser, 1961, str. 83–86.

¹⁰³ Laborenz, 2014, str. 99 ss.

¹⁰⁴ Iul. D. 18, 1, 41, 1: *Mensam argento coopertam mihi ignoranti pro solida vendidisti imprudens: nulla est emptio pecuniaque eo nomine data condicetur.* (»Nevede si mi, ko za to nisem vedel, prodal posrebrno mizo za srebrno: kupna pogodba je nična in denar, ki je bil dan iz tega naslova, se sme kondicirati.«) Prevod po Kranjc, 2013, str. 178, primer 491. Glej tudi Ulp. D. 18, 1, 14, ki bi štel pogodbo v prejšnjem primeru za veljavno.

¹⁰⁵ Pomp. D. 18, 1, 8 pr.: *Nec emptio nec venditio sine re quae veneat potest intellegi.* (»Niti kupa niti prodaje si brez stvari, ki se prodaja, ni mogoče predstavljati.«)

¹⁰⁶ Paul. D. 18, 1, 57 pr.: *Domum emi, cum eam et ego et venditor combustam ignoraremus. Nerva Sabinus Cassius nihil venisse, quamvis area maneat, pecuniamque solutam condici posse aiunt.* (»Kupil sem hišo, ko nisva vedela ne jaz ne prodajalec, da je pogorela. Nerva, Sabin in Kasij pravijo, da ni bilo, čeprav je ostala stavbna parcela, nič prodano, in da je mogoče s kondikcijo zahtevati nazaj plačano kupnino.«) Prevod po Kranjc, 2013, str. 172, primer 475.

¹⁰⁷ Iav. D. 12, 4, 10: *Si mulier ei cui nuptura erat cum dote dare vellet, pecuniam quae sibi debebatur acceptam fecit neque nuptiae insecutae sunt, recte ab eo pecunia condicetur [...].* (»Če je ženska z namenom dati doto akceptirala dolg tistemu, s katerim se je želela poročiti, zakonska zveza pa ni bila sklenjena, sme od njega kondicirati denarni znesek [...].«)

¹⁰⁸ Ulp. D. 12, 5, 2 pr.–1: *[U]t puta dedi tibi ne sacrilegium facias, ne furtum, ne hominem occidas. in qua specie Iulianus scribit, si tibi dedero, ne hominem occidas, condici posse. (1) Item si tibi dedero, ut rem mihi reddas depositam apud te vel ut instrumentum mihi redderes.* (»[Č]e sem ti recimo dal

V vseh navedenih primerih (1–4) gre za posle, kjer se kot protidajatev omenja denarni znesek. Pri izročitvi denarja običajno nastopi zmešanje (*commixtio nummorum*) pridobiteljevih novcev z izročiteljevimi. Pravna posledica je izvirni prehod lastninske pravice.¹⁰⁹ Zato je oteženo ugotavljanje, ali so juristi v zgornjih primerih (1–4) prenos lastnine zares pripisovali učinkom izvedenega prenosa s tradicijo ali izvirnim načinom pridobitve lastnine.

Vindikacija in kondikcija se načeloma izključujeta.¹¹⁰ Če odsvojitelj ohrani lastninsko pravico, kondikcije ne more uporabiti. Pomembna izjema je bila od nekdanj tatvina.¹¹¹ Lastniku so zaradi že kar topičnega sovraštva do tatov (*odium furum*) priznali poleg vindikacije prav tako reipersekutorno *condictio ex causa furtiva*.¹¹² Ta ni bila »prava« kondikcija, temveč alternativa reivindikaciji. Reivindikacije namreč ni bilo mogoče naperiti v primerih nenaklepnega uničenja stvari pred litiskontestacijo, *condictio ex causa furtiva* pa je omogočala tudi to, saj je veljalo, da je tat vedno v zamudi. Zato vedno dogovarja za naključno uničenje individualno določene stvari (*species*).¹¹³

(nekaj), da ne bi zagrešil svetoskrunstva, tatvine (oziroma, da) ne bi ubil sužnja. V (zvezi) s tem primerom piše Julijan, da je mogoče zahtevati nazaj s kondikcijo, če sem ti (nekaj) dal, da ne bi ubil sužnja; (1) prav tako, če sem ti dal, da mi vrneš stvar, ki je shranjena pri tebi, ali da mi vrneš listino.« Prevod po Kranjc, 2013, str. 248, primer 738.

¹⁰⁹ Iav. D. 46, 3, 78.

¹¹⁰ Iul. D. 12, 6, 33: [*C*]ondictionem non habebit, quia nihil accipientis faceret [...] («Kondikcije ne bo imel, ker ni ničesar prenesel na pridobitelja [...]») Ulp. D. 12, 6, 1, 1: *Et quidem si quis indebitum ignorans solvit, per hanc actionem condicere potest: sed si sciens se non debere solvit, cessat repetitio.* («Če kdo nevede izpolni nedolgovano, sme s to tožbo [mišljena je *condictio indebiti*] kondicirati; če pa je vede izpolnil nedolgovano, preneha vračilo.») Empell, 2020, str. 84 ss, 100 in 291 ss, je na navedenem Ulpijanovem odlomku osnoval tezo, po kateri beseda *repetitio* ne zajema le kondikcij, marveč tudi vindikacijo. Kondikcija naj zato *a priori* ne bi izključevala vindikacije. Sklepa, da v številnih primerih, pri katerih je starejša romanistika (vključno z Laborenzem, 2014) zagovarjala obstoj izpolnitvene kavze (*causa solvendi*), lastninska pravica izvedeno sploh ni prešla. V teh primerih pripisuje kondikcijo razlogom izvirnega prenosa s *consumptio* oziroma s *commixtio nummorum*. Konstrukcijo izpolnitvene kavze zavrne, ker naj ne bi imela zadostne podlage v virih. Stipulacijo, damnacijsko volilo in druge zgoraj identificirane primere podlag, ki jih je romanistika identificirala kot primere subjektivne kavze, razume kot samostojne primere kavz (stipulacija kot kavza, volilo kot kavza), za katere je enako, kot sem opisal pri objektivni koncepciji, veljala zahteva resničnosti kavze. O konkurenci vindikacije in kondikcije glej tudi Schanbacher, 1992, str. 17 ss.

¹¹¹ Ulp. D. 7, 9, 12: [*P*]roditum est neminem rem suam nisi furi condicere posse. («[V]elja, da ne more svoje stvari kondicirati nihče, razen od tatu.»)

¹¹² Gai. 4, 4: [*O*]dio furum, quo magis pluribus actionibus teneatur. («Sovraštvo do tatov, ki so raje zavezani z več tožbami.»)

¹¹³ Ulp. D. 13, 1, 8, 1: *Si ex causa furtiva res condicatur, cuius temporis aestimatio fiat, quaeritur. placet tamen id tempus spectandum, quo res umquam plurimi fuit, maxime cum deteriozem rem factam fur dando non liberatur: semper enim moram fur facere videtur.* («Če je stvar kondicirana (s tožbo *condictio*) *ex causa furtiva*, je vprašanje, glede na kateri trenutek se oceni vrednost spornega predmeta.

Sklenem lahko, da je v številnih primerih pravna podlaga tradicije zadoščala za prenos lastnine, hkrati pa ta ni bila zadostna, da bi prejemnik prejeto obdržal (*causa retinendi*).¹¹⁴ Če je torej izročitelj zmotno izpolnil nedolg, je dobroverni prejemnik sicer postal lastnik, vendar je moral pridobljeno izročiti na temelju *condicito indebiti*.¹¹⁵ Z drugimi besedami: treba je razlikovati med tradicijsko in »kondikcijsko kavzo«: prva namreč zagotavlja prehod lastnine, druga pa njeno ohranitev.¹¹⁶ Razlika med obema kavzama nastopi zato, ker kavze, ki se presojajo po subjektivni konceptiji, ne zahtevajo soglasja strank o namenu tradicije. To vprašanje postane relevantno šele z vidika neupravičene obogatitve.

Režim pravne podlage izročitve (*iusta causa traditionis*), ki ga zaznamuje mešana objektivno-subjektivna konceptija, lahko prikažemo takole:

- I. Objektivna konceptija kavze = zadostna, pravna in resnična kavza
 - prenos lastnine na blagu (*causa venditionis*),
 - prenos lastnine na posojilojemalca (*causa credendi*),
 - prenos lastnine na obdarjenca (darilo »iz rok v roke«) (*causa donationis*),
 - prenos lastnine ob izročitvi dote (*causa dotis*).
- II. Subjektivna konceptija kavze = zadostna in pravna kavza
 - prenos lastnine na kupnini – *causa emptionis*,
 - izpolnitev damnacijskega volila,
 - izpolnitev stipulacije,
 - izpolnitev obljube dote (*dotis promissio*) in *dotis dictio*,
 - vračilo posojila.

3. Eksegeza antinomije D. 41, 1, 36 in D. 12, 1, 18

3.1. Julijanov prvi primer: stipulacija – damnacijsko volilo

3.1.1. Mancipacija ali tradicija?

Julijan se v prvem primeru opredeljuje do veljavnosti tradicije zemljišča, ki jo je odsvojitelj izvršil z namenom izpolnitve damnacijskega volila, pridobitelj pa je menil,

Odločeno je bilo, da se upošteva čas, ko je imela stvar kadarkoli najvišjo vrednost in še posebej tat ne bo oproščen, če je stvar poslabšal, kajti šteje se, da je tat vedno v zamudi.«

¹¹⁴ Izraz je občepравни. Empell, 2020, 136 ss.

¹¹⁵ Kaser, 1971, str. 596: »Die *condictio* ist gerade dann zuständig, wenn die *causa* zwar ausreicht, um den Eigentumserwerb zu tragen, aber nicht, um das Behalten der Sache zu rechtfertigen.«

¹¹⁶ Kaser, 1961, str. 75, op. 56; Zimmermann, 1992, str. 854 ss. Odpad kavze v smislu kondikcijskega nauka (*condictio causa finita*) ne pomeni tudi samodejnega odpada tradicijske kavze. Kaserjevemu nauku nasprotuje Empell, 2020, str. 137, ki zagovarja, da sta koncepta kavze pri tradiciji in kondikciji enaka. Trdi namreč, da bi bilo nelogično sočasno zatrjevati, da je izpolnitev vrsta kavze (*solutio* = *causa traditionis*), po prenosu lastnine pa trditi, da je bila izpolnitev (*solutio*) izvršena *sine causa*.

da mu je izpolnjeval stipulacijski dolg.¹¹⁷ Ker Julijan pri tem ne zahteva soglasja strank o podlagi tradicije, temveč le soglasje o identiteti predmeta tradicije (*consensus in corpore*), se zdi, da zagovarja abstraktno tradicijo. Zagovorniki kavzalne zasnovne tradicije so zato prvi Julijanov primer pripisovali kompilatorski komisiji, ki naj bi abstraktno mancipacijo nadomestila s kavzalno tradicijo. Izhajali so namreč iz predpostavke, da je imel Julijan v mislih italsko zemljišče.¹¹⁸

Ugovora zoper tako rekonstrukcijo sta dva. Prvič, tradicija italskega zemljišča ni bila brez pravnih učinkov, ker je pridobitelju, če je bil odsvojitelj kviritski lastnik, zagotavljala tako imenovano bonitarno lastnino (*in bonis esse*). Drugič, Julijan bi utegnil obravnavati tradicijo provincialnega zemljišča (*fundus provincialis*), saj je bil dolga leta provincialni upravitelj v Germaniji. Vsekakor prepričljivejši je Lenelov sistematični argument, ki postavlja D. 41, 1, 36 v poglavje Julijanovih Digest, ki se ukvarja s fiducijo. Ta je bila redno povezana z abstraktnima mancipacijo ali z *in iure cessio*.¹¹⁹ Postavlja se vprašanje, zakaj bi se torej Julijanu – če bi ta v resnici obravnaval mancipacijo – sploh zdelo potrebno pripomniti, da nesoglasje o pravni podlagi nima vpliva na veljavnost mancipacije? Sodobna romanistika namreč izhaja iz dogme o abstraktni naravi mancipacije.¹²⁰ Mar torej v Julijanovem primeru ne bi šlo za povsem trivialno pripombo skoraj »nevredno« velikega klasika? Julijan vrh tega z izbiro besed (*non animadverto*) celo nakaže, da gre pri tem le za njegovo osebno mnenje in ne za *communis opinio*, ki so ga juristi navadno izražali z glagolom *constat*. Negotovost največjega rimskega jurista glede tako

¹¹⁷ Izhajamo iz predpostavke, da sta bila tako stipulacija kot vililo v tem primeru sama po sebi veljavna pravna posla.

