



Medijski sponzor





Pravni letopis 2021 – 1

*Civilno pravo pred preizkušnjami 21. stoletja
Prispevki mladih civilistov Pravne fakultete Univerze v Ljubljani*

*Znanstvena revija Inštituta za primerjalno pravo
pri Pravni fakulteti v Ljubljani*

ij inštitutzapimerjalnopravo

Izdal

Inštitut za primerjalno pravo pri Pravni fakulteti v Ljubljani

Založila

LEXPERA d.o.o.

Odgovorni urednik: dr. Lojze Ude

Gostujoča urednica: as. dr. Karmen Lutman

Uredniški odbor: dr. Matija Damjan, mag. Nina Betetto, dr. Bojan Bugarič,
dr. Miha Juhart, dr. Damjan Možina, dr. Ana Vlahek, Jan Zobec

Mednarodni uredniški svet: dr. Vlatka Butorac Malnar, dr. Inese Druviete,
ddr. Johannes Michael Rainer, dr. Jan Hurdík, dr. Marko Ilešič, dr. Meliha Povlakič,
dr. Jernej Sekolec, dr. Nenad Tešić

Članki v publikaciji so recenzirani.

Izdajo Pravnega letopisa 2021 – 1, *Civilno pravo pred preizkušnjami 21. stoletja*,
sta sofinancirali Javna agencija za raziskovalno dejavnost Republike Slovenije
in Pravna fakulteta Univerze v Ljubljani.

© Inštitut za primerjalno pravo pri Pravni fakulteti v Ljubljani. Vse pravice pridržane.

Brez pisnega dovoljenja je prepovedano reproduciranje, distribuiranje, javna priobčitev,
predelava ali druga uporaba tega avtorskega dela in njegovih delov
v kakršnemkoli obsegu ali postopku, vključno s fotokopiranjem, tiskanjem
ali shranitvijo v elektronski obliki.

Oblikovanje in računalniški prelom: Anja Tavčar

Tisk

ltagraf, d. o. o.

Ljubljana

Naklada

60 izvodov

Cena z DDV

31,00 EUR

Naročila

tel.: 01 30 91 821

faks: 01 30 91 815

Ljubljana 2021

ISSN 1855-5861

Kazalo

I. PANDEMIJA COVID-19 IN CIVILNO PRAVO

- 9 **Novi koronavirus – nove obveznosti delodajalca? Odškodninska odgovornost za okužbo na delovnem mestu**
Zala Majhenič, Gaja Tanko
- 31 **Nezakonito odrejena karantena na mejnem prehodu: podlaga za odškodninsko odgovornost države?**
Nadja Strle
- 51 **Problem neveljavnih vladnih odlokov, glob, izrečenih brez pravne podlage, in vprašanja neupravičene obogatitve Republike Slovenije**
Miha Fink

II. CIVILNOPRAVNI VIDIKI UMETNE INTELIGENCE

- 67 **Nepogodbena odškodninska odgovornost in umetna inteligenca**
Samo Miklič
- 83 **Umetna inteligenca: *cogito, ergo sum?***
Eva Stojan
- 103 **Civilnopравни vidiki umetne inteligence v zdravstvu**
Barbara Pavlekovič, Jerca Petrovič



III. DIGITALIZACIJA CIVILNEGA PRAVA

- 125** Jamčevalni zahtevki pri pogodbah o dobavi digitalnih vsebin ali digitalnih storitev:
novosti Direktive (EU) 2019/770
Masha Korošec
- 147** Ali je pravo pripravljeno na pametno pogodbo
Leonardo Rok Lampret

165 IV. POVZETKI/ABSTRACTS

Pandemija COVID-19 in civilno pravo

I.

ZALA MAJHENIČ, GAJA TANKO

*Novi koronavirus – nove obveznosti delodajalca?
Odškodninska odgovornost za okužbo na delovnem mestu*

NADJA STRLE

*Nezakonito odrejena karantena na mejnem prehodu:
podlaga za odškodninsko odgovornost države?*

MIHA FINK

*Problem neveljavnih vladnih odlokov, glob, izrečenih brez pravne
podlage, in vprašanja neupravičene obogatitve Republike Slovenije*

Izvirni znanstveni članek
UDK 347.515.2:616.98:578.834

Novi koronavirus – nove obveznosti delodajalca? Odškodninska odgovornost za okužbo na delovnem mestu