¹¹⁸ Lenel, 1889, str. 355, tč. 222, op. 1–3, *traditur* nadomešča z *<mancipatur>*, *traditio* z *<mancipatio>*, *tradam* z *<mancipem>*. S tem soglašajo Strohal, str. 367; Pflüger, str. 44; Schulz, str. 353, op. k 606; Erbe, 1940, str. 106; Oven, 1952, str. 445; Honsell, Mayer-Maly in Selb, 1987, str. 159. Rekonstruirano besedilo bi se glasilo: *Cum in corpus quidem quod mancipio datur consentiamus, in causis vero dissentiamus, non animadverto, cur inefficax sit mancipatio, veluti si ego credam me ex testamento tibi obligatum esse, ut fundum dem, tu existimes ex stipulatu tibi eum debere.* (»Ko sva soglašala glede predmeta mancipacije, nisva pa soglašala glede pravnega temelja, ne vidim razloga, zakaj bi bila mancipacija neučinkovita: na primer ko sem verjel, da sem ti dolžan mancipirati zemljišče na temelju oporoke, ti pa si menil, da ti ga dolgujem iz stipulacije.«) Beseler, 1913, str. 57, je drugi Julijanov primer rekonstruiral takole: *Si fundum tibi donandi animo mancipio dem, tu quasi fiduciae causae datum accipias, nulla donatio est. Nam et si pecuniam numeratam tibi tradam donandi gratia, tu eam quasi creditam accipias, donatio non est.* (»Če ti zemljišče mancipiram z darilnim namenom, ti pa ga sprejmeš na poštenje (*quasi fiduciae causae*), to ni nastalo darilo. Kajti tudi če ti izročim denarni znesek z darilnim namenom, ti pa ga sprejmeš s posojilnim namenom, ne gre za darilo.«) Beselerjevo rekonstrukcijo sem vključil zgolj kot zanimivost, saj ilustrira skrajnosti »interpolacijskega lova« zadnjih desetletij 19. in prve polovice 20. stoletja.

¹¹⁹ Lenel, 1889, str. 355, tč. 222.

¹²⁰ Kavza, gospodarski namen razpolagalnega akta, ki je v prenosu neke oblastvene pravice, je mancipacijskemu ritualu »inherenten«, ker je obličnost sama in ne volja strank razodevala odsvojitveni značaj pravnega posla. Kaser, 1971, str. 414.

temeljnega vprašanja, kot je abstraktnost mancipacije, bi lahko ob sprejemu Lenelove palingenezije zamajala zakoreninjeno predstavo o mancipaciji kot abstraktnem poslu.¹²¹ Brez večjih pomislekov zato lahko sklenem, da je prvi del Julijanovega odlomka pristen.¹²² Ali je Julijan pisal o tradiciji provincialnega ali italskega zemljišča, ostaja nepojasnjeno, za naše potrebe pa vprašanje ni bistveno.¹²³

3.1.2. *Causa solvendi* ali *concursum duarum causarum lucratarum*?

Ernst Rabel je Julijanovo rešitev prvega primera kot prvi pojasnjeval s teorijo o izpolnitveni kavzi (*causa solvendi*).¹²⁴ To je opisal kot »pogodbo o osvoboditvi obveznosti« (Lösungsvertrag, Schuldaufhebungsvertrag).¹²⁵ Stranki, ki sta imeli med sabo nejasno definirane obveznosti, sta se strinjali, da te ukineta. Rablovo tezo je nadgradil Kaser in jo približal logiki poravnave (*transactio*). Ker želita stranki negotovo medsebojno razmerje dokončno razrešiti, se tiho odpovedujeta preverjanju dejanskega obstoja in obsega obojestranskih obveznosti.¹²⁶ Glavni očitek teoriji o izpolnitveni kavzi (*causa solvendi*) je v tem, da viri tega izraza kajpak ne omenjajo. Empell zato očita tako Kaserju kot Rabelu arhaiziranje klasičnega.¹²⁷ Empell zato prepričuje, da je v prvem Julijanovem primeru merodajna le kavza, ki si jo je kot relevantno zamisli dolžnik.¹²⁸ To naj bi bilo redno pravilo v primeru izpolnitve obveznosti, kadar je dolžnik isti *species* dolgoval na

¹²¹ Da je bila tudi mancipacija kavzalna, je menil le Hazewinkel-Suringa, 1931, str. 114 (navedek po Laborenz, 2014, str. 40). Skliceval se je na omembe kavz v mancipacijskih listinah: *emit mancipioque accepit* [...] (Bruns, 1909, str. 329); *fundum* [...] *nummo I* [...] *fidi fiduciae causa mancipio accepit* [...] (ibid. str. 334); *donationis causa mancipio accepit* [...] (ibid. str. 335). Danes je splošno sprejeto, da gre pri tem za dodatke kavtelarne prakse rimskih pisarjev. Gai. 1, 119–120 pri obravnavi mancipacijske obličnosti zahteve po omembi kavze ne omenja.

¹²² Kaser, 1972, str. 108: »[E]rfahrungsregel, dass überall dort, wo nicht handfeste Gründe für eine Interpolation nachweisbar sind, die historische Wahrscheinlichkeit für die Authentizität der Textaussage, mindestens in ihrem sachlichen Gehalt, spricht [...]«

¹²³ Krampe, 2014, str. 495; Flume, 1990, str. 55; Empell, 2020, str. 21; Laborenz, 2014, str. 41.

¹²⁴ Rabel, 1915, str. 440–441, § 39.

¹²⁵ Huber, 2007, str. 489.

¹²⁶ Kaser, 1961, str. 75

¹²⁷ Empell, 2020, str. 114.

¹²⁸ Paul. D. 50, 17, 159: *Non ut ex pluribus causis deberi nobis idem potest, ita ex pluribus causis idem possit nostrum esse.* (»Ne more nam na več temeljih nekdo dolgovati iste stvari na način, da bi ista stvar postala naša na več temeljih.«) Dolžnik je tisti, ki izbere, na katerem izmed več možnih pravnih temeljev, bo izpolnil obveznost. Gai. 3, 91: *quia is qui solvendi animo dat* (»ker je (relevanten) namen tistega, ki je zavezan izpolniti«). Empell, 2020, str. 114 ss.

temelju dveh stekajočih se neodplačnih pravnih temeljev (*concursum duarum causarum lucratarum*). V našem primeru sta to stipulacija¹²⁹ in damnacijsko volilo.¹³⁰

Iul. D. 44, 7, 17: *Omnes debitores, qui speciem ex causa lucrativa debent, liberantur, cum ea species ex causa lucrativa ad creditores pervenisset.*

Iul. D. 44, 7, 17: »Vsi upniki, ki dolgujejo individualno določeno stvar iz neodplačnega razloga, postanejo prosti, če ta stvar preide k upnikom iz neodplačnega razloga.«

Glede na to, da je prav Julijan kot eden prvih juristov preučeval pojav prenehanja obveznosti zaradi steka dveh lukrativnih pravnih temeljev – in to še posebej z vidika steka volila in stipulacije¹³¹ – se mi zdi Empellova interpretacija prvega Julijanovega primera primernejša od Rabelove.

3.2. Julijanov drugi primer: darilo – posojilo

3.2.1. *In eo, quod plus sit, semper inest et minus?*

V prvem Julijanovem primeru obe stranki nastalo obveznost, najsi bo to stipulacijska obljuba ali volilo, izpolnujeta, v drugem primeru pa želi izročitelj (darovalec) obveznost sicer ustanoviti, a jo hkrati ukiniti, pridobitelj pa s sprejemom posojenega zneska svojo obveznost zgolj ustanavlja. Pri prvem primeru gre tradicijo individualno določene stvari (*species*), pri drugem pa za tradicijo denarnega zneska (*genus*). Če je mogoče prvi Julijanov primer zaradi sovpada kavz, ki obe delujeta po načelu subjektivne koncepcije, še dokaj preprosto umestiti v model izpolnitvene kavze ali po Empellovi razlagi v *concursum duarum*, kaj takega v drugem primeru ni mogoče. Številni romanisti so zato Julijanovi pritrditvi prehoda lastninske pravice odrekli pristnost,¹³² reprezentativnost¹³³

¹²⁹ Stipulacija je lahko lukrativni (obljuba darila) ali onerozni pravni posel (na primer obljuba dote). Iz našega primera ni jasno, za kakšno obliko stipulacije je šlo.

¹³⁰ Obveznost stipulacijskega dolžnika je prenehala, če je upnik individualno določeno stvar prejel na temelju darila ali volila (Inst. 2, 20, 6 ; Iul. D. 30, 82, pr.–1). O tem Empell, 2020, str. 176 ss; Lambrini, 2000; Kaser, 1971.

¹³¹ Iul. D. 30, 82, pr. Tudi Julijanov učenec Afrikan obravnava stek volila in stipulacije v D. 30, 108, 4. Glej tudi Schulz, 1917, str. 199.

¹³² Schulz, 1932, str. 548–549: »Die berühmte Antinomie sollte man bei der weiteren Erörterung des Problems [namreč problema vsebine zadostnega pravnega temelja tradicije] ganz beiseite lassen. Beide Stellen sind interpoliert, das steht fest. Eine verlässliche Rekonstruktion ist nicht möglich, das sollten die vorhandenen Rekonstruktionsversuche lehren. Man kann die Texte inhaltlich wenigstens teilweise rekonstruieren, auf Grund der Anschauung, die man aus andern Quellen gewonnen hat; selbständigen Beweiswert haben solche Rekonstruktionen nicht.«

¹³³ Pflüger, 1923, str. 46: »Seine Entscheidung [mišljena je Julijanova odločitev] galt einzig und allein dem Falle, wenn der Geber schenken will und der Empfänger meint es handle sich um ein Darlehen.«

ali mu celo očitali slab okus pri izbiri ponazoritve uvodne teze.¹³⁴ Nekoliko manj resignirajoči interpreti se so lotili mestoma že kar neokusnih natezanj Julijanovega stališča v Prokrustovo posteljo ustaljene teorije kavzalne tradicije.

Eisele je denimo zagovarjal stališče, da je v vsakem darilu po pravilih formalne logike vsebovano tudi posojilo.¹³⁵ Kar je z vidika izročitelja namreč več (*plus*) – darilo, naj bi vsebovalo tudi manj (*minus*) – posojilo.¹³⁶ Izhajal je iz Senece, ki trdi, da se usluga (*beneficium*) približuje posojilu z zelo dolgo ročnostjo (*beneficium creditum insolubile esse* – »usluga je posojilo, ki ga ni treba povrniti«).¹³⁷ Kot ugotavlja Verboven, se je v kontekstu rimskih patronatskih odnosov dajanje posojila (*mutuum*), ki samo po sebi ni bilo obrestovano, na nek način stapljalo z darilom.¹³⁸ Darilo naj bi bilo lukrativni pravni posel le v očeh juristov. V resnici pa vsako obdarovanje (enako kot posojilo) napoveduje sicer časovno in vsebinsko nedefinirano protidajatev.

Med darovalcem in posojilojemalcem naj bi torej v Julijanovem drugem primeru nastala veljavna posojilna pogodba kot najmanjši skupni imenovalec obeh pravnoposlovnih volj (»Minimalkonsens«).¹³⁹ Prav posojilna pogodba naj bi bila kavza, ki utemeljuje prehod lastnine. Tako zamišljeno kongruenčno načelo (»v večjem je vsebovano tudi manj«) je v luči ostalih rimskih virov izpričano le pri »kvantitativnih«, ne pa tudi pri »kvalitativnih« nesoglasjih. Kvantitativno nesoglasje med strankama, ki ne bi vplivalo na veljavnost pogodbe, bi bilo denimo podano, če bi imel zakupodajalec pri sklepanju zakupne pogodbe v mislih nižji, zakupojemalec pa višji znesek zakupnine. Zakupna pogodba bi bila v tem primeru veljavno sklenjena, zakupnina pa ne bi presegla nižjega

¹³⁴ Hupka, 1932: »Darum und nur darum mußte mit den neuen — zu allem tauglichen — Mitteln der Beweis versucht werden, daß Iulian das schnurgerade Gegenteil von dem gemeint und etwas völlig anderes geschrieben habe, als was uns in der 1. 36 D. 41, 1 überliefert ist.« Strohal, str. 367: »[V]on Iulian in der zweiten Hälfte unseres Fragments gegebene Beispiel möglichst schlecht gewählt erscheint.«

¹³⁵ Eisele, 1885, str. 11: »Von diesem Standpunkte aus läßt sich die causa donandi mit der causa credendi oder solvendi in quantitativem Sinne vergleichen, und als daß maius im Gegensatz zu dem minus auffassen.«

¹³⁶ Paul. D. 50, 17, 110 pr.: *In eo, quod plus sit, semper inest et minus.* (»Tisto, kar je več, vedno vsebuje tudi kar je manj.«) O tem Backhaus, 1983, z vidika Julijanovega odlomka zlasti str. 164–166.

¹³⁷ Seneca, De benef., 4, 12, 1.

¹³⁸ Verboven, 2002, str. 120: »The difference between loans and gifts in the context of *amicitia* and patronage is often small.« Enako že Knies, 1876, str. 208: »[Mutuum] war kein Geschenk, sondern die Rückgabe wurde erwartet, allein es schloss an sich kein Rechtsmittel ein, durch welches die Rückgabe allenfalls erzwungen werden konnte. Diese war lediglich eine sittliche Pflicht, oder auch eine Ehrensache des Verpflichteten, und er setzte sich, wenn er nicht zahlte, der Missgunst und Rache seines Gläubigers aus.« Knies želi povedati, da iz posojila ne izhaja specifična tožba, pač pa so uporabljali isto tožbo kot pri stipulaciji.

¹³⁹ Schermeier, 1998, str. 259.

zneska, torej zneska, ki si ga je zamislil zakupodajalec.¹⁴⁰ V primeru, ki ga obravnavata Julijan in Ulpijan, ne gre za kvantitativno nesoglasje o višini zneska darila oziroma posojila, temveč za kvalitativno nesoglasje o vrsti zavezovalnega pravnega posla.¹⁴¹ Darilo in posojilo torej nista *plus* in *minus*, temveč *aliud* in *aliud*. Razlikujeta se po ciljih¹⁴² in po predpostavkah njune veljavnosti,¹⁴³ skupni imenovalc pa je zgolj v njunem končnem cilju, to je prenosu lastnine.

3.2.2. V iskanju izgubljene kavze

Kot smo že ugotovili, na podlagi Julijanovega odlomka ni mogoče sklepati, ali je veliki klasik v drugem primeru potrdil obstoj posojilne pogodbe. Zato je Flume z nekakšnim kompromisnim kavzalnim pristopom predlagal, da naj se Julijanova potrditev prehoda lastnine utemlji s tem, da je že samo soglasje o prenosu lastnine (*«iusta causa für den Eigentumserwerb»*) zadostna kavza.¹⁴⁴ S to interpretacijo želi Flume preseči tezo, da je bil Julijan zastavonoša abstraktne tradicije. Flumejevo tezo nadgrajuje Laborenz, ki meni, da golo strinjanje o prenosu lastnine še ne more konstituirati samostojne kavze, saj je za lastninskim prenosom vselej tudi neki gospodarski namen.¹⁴⁵ Laborenz kompromisno sklene, da za veljavnost tradicije zadošča soglasje izročitelja in pridobitelja o tem, da se s prenosom lastnine izpolni neka obveznost. Ali ta obveznost obstaja in za katero obveznost konkretno gre, z vidika samega prenosa lastnine ni odločilno, saj se neupravičeni prenosi rešujejo v obogatitvenem pravu. Laborenzova teza pomeni nadgradnjo Kaserjevega stališča iz leta 1961, saj za veljavnost tradicije ne zahteva več soglasja strank o konkretnem namenu izpolnitve obveznosti (*«Zweckvereinbarung»*), torej soglasja, da se nekaj izroča z namenom izpolnitve, denimo stipulacije, volila, vračila posojila ipd.¹⁴⁶

¹⁴⁰ Pomp. D. 19, 2, 52: *Si decem tibi locem fundum, tu autem existimes quinque te conducere, nihil agitur: sed et si ego minoris me locare sensero, tu pluris te conducere, utique non pluris erit conductio, quam quanti ego putavi.* (»Če bi ti dal v zakup zemljišče za deset, ti pa bi menil, da ti ga dajem za pet, ni bilo nič sklenjeno. Toda, če pa jaz mislim, da ti dajem v zakup za nižji znesek, ti pa misliš, da ti ga dajem za višji znesek, višina zakupnine ne bo presejala zneska, ki sem ga imel jaz v mislih.«) Glej tudi Ulp. D. 45, 1, 1, 4.

¹⁴¹ Analogijo je zagovarjal Eisele, 1885, str. 11. Nasprotoval mu je Betti, 1930, str. 318, ki glede D. 19, 2, 52 razlikuje: »[I]l disaccordo ha per oggetto solo una differenza puramente quantitativa, poichè cade, appunto, sull'ammontare del fitto. Per contro, nel caso considerato da Giuliano, il dissenso ha per contenuto una differenza qualitativa [...]«.

¹⁴² Betti, 1930, str. 317: »Chi dona, vuole spesso dare alla controparte una dimostrazione di simpatia o di umanità: ora è chiaro che tale scopo verrebbe interamente frustrato se, contro il proposito del tradente, il dono si dovesse convertire in un prestito.«

¹⁴³ Pomislimo na številne omejitve obdarovanja (na primer *Lex Cincia* in omejitve obdarovanja med zakonci) in omejitve posojil sinovom pod oblastjo (*SC Macedonianum*).

¹⁴⁴ Flume, 1990, str. 56.

¹⁴⁵ Laborenz, 2014, str. 50.

¹⁴⁶ Schermeier, 2018, str. 797.

3.2.3. *Iusta causa traditionis* v luči putativnega naslova priposestvanja

Pomemben pristop k vrednotenju Julijanovega odlomka D. 41, 1, 36 je, kot smo videli že pri prvem primeru s pritegnitvijo nauka o steku neodplačnih temeljev, prav kontekstualizacija vira v luči Julijanovih siceršnjih naukov. Da je tudi v drugem primeru odlomka D. 41, 1, 36 deloval Julijanov izvirni genij, ki ga ni mogoče vkalupiti v sistem kavzalne tradicije, utemeljum s primerjavo juristovega odnosa do putativnega naslova priposestvanja (*iustus titulus usucapionis*).¹⁴⁷ Pri tem gre za vprašanje, ali in v katerih primerih se je dobroverni posestnik smel sklicevati na priposestvanje, če je bil pravni naslov priposestvanja neobstoječ oziroma pravno neveljaven, priposestvovalec pa je bil vsaj ob prepustitvi stvari v posest prepričan v njegov dejanski obstoj (*titulus putativus*).¹⁴⁸ Glede priposestvanja na podlagi prodajne pogodbe, darila in dote je po stališčih klasikov veljalo, da je bilo priposestvovalcu treba izkazati tako veljavnost prodaje¹⁴⁹ kot tudi darila in dote.¹⁵⁰ Tudi voljeno stvar je bilo mogoče priposestovati le, če

¹⁴⁷ Glej Sampson, 2020, str. 57–58.

¹⁴⁸ *Iustus titulus (iusta causa usucapionis)* zajema poleg priznanih pravnih podlag tradicije (*usucapio pro donato, pro dote, pro emptore, pro soluto*) tudi primere priposestvanja stvari, ki je bila (domnevno) voljena z vindikacijskim volilom (*usucapio pro legato*), če predmet volila ni bil zapustnikov, volilo pa je bilo (na primer zaradi obličnostnih razlogov) neveljavno; priposestvanje stvari, za katero je dobroverni posestnik mislil, da je bila zavržena (*usucapio pro derelicto*); ali stvari, ki naj bi spadala v dediščino (*usucapio pro herede*). K temu je treba dodati še druge oblike putativnih naslovov, ki so povezani z izvirnimi temelji priposestvanja. Te nekateri juristi obravnavajo pod zbirnim naslovom *usucapio pro suo* (»priposestvanje stvari kot svoje«). Glej na primer Paul. D. 41, 2, 3, 21. O tem Mayer-Maly, 1962; Kaser, 1961, str. 82; Kaser, 1971, str. 422. Mnenja romanistične stroke o tem, ali sploh in čemu so rimski juristi pravni naslov priposestvanja in pravno podlago izročitve presojali različno, so deljena. Kljub temu pa se ponuja naslednja razlaga: ker priposestvanje zadeva interes tretje osebe (namreč izgubo lastninske pravice lastnika, ki se za svojo stvar ni menil), se *iustus titulus usucapionis* presoja strožje kot *iusta causa traditionis*. Kavza tradicije pa naj bi se – ker gre za interno razmerje med izročiteljem in pridobiteljem lastninske pravice – presojala mileje. To naj bi potrjevala prav Julijanova rešitev. Primerjaj Kaser, 1961, str. 92: »Wer vom Nichteigentümer erwerben und hernach eressen hat, der hat damit bewirkt, dass ein am Traditionsgeschäft unbeteiligter Dritter, der wahre Eigentümer, sein Eigentum verloren hat. [...] Diese ‚Drittwirkung‘ der usucapio könnte es rechtfertigen, dass man an die *causa usucapionis* strengere Anforderungen gestellt hat als an die *causa traditionis*.« Drugače Kranjc, 2020, str. 411. Ob vseh navedenih razhajanjih v zvezi z razmerjem med tradicijo in priposestvanjem smo soočeni z dejstvom, da razen Iul. D. 41, 1, 36 nimamo reprezentativnih virov, iz katerih bi lahko skleпали, kakšne posledice na veljavnost zavezovalnega posla bi po stališču rimskih juristov utegnila imeti zмотa o vrsti kavze.