ZALA MAJHENIČ, GAJA TANKO
diplomirani pravnici (UN),
študentki magistrskega študijskega
programa pravo 2. stopnje na Pravni
fakulteti Univerze v Ljubljani

1. Uvod

Spopadanje s pandemijo in uvajanje ukrepov, ki omejujejo naš vsakdan, nista edinstven pojav v zgodovini in tudi ne pojav, ki bi ga lahko pripisali 21. stoletju. Ena zadnjih podobnih izkušenj sega v leto 1886, ko so se prebivalci Kranjske v takratni državi Avstro-Ogrski spopadali z že kar peto pandemijo kolere v 19. stoletju.¹ Vzprednic s takratno pandemijo je mnogo, med njimi tudi ta, da so se okužbe kolere proti slovenskim deželam začele širiti iz Italije, prav tako pa obstaja nekaj razlik, ki kažejo na to, da smo do 21. stoletja dosegli velik napredek, zlasti v medicini in drugih znanostih. Leta 1886 je bilo spopadanje s pandemijo mnogo bolj katastrofično, kot je danes; smrtnost je bila skoraj 60-odstotna, pri tem je za določene poklicne skupine obstajala le 25-odstotna možnost za preživetje, če se je oseba okužila s kolero na delovnem mestu. Kljub temu da se je časovni stroj zavrtel za kar dobro stoletje naprej, je praksa spopadanja s pandemijo precej podobna. Tudi takratna kranjska deželna politika je za namene zajezitve kolere predpisala ukrepe, kot so prepoved romanja po božjih poteh, zapiranje državnih meja, nadzor s strani zdravstvenih komisij, odrejanje karantene ipd.² Iz zgodovine se lahko mnogo naučimo, vprašanje, ki ostaja, je, kako bomo v črpanju znanja in izkušenj uspešni pri spopadanju s COVID-19.

Prispevek obravnava obveznosti delodajalcev v razmerju do delavcev med COVID-19, pri čemer se osredotoča na vprašanje morebitne odgovornosti delodajalca za škodo, ki jo delavec utрпи zaradi okužbe z novim koronavirusom na delovnem mestu. Prispevek skuša ponuditi

¹ Skubic, str. 11–13.

² Prav tam.

odgovore na nekatere dileme, ki v zvezi s to problematiko nastajajo v praksi, zlasti ali in pod katerimi pogoji se vzpostavi odškodninska odgovornost delodajalca, pravna narava te odgovornosti (objektivna, krivdna odgovornost), kdaj neko delo zaradi večjega tveganja izpostavljenosti okužbi COVID-19 pomeni nevarno dejavnost, ali in kdaj ima delavec pravico odkloniti delo, kako in pod katerimi pogoji se delodajalec odgovornosti razbremeni ter kaj je pravno priznana škoda, povzročena z okužbo COVID-19, in kako jo povrniti. Stališča so prikazana glede na veljavno ureditev slovenskega pravnega reda, analiza pa vključuje tudi povezavo z dosedanja sodno prakso slovenskih sodišč in Evropskega sodišča za človekove pravice, ki določa smernice za odškodninsko odgovornost delodajalcev v praksi.

2. Oris pravne ureditve odgovornosti delodajalca

Delovno razmerje med delodajalcem in delavcem uvaja veliko različnih pravic in obveznosti, vključno z dolžnostjo varovanja drug drugega pred škodo. Delodajalcu kot stranki z močnejšim položajem zakonodajalec nalaga večji del obveznosti v zvezi z zagotavljanjem varnosti in zdravja delavcev pri delu, ki so podrobneje določene v Zakonu o varnosti in zdravju pri delu (ZVZD-1).³ Obveznosti delodajalca po tem zakonu obsegajo ukrepe, povezane s preprečevanjem, odpravljanjem in obvladovanjem nevarnosti pri delu, obveščanjem in usposabljanjem delavcev ter zagotavljanjem potrebnih materialnih sredstev.

Če se škodni dogodek kljub navedenim ukrepom zgodi, se skladno s 179. členom Zakona o delovnih razmerjih (ZDR-1)⁴ za povrnitev škode uporabijo splošna pravila civilnega prava. Glede na pravila iz Obligacijskega zakonika (OZ)⁵ je temeljna oblika odgovornosti krivdna odgovornost – delodajalec bo torej odgovarjal v primeru, ko lahko njegovo ravnanje opredelimo kot protipravno in (vsaj) malomarno. Izjemoma, ko gre za dejavnost z izrazito povečano škodno nevarnostjo oziroma nevarno stvar, delodajalec za škodo odgovarja objektivno, torej ne glede na krivdo.