¹⁴⁹ Paul. D. 41, 4, 2 pr.; Pap. D. 41, 8, 3 pr.; Paul. D. 41, 3, 48: [*S*]i putem me ex causa venditi teneri et ideo tradam: hic enim nisi emptio praecedat, pro emptore usucapio locum non habet. (»[Č]e mislim, da sem ti zavezan iz prodaje in ti zato izročam, velja, da kupec ne bo mogel priposestvovati *pro emptore*, če ni predhajala kupna pogodba.«)

¹⁵⁰ Paul. D. 41, 6, 1 pr.; Ulp. D. 41, 9, 1, 3.

je bilo volilo veljavno napravljeno.¹⁵¹ Po drugi strani se pri priposestvanju stvari, ki je bila izročena z namenom izpolnitve obveznosti (*pro soluto*), torej izpolnitve stipulacijske obljube, damnacijskega volila, plačila kupnine ali vračila posojil, ne zahteva obstoj veljavnega zavezovalnega pravnega posla.¹⁵²

Kljub temu se pojavijo težnje posameznih juristov, zlasti Julijana, ki omogočajo priposestvanje tudi na podlagi zgolj domnevnega naslova. Če je denimo kupec utemeljeno domneval, da je bil prodajalec duševno zdrav ali pa da kupuje od doraslega, so izjemoma dopustili priposestvanje stvari, čeprav prodajna pogodba zaradi poslovne nesposobnosti izročitelja ni bila veljavna.¹⁵³ Po Afrikanovem pričevanju je tudi njegov učitelj Julijan dopustil priposestvanje na podlagi putativnega naslova:

Afr. D. 41, 4, 11: *Quod volgo traditum est eum, qui existimat se quid emisse nec emerit, non posse pro emptore usucapere, hactenus verum esse ait, si nullam iustam causam eius erroris emptor habeat: nam si forte servus vel procurator, cui emendam rem mandasset, persuaserit ei se emisse atque ita tradiderit, magis esse, ut usucapio sequatur.*

Afr. D. 41, 4, 11: »Kar splošno velja, da tisti, ki meni, da je kupil in [v resnici] ni kupil, ne more priposestvovati kot kupec, je, kot pravi [Julijan], res takrat, kadar nima kupec nobenega upravičenega razloga za to zmoto. Če ga je namreč suženj ali vesoljni oskrbnik, ki mu je naročil, da naj stvar kupi, prepričal, da jo je kupil in mu [jo] tako izroči, je bolj prav, da sledi priposestvanje.«¹⁵⁴

¹⁵¹ Ulp. D. 41, 8, 1 pr.: *Legatorum nomine is videtur possidere cui legatum est: pro legato enim possessio et usucapio nulli alii, quam cui legatum est, competit.* (»Na temelju volila se zdi, da poseduje tisti, komur je veljavno voljeno; posest in priposestvanje *pro legato* pripadata le tistemu, komur je bilo voljeno.«)

¹⁵² Kaser, 1971, 421. Glej Paul. D. 41, 3, 48 pr.: *Si existimans debere tibi tradam, ita demum usucapio sequitur, si et tu putes debitum esse.* (»Če menim, da ti nekaj dolgujem in ti to izročim, takoj sledi priposestvanje, če tudi ti misliš, da ti je dolgovano.«) Hermog. 41, 3, 46 pr.: *Pro soluto usucapit, qui rem debiti causa recipit: et non tantum quod debetur, sed et quodlibet pro debito solutum hoc titulo usucapi potest.* (»*Pro soluto* priposestvuje tisti, ki sprejme dolgovano stvar; in ne le tisto, kar je dolgovano, temveč tudi katerokoli drugo stvar sme priposestvovati po tem naslovu.«)

¹⁵³ Ulp. D. 6, 2, 7, 2: *[E]um, qui a furioso ignorans eum furere emit, posse usucapere [...]* (= Paul. D. 41, 3, 13, 1) (»[T]isti, ki je nevede kupil od umobolnega, sme priposestvovati [...]«); Gai. D. 6, 2, 13, 2: *Qui a pupillo emit, probare debet tutore auctore lege non prohibente se emisse. sed et si deceptus falso tutore auctore emerit, bona fide emisse videtur.* (»Kdor je kupil od nedoraslega, mora dokazati, da je kupil v varuhovo avtorizacijo in da zakon tega ne prepoveduje. Toda, če je prevaran kupil od lažnega varuha, se zdi, da je kupil v dobri veri.«) Ner. D. 41, 10, 5: *[P]robabilis error possidentis usucapioni non obstat, veluti si ob id aliquid possideam, quod servum meum aut eius, cuius in locum hereditario iure successi, emisse id falso existimem, quia in alieni facti ignorantia tolerabilis error est.* (»[P]riposestvanja ne ovira opravičljiva posestnikova zmota, če na primer nekaj posedujem zato, ker zmotno menim, da je to kupil moj suženj ali suženj tistega, na katerega mesto sem stopil na temelju dednega prava, ker je opravičljiva zmota, ki izvira iz nepoznavanja tujih dejstev.«) Prevod po Kranjc, 2013, str. 62, primer 156.

¹⁵⁴ Prevod po Kranjc, 2013, str. 62, primer 159.

Julijan je torej menil, da lahko že gospodarjevo utemeljeno prepričanje o tem, da je njegov suženj ali oskrbnik stvar, ki se nahaja v gospodarjevi (posredni ali neposredni) posesti, veljavno kupil, omogoča priposestvanje stvari, ki dejansko ni bila kupljena. Razvidno je, da se je Julijan k abstrahiranju pravne podlage nagnil tudi pri priposestvanju in ne zgolj pri tradiciji.¹⁵⁵ Če Julijanovo stališče tudi tokrat primerjamo z Ulpijanovim, ugotovimo, da je bil Ulpijan zelo skeptičen tudi do putativnega naslova. Sklicevanje na priposestvanje *pro legato* dopušča zgolj volilojemniku, ki mu je bila stvar veljavno voljena.¹⁵⁶ Stvari, ki je bila možu dana za doto, če do veljavne sklenitve zakonske zveze ni prišlo, ta ne more priposestvovati.¹⁵⁷ Tudi priposestvanje na podlagi neveljavne prodajne pogodbe v smislu zbirnega naslova *pro suo* Ulpijan v celoti zavrne.¹⁵⁸

Iz navedenih mest, ki obravnavajo putativni naslov priposestvanja, je očitno, da sta imela Julijan in Ulpijan tudi glede tega vprašanja – enako kot pri vprašanju dojemanja narave pravne podlage izročitve – različne poglede. Ker jima nekonsistentnosti ne moremo očitati, menim, da so poskusi interpretacije Julijanovega odlomka D. 41, 1, 36 v kavzalnem duhu dandanes povsem nesprejemljivi.

3.3. Ulpijanov odziv: *Iulianus scribit donationem non esse ...*

3.3.1. Trk »načelne« in »institucionalne« misli?

Ulpijan v D. 12, 1, 18 trdi, da je Julijan v drugem primeru zavrnil nastanek veljavnega darila.¹⁵⁹ Vendar tudi misel, da bi bil posojilni namen kot nekaj manjšega vsebovan v darilnem namenu, jurista ni prepričala. Ulpijan namreč zahteva popolno soglasje obeh strank o temelju izročitve.¹⁶⁰ S to argumentacijo se pokaže kot predstavnik »šolske« juri-sprudence, torej miselnosti, ki stavi na dogmatizem. Julijanova drznost pri potrditvi pre-

¹⁵⁵ O tem Mayer-Maly, 1962, str. 33. Glej tudi Schulz, 1951, str. 358.

¹⁵⁶ Ulp. D. 41, 8, 1 se zoperstavlja Hermog. D. 41, 8, 9, ki dopušča priposestvanje *pro legato*, čeprav je bilo volilo neveljavno.

¹⁵⁷ Ulp. 41, 9, 1, 4.

¹⁵⁸ Ulp. D. 41, 3, 27. S tem se zoperstavlja Julijanovemu mnenju v D. 41, 4, 11.

¹⁵⁹ Ulp. D. 39, 5, 19, 2: *Non potest liberalitas nolenti adquiri.* (»To, kar je dano iz radodarnosti, tistemu, ki tega noče, ni treba pridobiti.«) Paul. D. 50, 17, 69: *Invito beneficium non datur.* (»Proti volji se usluga ne daje.«)

¹⁶⁰ Iav. D. 44, 7, 55: *In omnibus rebus, quae dominium transferunt, concurrat oportet affectus ex utraque parte contrahentium: nam sive ea venditio sive donatio sive conductio sive quaelibet alia causa contrahendi fuit, nisi animus utriusque consentit, perducere ad effectum id quod inchoatur non potest.* (»Pri vseh stvareh (pravnih poslih), s katerimi se prenaša lastnina, se po civilnem pravu zahteva obojestranska volja strank: čeprav je obstajala prodajna ali najemna ali katerakoli druga pravna podlaga, brez soglasja volj obeh strank namreč tisto, kar je bilo začeto, ne more pridobiti pravnega učinka.«) O pomenu Javolenovega odlomka, ki sovпада z Ulpijanovo zahtevo po soglasju strank o namenu tradicije, glej Empell, 2020, str. 181 ss.

hoda lastnine v drugem primeru D. 41, 1, 36 se mu upira. Behrends meni, da je visoke klasike zaznamovala misel grške filozofije. Sabinijanci, med katere uvrščajo tudi Julijana, naj bi bili privrženci stoe, prokulijanci pa skeptične Akademije. Prvi naj bi bili zavezani liberalni, drzni, domiselni, vendar tudi težje obvladljivi »načelni misli« (»prinzipielles Denken«), druge naj bi zaznamovala nekoliko bolj toga šolsko-shematična »institucijska« misel (»Institutionelles Denken«).¹⁶¹ Ulpijana, ki se odpoveduje nadaljevanju problemske razprave med starimi korifejami in se običajno omejuje na razgrnitev kazuističnega pravnega izročila, bi lahko zaradi didaktično zasnovanih miselnih shem prištevali k drugi skupini.¹⁶² Empell k temu doda, da sta Julijan in Ulpijan izhajala iz drugačnih pogledov na odnos med pravom in moralo. Julijan se ogradi od pravno predvidljivega zanikanja prehoda lastnine v drugem primeru, s čimer pokaže, da mu gre bolj kot za sledenje kazalno zasnovanemu nauku za spodbujanje zunajpravne vrednote prijateljstva (*amicitia*).¹⁶³ Ta se kaže v tem, da je treba včasih zaradi ohranjanja dobrih socialnih odnosov kaj sprejeti (in pravno gledano na tem pridobiti lastnino) tudi proti svoji volji:

Seneca, De benef. 2, 18, 6: »*Non semper*« *inquit*, »*mibi licet dicere: nolo*«; *aliquando beneficium accipiendum est et invito*.

Seneca, De benef. 2, 18, 6: »'Ne vedno' pravi, 'smem reči: Nočem.' Včasih je treba uslugu sprejeti tudi proti svoji volji.«

3.3.2. *Consumptio nummorum*

Iz Julijanovega odlomka ni razvidno, ali je prenos lastnine utemeljeval na veljavni tradiciji ali na pridobiteljevi dobroverni porabi denarnega zneska (*consumptio nummorum*) kot načinu izvirne pridobitve lastninske pravice.¹⁶⁴ O porabi denarja govorimo, ko dobroverni posestnik novce v denarnem prometu porabi tako, da teh ni mogoče več zasledovati, ker jih ni mogoče individualizirati.¹⁶⁵ Najkasneje s porabo (*consumptio nummorum*) oziroma z zmešanjem tujega denarja (*commixtio nummorum*) s pridobiteljevim lastniku ugasne reivindikacija denarnega zneska (*vindicatio nummorum*):

Iav. D. 46, 3, 78: *Si alieni nummi inscio vel invito domino soluti sunt, manent eius cuius fuerunt: si mixti essent, ita ut discerni non possent, eius fieri qui accepit in libris gatii scriptum est, ita ut actio domino cum eo, qui dedisset, furti competeret.*

¹⁶¹ Behrends, 1978, str. 190 in 193.

¹⁶² Wieacker, 2006, 131: »Ulpian kam es nicht auf die Fortsetzung der Problemdiskussion an, sondern auf die vollständige Darlegung der Tradition [...] Kreativen Kombinationen oder Apercus eines Labeo, Celsus, Julian oder noch Papinian ließ dieser Aufgabe nicht mehr viel Raum [...]«

¹⁶³ Empell, 2020, str. 253: »Bewertung [Ulpian] ist frei von moralischen, auf die *amicitia* bezogenen Prinzipien, sondern rein rechtlicher Natur. Insofern trennt Ulpian zwischen Recht und Moral.«

¹⁶⁴ O *consumptio nummorum* kot obliki izvirne pridobitve lastninske pravice glej Gamauf, 2001; Kaser, 1961, 193 ss.

¹⁶⁵ Empell, 2020, str. 91, op. 83 z navedbo lit.

Iav. D. 46, 3, 78: »Če je bilo brez vednosti ali proti volji lastnika plačano s tujimi novci, ostanejo le-ti last tistega, čigar so bili. Če so se pomešali, tako da jih ni mogoče razločiti, potem postanejo, kot je bilo zapisano v knjigah Gaja (Kasija), last tistega, ki jih je sprejel, tako da bo pripadla lastniku zoper tistega, ki jih je dal, tožba iz naslova tatvine.«¹⁶⁶

Kaser sicer ugotavlja, da so rimski juristi pomešanje novcev tiho predpostavljali predvsem pri vsakodnevni poslih.¹⁶⁷ Pri izplačilih večjih zneskov so novce hranili v posebnih vrečah (*sacculus*) prav zato, da bi se izognili posledicam lastninskega prenosa na izvirni način. Ker Julijan porabe ali mešanja denarja ni izrecno omenil, obenem pa tudi ne vemo, za kakšen znesek je šlo, je najbrž dopustno šteti, da je imel v mislih učinke veljavne tradicije in ne učinke izvirne pridobitve lastnine. Ulpijan v svojem odlomku pojasnjuje, da bi do prehoda lastnine na novcih in s tem do pretvorbe vindikacije v kondikcijo prišlo tedaj, ko bi pridobitelj novce porabil (*si eos [sc. nummos] consumpserit*). Nekdanji lastnik je zato smel neupravičeni premoženjski prenos kot posledico izvirne pridobitve lastnine sanirati z obogatitveno tožbo.¹⁶⁸

Gai. 2, 79: [*E]xtinctae res, licet vindicari non possint, condici tamen furibus et quibusdam aliis possessoribus possunt.*

Gai. 2, 79: »[S]tvari, ki ne obstajajo več, četudi jih ni mogoče vindicirati, jih je mogoče kondicirati od tatov in od nekaterih drugih posestnikov.«

3.3.3. *Dissensum Ulpiani et Juliani mere subtilem esse!*¹⁶⁹

Ulpijan v D. 12, 1, 18 naposled ugotovi, da so bile vse dileme glede iskanja ustreznega pravnega sredstva – vindikacije ali kondikcije – pravzaprav odveč. Vprašanje, ali je lastninska pravica po kavzalni interpretaciji prešla šele ob porabi izročnega denarnega zneska ali že ob prepustitvi v posest pridobitelja, sploh ni bistveno. Ulpijanu se zdi pomembnejše, da je izročitelj sprva ravnal z darilnim namenom. Če bi si kasneje premislil in (bodisi z reivindikacijo bodisi s kondikcijo) zahteval vračilo tega zneska, bi ravnal dolozno. Vestnost in poštenje velevata, da ni nikomur dovoljeno, da pride v nasprotje s svojim prvotnim dejanjem (*Venire contra factum proprium nulli conceditur*).¹⁷⁰ Ulpijan

¹⁶⁶ Prevod po Kranjc, 2013, str. 76, primer 193. O odlomku glej Gamauf, 2001, str. 149.

¹⁶⁷ Kaser, 1961, str. 191.

¹⁶⁸ Povračilni zahtevek, ki ni posledica neutemeljene izpolnitve obveznosti, imenuje sodobna teorija verzija. O tem Cigoj, 2003, 267 ss.

¹⁶⁹ »Nesoglasje med Ulpijanom in Julijanom je zgolj dlakocepstvo!« Schulting, 1820, str. 20, op. 3.

¹⁷⁰ To načelo je v delu *Brocardica* izpeljal glosator Azo. Wieling, 1987, str. 97. Naslonil se je na Ulp. D. 44, 4, 2, 4: *Dolo enim facere eum, qui contra pactum petat, negari non potest* (»Da ravna dolozno tisti, ki vtrožuje nekaj, o čemer je bil sklenjen [drugačen] dogovor, ni mogoče zanikati.«), in Iust. C. 2, 3, 29 pr.: [*N]emini licere adversus pacta sua veniret contrahentes decipere* (»Nikomur ni dovoljeno, da pride v navzkrižje s svojim dogovorom in tako prevara pogodbenike«). Glej tudi Honsell, Mayer-Mally in Selb, 1987, str. 372.

zato pridobitelju, ki bi ga prizadela izročiteljeva zloraba procesne pravice, prizna *exceptio doli praesentis (generalis)*.¹⁷¹ Ta »metla vseh hudobij«, kot jo je hudomušno imenoval Cicero,¹⁷² je tudi tokrat po procesni poti elegantno razrešila problem antinomije in jo hkrati degradirala na raven dogmatične subtilnosti.

Ugovora *exceptio doli* Ulpijan ne prizna prejemniku v svojem drugem (*depositum – mutuum*) in tretjem primeru (*mutuum – commodatum*). V obeh primerih gre namreč za zgolj didaktično nizanje primerov očitno nezadostnih izročitvenih kavz. Če izročitelj denarni znesek prepusti v hrambo, pridobitelj pa bi znesek v zmoti porabil kot da je posojen, ostaja izročitelju na voljo kondikcija. V tem primeru ne bi šlo za *condictio ex causa furtiva*, saj porabnikova zmoti, če je opravičljiva, izključuje tatinski namen.¹⁷³ Nasprotno bi veljalo v tretjem primeru, kjer prejemnik denarni znesek vede sprejema zgolj na posodo, nato pa ga brez dovoljenja lastnika porabi.

4. Sklep

Antinomija ni navidezna. Julijan in Ulpijan sta imela na vprašanje narave kavze tradicije različne poglede. Tako kot Ulpijanovega stališča ni dopustno interpretirati abstraktno, tudi Julijanovega stališča ni dopustno interpretirati kavzalno. Poskusi prikrajanja običajnega pomena ustaljenih fraz rimskih pravnih virov za legitimacijo pravnodogmatičnih novosti so v romanistiki preživeti. Spadajo v čase pandektistike, torej obdobja, ko je rimsko pravo veljalo kot subsidiarno pozitivno pravo, ki ga je bilo treba harmonizirati za vsako ceno. Danes je stališča rimskih juristov ustrezneje presojati ob upoštevanju njihovega individualizma in v kontekstu celotnega opusa. Antično rimsko pravo ni bil monoliten sistem, temveč kazusitični *ius controversum*, ki so ga izoblikovali juristi s sebi lastnimi filozofskimi in pravopolitičnimi pogledi.¹⁷⁴

Julijanov odlomek razumem kot enega v celi vrsti primerov, kjer si je ta jurist privoščil odstop od tedaj prevladujoče pravne doktrine. Spomnimo se le treh znamenitih primerov. Po prevladujočem stališču pred evikcijo pravnih napak ni bilo mogoče uveljavljati, saj je bil prodajalec kupcu dolžan zagotoviti le mirno posest, uporabo in uživanje prodanega blaga,¹⁷⁵ Julijan si iz splošnega načela dobre vere in poštenja, ki izključuje

¹⁷¹ Gai 4, 119: [S]i in ea re nihil dolo malo Auli Agerii factum [...] fiat. (»[Č]v tej zadevi [...] ne počenja ničesar s hudobnim naklepom«).

¹⁷² Cic. De nat. deor. 3, 74: [E]verriculum malitiarum omnium iudicium de dolo malo [...] (»[T]ožba glede zvičajne prevare je metla vseh hudobij [...]«)

¹⁷³ Gai. 3, 197: [F]urtum sine dolo malo non committitur. (»Ni tatvine brez [tatinskega] naklepa.«) Glej tudi Gai. D. 41, 3, 37.

¹⁷⁴ Vsekakor niso bili *personae fungibiles*, torej vzajemno nadomestljive osebe, kot jih je zaradi jezikovne, slogovne in vsebinske ubranosti označil Savigny, 1814, str. 157.

¹⁷⁵ Diocl. C. 8, 44, 27.

zvičajno prevaro ni okleval izpeljati pravnega sredstva za varstvo prevaranega kupca še pred evikcijo, če je le prodajalec vedoma prodal tujo stvar (Afr. D. 19, 1, 30, 1). Julijan je kupcu, ki mu je zaradi stvarne napake (bolezni kupljene živine) nastala posledična škoda (okužba kupčeve živine), priznal zahtevek na povrnitev tudi posledične škode, če je le prodajalec vedel, da je bila živina obolela in torej lahkomišelnost sprejel možnost, da bo kupcu nastala škoda tudi na drugih njegovih dobrinah (Ulp. D. 19, 1, 13 pr.). Za kontekstualizacijo Julijanove odločitve v D. 41, 1, 36 ima bistven pomen tudi juristovo široko priznavanje putativnega naslova pri priposestovanju *pro emptore* (Afr. D. 41, 4, 11).¹⁷⁶

Julijan je torej večkrat pokazal, da je pri svoji respozni dejavnosti dajal prednost praktičnim rešitvam, ki jih smemo oceniti kot posebej izvirne. Ulpijan se v D. 12, 1, 18 sklicuje zgolj na Julijana, kar morda pomeni, da je veliki jurist tudi to pot oral ledino. Z izbiro besed, kot so *non animadverto* (»ne vidim razloga«) ali *constat* (»velja«), se celo pokaže kot očitna avtoriteta tedanje jurisprudence. Drugih juristov kajpak ne navaja. Julijanov cilj ni bil sledenje izbrušeni in togi dogmatiki, kot se večkrat kaže pri didaktično naravnemu Ulpianu, juristu »institucionalnega« kova (Behrends), temveč iskanje najprimernejše, uporabne in najpravičnejše rešitve v konkretnem primeru.¹⁷⁷ Prav zaradi prodorne miselne samoniklosti mu je cesar Hadrijan poveril redakcijo pretorskega edikta (*Edictum perpetuum*), Justinijan pa ga je med vsemi juristi v digestnem *Index auctorum* postavil na častljivo prvo mesto.¹⁷⁸ Tudi v pozni klasiki in postklasični dobi je bil Julijan med najbolj navajanimi rimskimi klasiki, s katerim se je mogel meriti le Labeo.¹⁷⁹ Njegove rešitve in argumentacijo so poznejši juristi šteli za *ius receptum*.¹⁸⁰ Kljub temu pa Julijanove odločitve v primeru v D. 41, 1, 36 ni mogoče posploševati. Temu kazusu so občepravni juristi, ki so v njem videli kronski dokaz abstraktne zasnove rimske tradicije, pripisovali preveliko težo. Dediščina tega posploševanja je v veliki meri prav teorija abstraktne tradicije, ki še danes zaznamuje vse pore nemškega civilnega prava.¹⁸¹

¹⁷⁶ Mayer-Maly, 1962, str. 32 ss.

¹⁷⁷ Wieacker, 2006, str. 100; Bund, 1965, str. 180: »Man sieht deshalb in Julian den Typus des klassischen römischen Juristen in höchster Reinheit verkörpert.«

¹⁷⁸ Glej *Index auctorum* v: Behrends, Knütel, Kupisch in Seiler, 1995, str. 19. Odveč je poudariti, da tudi tu velja na raven splošnega toposa povzdignjen Gajev rek, da je najboljši del katerekoli stvari njen začetek (Gai. D. 1, 2, 1 pr.: [...] *cuiusque rei potissima pars principium est*).

¹⁷⁹ Wieacker, 2006, str. 99.

¹⁸⁰ Wieacker, 2006, str. 101; Kaser, 1967, str. 190.

¹⁸¹ § 929 BGB: »Zur Übertragung des Eigentums an einer beweglichen Sache ist erforderlich, daß der Eigentümer die Sache dem Erwerber übergibt und beide darüber einig sind, daß das Eigentum übergehen soll.« Abstraktno zasnovano tradicijo so po nemškem zgledu prevzeli še Grki in Estonci. Jansen in Zimmermann, 2018, tč. 4. Slovenski zakonodajalec in praksa ostajata zvesta avstrijski tradiciji. Za pravnozgodovinski in primerjalnopravni pregled razvoja pogodbenega prenosa lastninske pravice na preničninah glej Vlahek, 2010.