3. Krivdna odgovornost delodajalca

Delovno razmerje temelji na pogodbi o zaposlitvi, zato bi načeloma odgovornost za škodo, nastalo zaradi kršitve pogodbene obveznosti, kazalo obravnavati v okviru pogodbene odgovornosti. Vendar sodna praksa takšno odškodninsko odgovornost (delodajalca nasproti delav-

³ Uradni list RS, št. 43/11.

⁴ Uradni list RS, št. 21/13 in nasl.

⁵ Uradni list RS, št. 83/2001 in nasl.

cu in tudi delavca nasproti delodajalcu) šteje za nepogodbeno odškodninsko odgovornost.⁶ Za krivdno odgovornost delodajalca morajo biti hkrati podani štirje elementi civilnega delikta: protipravno ravnanje, nastanek škode, vzročna zveza med njima in krivda. Slednja se, kadar gre za navadno malomarnost, domneva, delodajalec pa se domneve razbremeni tako, da dokaže, da mu malomarnosti ni mogoče očitati. V nadaljevanju prispevka bo pozornost osredinjena le na elemente, ki bi utegnili z vidika odgovornosti delodajalca med COVID-19 terjati dodaten razmislek pri njihovi razlagi oziroma morebitne prilagoditve.

3.1. Protipravno ravnanje

Protipravno ravnanje pomeni ravnanje v nasprotju s pravom, pravnimi normami. To je ravnanje, ki pomeni kršitev dolžnosti, oziroma ravnanje, ki na nedovoljen način posega v pravno varovane interese drugega. Protipravnost pogosto izhaja tudi iz kršitve določenega predpisa (na primer predpisa o varstvu pri delu).⁷

Med epidemijo COVID-19 je Nacionalni inštitut za javno zdravje (NIJZ) izdal številna priporočila oziroma navodila, ki so določila dolžno ravnanje delodajalca, zlasti v zvezi s preprečevanjem širjenja novega koronavirusa.⁸ Takšne smernice bi gotovo lahko bile izhodišče za presojo protipravnosti, vendar bo pri tem potrebna nadaljnja presoja konkretnih okoliščin primera. To v praksi pomeni, da bo treba za vsak primer posebej preveriti, ali je neko dolžno ravnanje delodajalca utemeljeno glede na objektivno zmožnost, da izvaja zaščitne ukrepe na delovnem mestu. Prav tako bo pri presoji treba upoštevati naravo dela – ali je neko delo sploh mogoče opravljati na ustrezni varnostni razdalji, ali ima delodajalec prostorske možnosti za razporeditev delavcev, ali je mogoče delo z enako učinkovitostjo opravljati od doma ipd. Protipravno ravnanje lahko pomeni tudi dejstvo, da delodajalec delavca ni ustrezno podučil o varnosti pri delu ali mu ni zagotovil ustrezne osebne zaščitne opreme.⁹ Ker oškodovanec nosi trditveno in dokazno breme protipravnosti, mora v tožbi določno opredeliti, katero ravnanje delodajalca šteje za protipravno, in zanj navesti tudi ustrezna dejstva.¹⁰

⁶ Možina, *Odškodninska*, str. 156.

⁷ Možina, *Odškodninska*, str. 158, 159.

⁸ Higienska priporočila pri izvajanju turistično-gostinske dejavnosti za preprečevanje širjenja okužbe s SARS-CoV-2, Higienska priporočila za preprečevanje širjenja okužbe s SARS-CoV-2 v vrtcih ... Glej: <<https://www.nijz.si/sl/sproscanje-ukrepov-covid-19>> (17. 2. 2021).

⁹ Možina, *Odškodninska*, str. 159.

¹⁰ Sodba VS RS II Ips 31/2002 z dne 30. 10. 2002.

3.2. Škoda

V splošnem je škoda lahko premoženjska, kaže se kot zmanjšanje premoženja, ali nepremoženjska, v obliki telesnih bolečin, strahu ali duševnih bolečin s posebej opredeljenimi vzroki (zmanjšanje življenjske aktivnosti, skaženost, poseg v čast in dobro ime, okrnitev svobode, poseg v druge osebnostne pravice, poseg v spolno integriteto). Nepremoženjska škoda praviloma spremlja fizične poškodbe, denimo nesreče pri delu, vendar lahko nastane tudi drugače, na primer zaradi nezakonite odpovedi delovnega razmerja ali diskriminacije.¹¹ Vsaka neugodnost še ne pomeni pravno relevantne škode. V primeru okužbe z novim koronavirusom bi veljalo v ta obseg šteti le odstopajoče posledice okužbe – večje težave z dihalni, zmanjšano življenjsko aktivnost, bistveno oteženo življenje – ne pa tudi manjših oziroma splošno spremljajočih posledic.