Literatura

- Backhaus, R. (1983) 'In maiore minus inest', v: *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Romanistische Abteilung*, 100 (1), str. 136–184.
- Behrends, O. (1978) Institutionelles und prinzipielles Denken im römischen Privatrecht. *Zeitschrift der Savigny-Stiftung Für Rechtsgeschichte: Romanistische Abteilung*, 95 (1), str. 187–231.
- Behrends, O., Knütel, R., Kupisch, B., Seiler, H. H. (1995) *Corpus Iuris Civilis II, Digesten 1–10*. Heidelberg: C. F. Müller.
- Berger, A. (1953) *Encyclopedic Dictionary of Roman Law*. Filadelfija: The American Philosophical Society.
- Beseler, G. (1913) *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen*, 3. zvezek. Tübingen: Mohr.
- Betti, E. (1930) Il dogma bizantino della *φύσις της παραδόσεως* e la irrelvanza del dissenso nella causa della tradizione, v: *Studi in onore di Pietro Bonfante nel XL anno d'insegnamento, volume primo*. Milano: Fratelli Treves, str. 305–334.
- Brandsma, F. (2008) Im Westen nichts Neues. Das Abstraktionsprinzip und das byzantinische Recht, v: *Subseciva Groningana*, VIII, Gröningan, str. 127–133.
- Bruns, C. G. (1909) *Fontes iuris Romani Antiqui, post curas Theodori Mommseni, editionibus quintae et sextae adhibitae, septimum edidit Otto Gradenwitz, Pars prior, Leges et negotia*. Tübingen: Mohr.
- Buhl, H. (1886) *Salvius Julianus*, Erster Teil. Heidelberg: Gustav Koester.
- Bund, E. (1965) *Untersuchungen zur Methode Julians*. Köln in Gradec: Böhlau.
- Bund, E. (1976) Salvius Iulianus, Leben und Werk, v: *Aufstieg und Niedergang der römischen Welt (ANRW)* 15 (2), str. 408–454.
- Cigoj, S. (2003) *Teorija obligacij, Splošni del obligacijskega prava*, Ljubljana: Uradni list Republike Slovenije.
- Corpus juris civilis Iustiniani cum commentariis* (= Glossa Ordinaria) (1627), tom. I, Lyon.
- Crifò, G. (1976) Ulpiano. Esperienze e responsabilità del giurista, v: *Aufstieg und Niedergang der römischen Welt (ANRW)*, 15 (2), str. 708–789.
- Cujacius, J. (1758) *Commentaria, tomus sextus vel tertius operum postumorum*. Neapelj: Vincentius Pauria.
- Dernburg, H. (1857) 'Beitrag zur Lehre von der justa causa bei der Tradition', v: *Archiv für die civilistische Praxis*, 40 (1), str. 1–23.
- Donellus, H. (1840) *Hugonis Donelli jurisconsulti et antecessoris opera omnia: commentariorum de jure civili*. Tomus primus. Firenze: Ad Signum Clivus.

- Eisele, H. F. F. (1885) Das Verhältnis von l. 18 pr. de reb. rec. (12, 1) zu l. 36 de acquir. rer. dom (41, 1), v: *Civilistische Kleingkeiten*, v: Jhering, R. von (ur.): *Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts*, 23, Jena, str. 1–42.
- Empell, H. M. (2020) *In causis vero dissentiamus: Exegese eines folgenreichen Julian-Fragments (D. 41,1,36). Zugleich ein Plädoyer gegen die Lehre von der solutio als causa*. Tübingen: Mohr Siebeck.
- Erbe, W. (1940) *Die fiducia im römischen Recht*. Weimar: Böhlau.
- Eutropius (1561) *Historiae Romanae Breviarium cum annot.* Basel: Henricus Glareanus.
- Evans-Jones, R. in McCormack, G. (1989) 'Iusta causa traditionis', v: *New Perspectives in the Roman Law of Property: Essays for Barry Nicholas*. Oxford: Clarendon Press, str. 99–109.
- Flume, W. (1990) *Rechtsakt und Rechtsverhältnis römische Jurisprudenz und modernrechtliches Denken*. Paderborn: Brill.
- Flume, W. (1992) *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Zweiter Band, Das Rechtsgeschäft*, 4. nespremenjena izdaja. Berlin in Heidelberg: Springer-Verlag.
- Gamauf, R. (2001) *Vindicatio nummorum. Eine Untersuchung zur Rechtsweite und praktischen Durchführung des Eigentumsschutzes an Geld im klassischen römischen Recht*. Dunaj.
- Gradenwitz, O. (1929) v: Planitz, H. *Die Rechtswissenschaft der Gegenwart in Selbstdarstellungen*, Leipzig: Meiner, str. 41–88.
- Hähnchen, S. (2004) 'Sab.-Ulp. D. 12, 5, 6 und die conditio ex iniusta causa', v: *Zeitschrift der Savigny-Stiftung Für Rechtsgeschichte. Romanistische Abteilung*, 121 (1), str. 385–395.
- Hausmaninger, H. in Selb, W. (2001) *Römisches Privatrecht*, 9. izdaja. Dunaj, Köln in Weimar: Böhlau Verlag.
- Heimbach, C. G. (1840) *Basilicorum libri LX, post Annibalis Fabroti curas*. Tom II., Lib. XIII–XXIII. Leipzig: Barth.
- Heimbach, C. G. (1850) *Basilicorum libri LX, post Annibalis Fabroti curas*. Tom V., Lib. XLIX–LX. Leipzig: Barth.
- Heineccius, J. G. (1733) *De Salvio Juliano, jurisconsultorum sua aetate coryphaeo, programma inaugurale*. Halle: Grunert.
- Heumann, H. G. (1891) *Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechts*. Jena: Gustav Fischer.
- Huber, U. (2007) Savigny und das sachenrechtliche Abstraktionsprinzip, v: Heldrich, A. in drugi: *Festschrift für Claus-Wilhelm Canaris zum 70. Geburtstag*, Bd. I. München: C. H. Beck, str. 471–512.

- Hupka, J. (1932) 'Der dissensus in causa und die moderne Textkritik'. *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Romanistische Abteilung* 52 (1), str. 1–30.
- Kalb, W. (1890) *Roms Juristen, nach ihrer Sprache dargestellt*. Leipzig: Teubner.
- Kaser, M. (1961) 'Das Geld im römischen Sachenrecht'. *Tijdschrift Voor Rechtsgeschiedenis*, 29 (2), str. 169–229.
- Kaser, M. (1961) 'Zur »iusta causa traditionis«, v: *Bullettino dell'Istituto di Diritto Romano „Vittorio Scialoja“, Terza serie – Vol. III, Del'intera collezione Vol. LXIV*. Milano: Giuffrè, str. 61–97.
- Kaser, M. (1967) *Römische Rechtsgeschichte*. Vandhoeck & Ruprecht.
- 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 Grädec: Böhlau.
- Kaser, M. (1975) *Das römische Privatrecht, Zweiter Abschnitt, Die nachklassischen Entwicklungen*, 2. izdaja. München: C. H. Beck.
- 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: Weidmannsche Buchhandlung.
- Korošec, V. (2005) *Rimsko pravo*, 2. izdaja. Ljubljana: Uradni list Republike Slovenije.
- Koschaker, P. (1953) *Europa und das römische Recht*. München in Berlin: C. H. Beck Verlag.
- Krampe, C. (2013) 'In corpus consentimus, in causis dissentimus', v: Sturm, F. (ur.): *Liber Amicorum Guido Tsuno*. Frankfurt na Majni: Vico Verlag, str. 185–192.
- Krampe, C. (2014) 'Julian im Dialog über mutuum, traditio und causa', v: *Fundamina* 20 (1), str. 48–499.
- 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).
- Krueger, P. in Mommsen Th. (rec.) (1889) *Institutiones*, Vol. primum, Editio Stereotypa Quinta. Berlin: Apud Weidmannos.
- Krüger, P. (1888) *Geschichte der Quellen und Literatur des Römischen Rechts*. Leipzig: Duncker & Humblot.

- Kunkel, W. (2001) *Die römischen Juristen: Herkunft und soziale Stellung*, 2. izdaja. Köln, Weimar in Dunaj: Böhlau.
- Laborenz, M. (2014) *Solutio als causa, Die Frage des Abstraktionsprinzips im römischen Recht*. Dunaj, Köln in Weimar: Böhlau.
- Lenel, O. (1889) *Palingenesia iuris civilis iuris consultorum reliquiae quae Iustiniani digestis continentur ceteraque iurisprudentiae civilis fragmenta minora secundum auctoris et libros*. Leipzig: Bernhard Tauchnitz.
- Levy, E. (1956) *Weströmisches Vulgarrecht*. Weimar: Böhlau.
- Lutman, K. (2020) *Neupravičena obogatitev*. Ljubljana: GV Založba.
- Mayer-Maly, T. (1962) *Das Putativtitelproblem bei der Usucapio*. Gradec in Köln: Böhlau.
- Meissel, F.-S. (2008) 'Julian und die Entdeckung des dinglichen Vertrages', v: Falk, U., Luminati, M. in Schmoeckel, M. (ur.): *Fälle aus der Rechtsgeschichte*. München: C. H. Beck.
- Mommsen, T. (recog.) (1870): *Digesta Iustiniani Augusti*, Vol. I in II. Berlin: Apud Weidmannos.
- Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich* (1888), Sachenrecht, Bd. III. Berlin in Leipzig: Guttentag.
- Oven, J. C. van (1952) 'Die Antinomie D. 41.1.36 – 12.1.18 pr.', *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis* 20, str. 441–455.
- Pflüger, H. (1923) 'Zwei Digestenstellen', v: *Bonner Festgabe für Ernst Zitelmann: zum 50-jährigen Doktorjubiläum*. München: Duncker & Humblot, str. 43–48.
- Rabel, E. (1915) 'Grundzüge des römischen Privatrechts', v: Holtzendorff, F. in Kohler, J. (ur.): *Encyclopädie der Rechtswissenschaft in systematischer Bearbeitung, Erster Band*. München in Leipzig: Duncker & Humblot, str. 399–541.
- Reitz, W. O. (1836) *Θεοφιλος Αντικληνωρ Τα Ινστιτούτα εκ της εκδόσεως του Ρεϊτζιου με αναλυτικό πίνακα των περιεχομένων υπό Γ. Α. Ρ. Atene: Ralle.*
- Ribbeck, O. (1873) *Commicorum Romanorum praeter Plautum et Terentium Fragmenta, Secvndis curis*. Leipzig: Teubner.
- Sampson, J. (2020) 'Explaining D. 41, 1, 36', v: Spagnolo, B. in Sampson, J. (ur.): *Principle and Pragmatism in Roman Law*. Oxford: Hart.
- Savigny, F. C. von (1814) *Vom Beruf unsrer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*. Heidelberg: Mohr und Zimmer.
- Savigny, F. C. von (1840) *System des heutigen Römischen Rechts. Bd. 3*. Berlin: Bei Veit und Comp.
- Savigny, F. C. von (1853) *Das Obligationenrecht als Theil des heutigen Römischen Rechts*. Berlin: Bei Veit und Comp.