Koronavirusna bolezen lahko poteka na različne načine. Pri 80 odstotkih okuženih ima blag potek. Pojavijo se lahko vročina, kašelj, bolečine v žrelu, nahod, slabo počutje, utrujenost, glavobol, bolečine v mišicah in sklepih, izguba vonja in okusa ter prebavne težave. Okužba lahko poteka tudi brez simptomov. Pri 20 odstotkih zbolelih bolezen poteka težje, okoli 5 odstotkov bolnikov pa je kritično bolnih in potrebuje zdravljenje v intenzivni enoti. Razvijejo se lahko pljučnica, sindrom akutne dihalne stiske (ARDS) in drugi zapleti, ki se lahko končajo s smrtjo. Podatki kažejo, da se lahko stanje hitro poslabša, pogosto v drugem tednu bolezni. Večje tveganje za težji potek bolezni imajo osebe, starejše od 60 let, in osebe s pridruženimi kroničnimi boleznimi.¹²

Poudariti velja, da je kritju škode, ki je nastala zaradi okvare zdravja, primarno namenjeno zdravstveno zavarovanje. Obvezno zavarovanje zajema zavarovanje za primer bolezni in poškodbe zunaj dela ter tudi za poškodbe pri delu in poklicne bolezni (13. člen Zakona o zdravstvenem varstvu in zavarovanju - ZZVZZ)¹³ Zavarovanec ima v tem obsegu pravico do plačila zdravstvenih storitev, pravico do nadomestila plače med začasno zadržanostjo od dela ter pravico do povrnitve potnih stroškov v zvezi z uveljavljanjem zdravstvenih storitev. Če gre za poklicno bolezen ali poškodbo pri delu, ima zavarovanec skladno z 31. členom ZZVZZ pravico do nadomestila zaradi zadržanosti od dela v višini 100 odstotkov osnove. Prvih 30 dni je izplačevanje nadomestila breme delodajalca, nato pa breme Zavoda za zdravstveno zavarovanje (137. člen ZDR-1). V večini primerov bi bila torej delavcu škoda povrnjena že iz sistema zdravstvenega zavarovanja.

¹¹ Možina, Odškodninska, str. 159.

¹² Glej: <<https://www.nijz.si/sl/koronavirus-pogosta-vprasanja-in-odgovori>> (17. 2. 2021).

¹³ Uradni list RS, št. 9/1992 in nasl.

Delavcu ista škoda ne more biti večkrat povrnjena, zato odškodnine v takem primeru ne bi mogel zahtevati od delodajalca. V razmerju med nosilcem zdravstvenega zavarovanja in delodajalcem se uporabijo pravila o subrogaciji.¹⁴ Škodo, ki ni krita v sistemu zdravstvenega zavarovanja (zlasti nepremoženjska škoda), pa bi delavec lahko zahteval od delodajalca.

Nadaljnje vprašanje je, ali delodajalec odgovarja tudi za škodo, nastalo drugim udeležencem v »verigi« okužb, na primer družinskim članom okuženega delavca. Glede t. i. posredne (indirektne) škode obstajajo pomisleki, zlasti kako dokazati vzročno zvezo, torej da okužbe »tretjih« izvirajo od prvotnega »prenašalca«. ¹⁵ To se zdi skoraj nemogoče, nedokazljivo; problem pri tem bi lahko bilo tudi ravnanje tretjega ali kar delavca samega. Po OZ namreč velja, da ravnanje tretjega, ki je odločilno, prvotno vzročno zvezo pretrga (153. člen OZ). »Verižne« okužbe bodo tako gotovo vprašanja, s katerimi se bodo v prihodnje ukvarjala sodišča.