- Schanbacher, D. (1992) 'Zur Bedeutung der Leistungszweckbestimmung bei der Übereignung durch *Traditio* und beim Leistungsversprechen durch *Stipulatio*', *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis* 60 (1–2), str. 1–27.
- Schermaier, M. J. (1998) 'Auslegung und Konsensbestimmung', v: *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Romanistische Abteilung*, 115 (1), str. 235–288.
- Schermaier, M. J. (2018) Recenzija k »Laborenz, Martin, *Solutio als causa*. Die Frage des Abstraktionsprinzips im römischen Recht«, v: *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte: Romanistische Abteilung*, 135 (1), str. 786–800.
- Schulting, A. (1820) *Notae ad Digesta seu Pandecta*, Tom. III. Lyon.
- Schulz, F. (1917) 'Die Lehre vom *Concursus Causarum* im klassischen und justinianischen Recht', v: *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Romanistische Abteilung*, 38 (1), str. 114–209.
- Schulz, F. (1932) Recenzija k: Lange, H.: »Das kausale Element im Tatbestand der klassischen Eigentumstradition.« Leipzig 1930, v: *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Romanistische Abteilung*, 52, str. 535–549.
- Schulz, F. (1946) *History of Roman Legal Science*. Oxford: Clarendon Press.
- Schulz, F. (1951) *Classical Roman Law*. Oxford: Clarendon Press.
- Scott, W. (1893) *Guy Mannering or the Astrologer*, Vol. I. Boston: Estetes and Lauriat.
- Seneca, L. A. (1884) *De beneficii libri VII, L. Annaei Senecae opera quae supersunt* (recog. Fridericus Haase). Leipzig: Teubner.
- Strohal, E. A. (1889) 'Rechtsübertragung und Kausalgeschäft im Hinblick auf den Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich', v: Jhering, R. von (ur.): *Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts*. 27, Jena, str. 335–462.
- Sturm, F. (1993) 'Die *Digestenexegese*', v: Schlosser, H., Sturm, F. in Weber, H.: *Die rechtsgeschichtliche Exegese*. 2. izdaja, München: C. H. Beck, str. 1–74.
- Tacitus, C. (1872) *Annals of Tacitus, Bibliotheca classica*, ur. George Long. London: Whittaker.
- Verboven, K. (2002) *The Economy of Friends. Economic Aspects of amicitia and Patronage in the Late Republic*, *Collection Latomus* 269. Bruselj: Latomus.
- Vlahek, A. (2010) *Pogodbeni prenos lastninske pravice na premičninah v evropskem pravnem prostoru*. Ljubljana: GV Založba.
- Wesel, U. (1989) *Die Hausarbeit in der Digestenexegese, Eine Einführung für Studenten und Doktoranden*, 3. izdaja. München: Ewald von Kleist.
- Wieacker, F. (2006) *Römische Rechtsgeschichte, Zweiter Abschnitt, Die Jurisprudenz vom frühen Prinzipat bis zum Ausgang der Antike*. München: C. H. Beck.

- Wieling, H. (1987) Recenzija k »Dette, H. W.: Venire contra factum proprium nulli conceditur« (Schriften zur Rechtstheorie, Bd. 115), v: *Archiv für die civilistische Praxis*, 187 (1), str. 95–102.
- Windscheid, B. (1875) *Lehrbuch des Pandektenrechts, Erster Band*, 4. izdaja. Düsseldorf: Julius Buddeus.
- Wolf, J. G. (1961) *Error im römischen Vertragsrecht*. Köln in Gradec: Böhlau.
- Zimmermann, R. (1992) *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*. Cape Town, Wetton in Johannesburg: Juta and Co., Ltd.
- Zimmermann, R. in Jansen, N. (ur.) (2018) *Commentaries on European Contract Laws*. Oxford: Oxford University Press.

Sinopsis

UDK: 347.771:004.8

DOI: 10.51940/2021.1.11-61

ZBORNIK ZNANSTVENIH RAZPRAV
LXXXI. LETNIK, 2021, STRANI 11–61*Joseph Straus***Ali bo umetna inteligenca spremenila nekatere paradigme patentnega prava?**

Po kratki uvodni predstavitvi orodij umetne inteligence avtor s tremi pomembnimi raziskovalnimi dosežki, ki jih teoretiki v celoti pripisujejo umetni inteligenci, preuči pravilnost takega poročanja v luči izvirnih raziskovalnih poročil. Nato predstavi prakso Evropskega patentnega urada, Japonskega patentnega urada, Državnega urada LR Kitajske za intelektualno lastnino ter Urada ZDA za patente in blagovne znamke, ki načeloma podeljujejo patente za izume, povezane z umetno inteligenco. Sledi kritičen premislek o akademski razpravi o zmožnosti uveljavljenih paradigem patentnega prava, da obvladajo izzive tehnologije umetne inteligence. Dejstva široko objavljenih patentnih prijav »DABUS« kažejo na slabosti trditve, da je umetna inteligenca avtonomno iznašla prijavljene izume, ter opozarjajo na pomanjkljivosti sistema in kažejo na ukrepe za ustrezno določitev na primer stanja tehnike, in oceno zahtevane stopnje inventivnosti za izume, povezane z umetno inteligenco. V skladu s prakso vodilnih svetovnih patentnih uradov, razumevanjem in presojo te prakse s strani njenih glavnih uporabnikov avtor meni, da bodo pod vplivom tehnologije umetne inteligence ustaljene patentnopravne paradigme nekoliko evolucijsko prilagojene, vendar ne bo prišlo do bistvenih sprememb. Avtor prispevek sklene s kritičnim komentarjem načrta EU za sprejem uredbe, ki bi posebej obravnavala vse kompleksne vidike patentiranja izumov, povezanih z umetno inteligenco.

Ključne besede: umetna inteligenca, patentno pravo, izumi, tehnologija, Svetovna organizacija za intelektualno lastnino, Evropski patentni urad, Japonski patentni urad, Ameriški urad za patente in blagovne znamke.

UDK: 347.962(497.4)

DOI: 10.51940/2021.1.63-83

ZBORNIK ZNANSTVENIH RAZPRAV
LXXXI. LETNIK, 2021, STRANI 63–83

Mohor Fajdiga

Izbira sodnega sveta: *ignorantia rationis nocet?*

Kadrovanje v sodstvu je trenutno v Evropi posebej vroča tema. V Sloveniji ima v izbirnih postopkih osrednjo vlogo Sodni svet, ki naj bi kot garant sodniške neodvisnosti zagotavljal izbor najbolj kompetentnih kandidatov. Toda postopek izbire ni pregleden, obrazložitev izbire pa je preskopa in neprepričljiva. Avtor zato najprej oriše odziv slovenskih sodišč na tako odločanje Sodnega sveta. V sodni praksi se je uveljavil zadržan sodni nadzor, ki temelji na zaupanju diskrecijski izbiri Sodnega sveta. V prispevku je zato slovenska ureditev ocenjena v luči najnovejših evropskih standardov: pravice do učinkovitega sodnega varstva in z zakonom ustanovljenega sodišča, iz 6. člena Evropske konvencije o človekovih pravicah in 19. člena Pogodbe o EU. Kot problematična se izkažeta predvsem neustrezna obrazložitev odločitev in dejstvo, da Sodni svet v nasprotju z veljavno zakonodajo ne piše zapisnika o posvetovanju.

Ključne besede: sodni svet, imenovanje sodnikov, obseg obrazložitve, vladavina prava, evropski standardi, transparentnost, z zakonom ustanovljeno sodišče, zapisnik o posvetovanju, Mehanizem za sodelovanje in preverjanje, *Tsanova-Getcheva, Ástráðsson*.

UDK: 342.565.4:347.921

351.95

DOI: 10.51940/2021.1.85-108

ZBORNIK ZNANSTVENIH RAZPRAV

LXXXI. LETNIK, 2021, STRANI 85–108

*Špela Lovšin, Katja Štemberger***Posledice neudeležbe strank na glavni obravnavi v upravnem sporu**

Avtorici obravnavata pravne posledice neudeležbe strank na glavni obravnavi v upravnem sporu. Te so namreč v ZUS-1 urejene precej skopo, zaradi česar se upravni sodniki v praksi pogosto znajdejo pred dilemo, kako v primeru nenavzočnosti strank ravnati. K temu pripomore tudi čedalje bolj poudarjen pomen pravice do glavne obravnave v upravnem sporu. V prvem delu prispevka najprej obravnavata vsebino pravice do glavne obravnave v upravnem sporu, posledice neudeležbe strank na glavni obravnavi v upravnem sporu v ureditvah izbranih evropskih držav ter v slovenski ureditvi pravnega postopka. V drugem, osrednjem delu prispevka, pa se osredinjata na posledice neudeležbe strank na glavni obravnavi v upravnem sporu v skladu s trenutno ureditvijo ter predlogom novele ZUS-1C, ki po njenem mnenju omenjene problematike ne obravnava celovito. Prispevek skleneta s predlogi o ureditvi de lege ferenda.

Ključne besede: glavna obravnava, upravni spor, posledice neudeležbe strank, izostanek tožnika, izostanek toženca, sojenje na seji, stroški postopka, subsidiarna uporaba ZPP.

UDK: 340.1

DOI: 10.51940/2021.1.109-140

ZBORNIK ZNANSTVENIH RAZPRAV
LXXXI. LETNIK, 2021, STRANI 109–140

Aleš Novak

Pravičnost onkraj zakona – Svobodnopravno gibanje in iskanje nove zasnove prava

Avtor v članku zagovarja tezo, da pomeni svobodnopravno gibanje kritičen odziv na specifično ideologijo o naravi in uporabljanju prava, ki se je izoblikovala pod vplivom kodifikacije prava na kontinentu. Svobodnopravniki podvomijo v takrat splošno sprejeto predpostavko, da je pozitivno pravo popolno in opozorijo na obstoj pravnih praznin, ki kažejo na potrebo po dopolnjevanju prava. Zavračajo tudi razumevanje, po katerem je treba uporabljanje prava razumeti kot logično dedukcijo vsebine iz abstraktnih pravnih norm, in opozorijo na pomembno vlogo, ki jo v uporabljanju prava ima človekova subjektivnost. V zahtevi po strogi vezanosti sodnika na zakon prepoznajo ideološko tančico, ki prikriva resnične vzgibe sodniškega odločanja. Sodnik tako pridobi vlogo soustvarjalca prava, ki si z zakonodajalcem deli odgovornost za pravično sodno odločitev. Kljub vsem slabostim je svobodnopravno gibanje ponudilo zanimiv in ploden pogled na naravo in uporabljanje prava, ki je postavilo temelj sodobnemu razumevanju prava.

Ključne besede: svobodnopravno gibanje, kodifikacija, pojmovna jurisprudenca, pravne praznine, nedoločnost jezika, razlagalne metode, pravni občutek, tehtanje.

UDK: 331.56:349:061.1EU
DOI: 10.51940/2021.1.141-175

ZBORNIK ZNANSTVENIH RAZPRAV
LXXXI. LETNIK, 2021, STRANI 141–175

Primož Rataj

Izbrana vprašanja prihodnjega urejanja koordinacije dajatev za brezposelnost v pravu Evropske unije

Prispevek se osredinja na koordinacijo dajatev za brezposelnost v pravu Evropske unije, predvsem na izbrana vprašanja, ki so v postopku spreminjanja Uredbe (ES) št. 883/2004 še odprta oziroma sporna. Natančneje gre za vprašanja, povezana s pristojnostjo države članice zadnje (samo)zaposlitve in seštevanjem obdobji po določenem času delovne aktivnosti, uporabo pravil za brezposelne osebe, ki ne prebivajo v pristojni državi, ter za izplačevanje dajatev za brezposelnost v drugo državo članico. Avtor zagovarja predlog, ki bi bolj sledil (širšim) sistemskim rešitvam in Pogodbi o delovanju Evropske unije, poleg tega pa varoval pravni položaj brezposelnih oseb, pravično delil breme med državami članicami ter navsezadnje tudi poenostavil uporabo pravil.

Ključne besede: dajatve za brezposelnost, koordinacija sistemov socialne varnosti, seštevanje obdobji, pristojna država, izplačevanje dajatev za brezposelnost v drugo državo članico.

UDK: 342.726:061.1EU-053.2
DOI: 10.51940/2021.1.177-199

ZBORNİK ZNANSTVENIH RAZPRAV
LXXXI. LETNIK, 2021, STRANI 177–199

Ana Samobor

Otrokove koristi – pravica ali zgolj načelo Listine EU o temeljnih pravicah?

Listina EU o temeljnih pravicah v prvem odstavku 51. člena in petem odstavku 52. člena uvaja razlikovanje med pravicami in načeli. Čeprav je bilo to razlikovanje eno pomembnejših vprašanj v procesu snovanja njenega besedila, iz Listine ni mogoče razbrati niti tega, katere izmed določb so načela in katere pravice, niti pravnih posledic take razmejitve. Oblikovanje meril in klasifikacija posameznih določb je torej v rokah Sodišča EU, vendar sodna praksa (še) ne ponuja jasnih zaključkov. Ena od določb, katerih pravna narava ostaja nejasna, je tudi drugi odstavek 24. člena Listine, ki določa, naj se pri vseh ukrepih, ki se nanašajo na otroke, upoštevajo predvsem njihove koristi. Avtorica se v prispevku na podlagi razmeroma skope sodne prakse ter relevantne literature opredeljuje do pravne narave navedene določbe ter pravnih posledic njene klasifikacije.

Ključne besede: Listina EU o temeljnih pravicah, pravice in načela, peti odstavek 52. člena Listine, pravice otroka, koristi otroka.

UDK: 34(091):347
34(37):347
DOI: 10.51940/2021.1.201-238

ZBORNIK ZNANSTVENIH RAZPRAV
LXXXI. LETNIK, 2021, STRANI 201–238

Vid Žepič

***Iusta causa traditionis*. Narava pravne podlage izročitve v luči antinomije Iul. D. 41, 1, 36 in Ulp. D. 12, 1, 18**

Pojmovanje pravne podlage izročitve (*iusta causa traditionis*) je bilo od nekdanj eno najspornejših vprašanj v romanistiki. V Digeste so bili vneseni nasprotujoči si odlomki, Justinijanovi kompilatorji pa se tudi v Institucijah niso nedvoumno opredelili o tem, ali tradicija kot temeljni razpolagalni pravni posel za svojo učinkovitost predpostavlja veljavno pravno podlago. Kljub danes prevladujočemu mnenju, da je bila zasnova rimske tradicije tako v klasičnem kot Justinijanovem obdobju kavzalna, ni jasno, v čem je bila narava zatrjevane kavzalnosti. Eno najspornejših mest ostaja antinomija med Julijanovim odlomkom D. 41, 1, 36, kjer se zdi, da eden največjih rimskih juristov zagovarja abstraktno tradicijo, in kavzalno navdahnjenim Ulpijanovim odlomkom D. 12, 1, 18. Avtor predstavi in kritično ovrednoti najnovejše poglede na razumevanje razmerja med obema odlomkoma ter sklene, da poskusi njune harmonizacije niso smiselni, Julijanovo stališče, ki ne trpi posploševanja, pa pripiše juristovi značilni argumentacijski samoniklosti.

Ključne besede: rimsko pravo, stvarno pravo, obligacijsko pravo, kavza, lastninska pravica, načelo abstraktnosti, zavezovalni pravni posel, razpolagalni pravni posel, pripos-estvovanje, obogatitvena tožba, darilna pogodba, posojilna pogodba, putativni naslov.

Synopses

UDC: 347.771:004.8

DOI: 10.51940/2021.1.11-61

ZBORNIK ZNANSTVENIH RAZPRAV
VOLUME LXXXI, 2021, PP. 11–61*Joseph Straus***Will Artificial Intelligence Change some Patent Law Paradigms?**

After a brief introduction into the tools of artificial intelligence (AI), the author uses three important research achievements attributed by science writers entirely to the AI to examine the correctness of such reporting in the light of the original research reports. The author presents the practice of the EPO, JPO, SIPO and USPTO, which all in principle grant patents for AI-related inventions. A critical reflection on the academic debate questioning the ability of the established patent law paradigms to master the challenges of the AI technology follows. The facts of the broadly publicised “DABUS” patent applications serve to demonstrate the weakness of the assertion that AI autonomously invented the claimed inventions and to point to the deficiencies of the system and suggest measures to adequately determine, e.g. the prior art, and assess the inventive step requirement for AI-related inventions. In line with the practice of the leading patent offices of the world, the understanding and assessment of that practice by its main users, the author believes that under the impact of the AI technology, the settled patent law paradigms will undergo certain evolutionary adaptations, but will not change as to their substance. Finally, the article critically comments on the EU plans to adopt a regulation, which would specifically deal with all complex aspects of patenting AI related inventions.

Key words: artificial intelligence, patent law, inventions, technology, World Intellectual Property Organization, European Patent Office, Japan Patent Office, US Patent and Trademark Office.

UDC: 347.962(497.4)

DOI: 10.51940/2021.1.63-83

ZBORNIK ZNANSTVENIH RAZPRAV
VOLUME LXXXI, 2021, PP. 63–83

Mohor Fajdiga

Selection by the Judicial Council: *ignorantia rationis nocet?*

Recruitment in the judiciary is currently a particularly hot topic in Europe. In Slovenia, the Judicial Council, as a guarantor of judicial independence having a central role in the appointment procedure, is supposed to ensure the selection of the most competent candidates. However, the selection process fails to be transparent and the reasoning of the choice is insufficient and unconvincing. Therefore, the author first outlines the Slovenian courts' response to such decision-making of the Judicial Council. Restrained judicial review based on trust in the discretionary choice by the Judicial Council has become established in case law. Therefore, the contribution assesses the Slovenian legal framework in light of the latest European standards: the right to efficient judicial protection and to a tribunal established by law from Article 6 of the European Convention on Human Rights and Article 19 of the Treaty of EU. Especially, the inadequate reasoning of decisions and the fact that the Judicial Council does not write a record of the consultation in violation of the applicable legislation turns to be problematic.

Key words: council of the judiciary, appointment of judges, extent of reasoning, European standards, transparency, tribunal established by law, record of consultation, Cooperation and Verification Mechanism, *Tsanova-Getcheva*, *Ástráðsson*.

UDC: 342.565.4:347.921

351.95

DOI: 10.51940/2021.1.85-108

ZBORNIK ZNANSTVENIH RAZPRAV

VOLUME LXXXI, 2021, PP. 85–108

*Špela Lovšin, Katja Štemberger***Consequences of Non-attendance of the Parties at the Main Hearing in the Administrative Dispute**

The paper discusses legal consequences of non-attendance of the parties at the main hearing in administrative dispute. Their regulation in the Slovene Administrative Dispute Act (ADA) is very limited, which often creates dilemma for administrative judges about how to carry on the proceedings in the event of the parties' non-attendance. The growing importance of the right to main hearing in administrative dispute further contributes to this dilemma. In the first part, the paper examines the substance of the right to a main hearing in administrative dispute, consequences of non-attendance of the parties in the legal regimes of selected European countries and in the Slovene regulation of civil procedure. The second, central part of the paper analyses the consequences of non-attendance of the parties as provided in the current ADA and in the proposal of its amendment, which fails to address the issue comprehensively. The paper is concluded by the authors' proposals of *de lege ferenda* regulation.

Key words: main hearing, administrative dispute, consequences of non-attendance of the parties, absence of the plaintiff, absence of the defendant, trial at the hearing, costs of the proceedings, subsidiary application of the Civil Procedure Act.

UDC: 340.1

DOI: 10.51940/2021.1.109-140

ZBORNIK ZNANSTVENIH RAZPRAV

VOLUME LXXXI, 2021, PP. 109–140

Aleš Novak

Justice beyond Codification – The Free Law Movement and the Quest for a New Conception of Law

The author argues that the Free Law Movement should be understood as a critical response to a specific ideology about the nature and application of law, which was a result of and arose from the codification of law, taking place at the time across Europe. The Free Law Movement took issue with then commonly accepted view that positive law is in itself complete and called attention to the existence of gaps in law, arguing that law is inherently incomplete. Its followers also rejected the notion that application of law resembles logical deduction (from abstract legal norms) and highlight the importance of subjectivity in judicial decision-making. A demand that the judge be bound by the law is exposed by the free lawyers as nothing else but an ideological veil, hiding from our gaze the true motives behind judicial application of the law. In their view, a judge creates law on an equal footing with the legislature and shares the responsibility for a just outcome of a case in hand. Despite all the shortcomings Free Law Movement has, it offered an interesting and stimulating view on the nature of law and its application, which provided a corner-stone for modern understanding of law.

Key words: Free Law Movement, codification, jurisprudence of concepts, legal gaps, open texture of language, interpretative methods, judicial hunch, balancing.

UDC: 331.56:349:061.1EU

DOI: 10.51940/2021.1.141-175

ZBORNIK ZNANSTVENIH RAZPRAV

VOLUME LXXXI, 2021, PP. 141–175

*Primož Rataj***Future Perspectives of Selected Issues Concerning Coordination of Unemployment Benefits in the European Union Law**

The contribution is focused on the coordination of unemployment benefits in European Union law, especially concerning selected open and up for debate issues in the process of amending Regulation (EC) No. 883/2004. More precisely, it concerns issues related to the competence of the Member State of last (self-)employment and the aggregation of periods after having been economically active for a certain period, the use of rules for unemployed persons residing in a non-competent State and the rules on the export of unemployment benefits. The author argues for a proposal that would to a larger extent follow (broader) systemic solutions and the Treaty on the Functioning of the European Union, while it would also safeguard the legal position of the unemployed, distribute the burden of providing unemployment benefits more fairly among the Member States and lastly, contribute to the simplification of rules.

Key words: unemployment benefits, coordination of social security systems, aggregation of periods, competent State, export of unemployment benefits.

UDC: 342.726:061.1EU-053.2
DOI: 10.51940/2021.1.177-199

ZBORNIK ZNANSTVENIH RAZPRAV
VOLUME LXXXI, 2021, PP. 177–199

Ana Samobor

Child's Best Interests – A Charter Right or (Only) a Charter Principle?

The EU Charter of Fundamental Rights draws a distinction between rights and principles in Articles 51(1) and 52(5). Although the distinction was one of the most important questions in the process of drafting the Charter, it fails to provide criteria for identifying rights and principles and does not clarify the legal consequences of the differentiation. The creation of clear criteria and the characterisation of a Charter provision either as a right or as a principle is, therefore, in the hands of the CJEU, but the case law leaves many questions unanswered. Article 24(2), which states that the child's best interests must be a primary consideration in all actions relating to children, is one of the provisions the characterisation of which remains unclear. Drawing on both the existing case law and the relevant literature, the author examines the legal nature of the said provision and the legal consequences of its characterisation.

Key words: EU Charter of Fundamental Rights, rights and principles, Article 52(5) of the Charter, the rights of a child, child's best interests.

UDC: 34(091):347
34(37):347
DOI: 10.51940/2021.1.201-238

ZBORNIK ZNANSTVENIH RAZPRAV
VOLUME LXXXI, 2021, PP. 201–238

Vid Žepič

***Iusta causa traditionis*. The Nature of Just Cause of *Traditio* in the Light of Antimony Iul. D. 41, 1, 36 and Ulp. D. 12, 1, 18**

The notion of a just cause of *traditio* (*iusta causa traditionis*) has always been one of the most controversial issues of the Romanist science. The Digest contains several conflicting passages from Roman legal literature. Even the commission of Justinian's compilers did little in Justinian's *Institutiones* to harmonise the ambiguities on one of the core issues of civil law, namely whether delivery (*traditio*) as a fundamental legal transaction requires a valid legal basis for its effectiveness. According to the currently prevailing opinion, the *traditio* of classical as well as Justinian's era was a causal transaction. The precise nature of this causality, however, remains obscure. The article focuses on the well-known antinomy between Julian's passage D. 41, 1, 36, which presumably defends the abstract conception of *traditio*, and Ulpian's apparently causal passage D. 12, 1, 18. The author provides an outline and a critique of some recent interpretations of the relationship between the antinomic passages suggesting that any attempts at harmonisation are misguided. Julian's position seems to reflect his distinctive argumentative ingenuity and ought not to be generalised.

Key words: Roman law, law of property, law of obligations, cause, property, abstract principle, Verpflichtungsgeschäft, Verfügungsgeschäft, usucaption, unjust enrichment, donation, loan, putative title.