Ne nazadnje se pri ureditvi škode lahko odpre tudi problem reševanja »nove škode« (t. i. latentne škode), saj dolgoročne posledice okuženosti s COVID-19 še niso znanstveno raziskane. O institutu nove škode govorimo tedaj, ko škoda ob dogodku še ni bila gotova oziroma njen nastanek in obseg še nista bila znana. ¹⁶ Ker glede dolgoročnih posledic novega koronavirusa ne vemo veliko, velja na to problematiko le opozoriti. V pretekli praksi se je vprašanje »nove škode« reševalo z vzpostavljanjem povrnitvenih shem. Kot primer navajava (že veljavno) shemo pri nas, ki jo vzpostavlja Zakon o odpravljanju posledic dela z azbestom (ZOPDA)¹⁷ za osebe, pri katerih je bila ugotovljena poklicna bolezen zaradi izpostavljenosti azbestu. Delodajalec je bil tako razbremenjen odgovornosti za socialno varnost delavcev, ki so delali z azbestom, država pa je prevzela tudi izplačevanje odškodnin delavcem, ki so oboleli zaradi azbesta. ¹⁸ O takšnem načinu povrnitve škode morebiti velja razmisliti tudi za (hujše) dolgoročne posledice okužbe z novim koronavirusom.

3.3. Vzročna zveza

Vzročna zveza je najbrž tista od predpostavk, katere dokazovanje bo v praksi izjemno težavno. To sledi iz dejstva, da znanstvena spoznanja o virusu SARS-Cov-2 še nastajajo; pri čemer vemo, da je virus zelo nalezljiv, se širi na več načinov, virus prav tako mutira in ustvarja nove različice ter za zdaj še ne vzpostavlja vzorca obnašanja, ki bi bil reprezentativen. Tudi inkuba-

¹⁴ Možina, Komentar, str. 1.

¹⁵ Brand/Becker, str. 2668.

¹⁶ Možina, Zastaranje, str. 234.

¹⁷ Uradni list RS, št. 38/2006 in nasl.

¹⁸ Glej: Predlog Zakona o odpravljanju posledic dela z azbestom, <http://www.dz-rs.si/wps/portal/Home/deloDZ/zakonodaja/izbranZakonAkt?uid=C12565D400354E68C12570D50038E25F&cdb=kon_zak&mandat=IV&ctip=-doc> (17. 2. 2021).

cijska doba se od primera do primera razlikuje, kar dodatno povzroča probleme pri časovnem opredeljevanju okužbe. Pri večini primerov okužb bo tako obstajalo več alternativnih vzrokov, potencialnih virov okužbe, zaradi česar bo dokazovanje vira okužbe z gotovostjo dejansko nemogoče. Posameznik se namreč lahko okuži ne samo na delovnem mestu, ampak tudi v stiku z asimptomatsko osebo, na poti v službo (javni prevoz), v trgovini ...

V splošnem po OZ velja, da mora oškodovanec dokazati dve vzročni zvezi: najprej vzročno zvezo med ravnanjem in škodnim dogodkom, nato še vzročno zvezo med škodnim dogodkom in konkretno nastalo škodo.¹⁹

V slovenskem pravnem redu se za določanje vzročnosti prvenstveno uporabi teorija adekvatne vzročnosti, ki upošteva (le) tiste vzroke, ki praviloma, po normalnem teku dogodkov, pripeljejo do posledic, kakršne so nastale.²⁰ Zlasti v primerih kršitev varnostnih predpisov se uporablja t. i. *ratio legis* vzročnost.²¹ Ta šteje za vzroke kršitve pravnih norm, ki jih predpisi glede na svoj namen štejejo za vzroke. Vzročna zveza torej obstaja na primer, ko delodajalec napoti delavca na delovno mesto, ki ne ustreza varnostnim zahtevam, ali mu naloži delo, za katero ni usposobljen oziroma zanj nima potrebnih izkušenj.

Kot omenjeno so bila s ciljem preprečiti širjenje novega koronavirusa na delovnem mestu sprejeta številna priporočila oziroma navodila. Delodajalca, ki bi ravnal v nasprotju z njimi (na primer opustil dolžnost zagotoviti osebno zaščitno opremo), bi po t. i. *ratio legis* vzročnosti veljalo identificirati kot kršitelja varnostne norme. Pri tem bi poleg tega ugotavljali, ali je posledica, ki izhaja iz kršitve (okužba), ena od posledic, ki jih je želela takšna pravna norma preprečiti. Problem v večini primerov ne bo dokazati, da delodajalec ni sprejel ustreznih varnostnih ukrepov, temveč dokazati, da je prav ta opustitev delodajalca vzrok za okužbo delavca.

V primerih škode, nastale zaradi okužbe s COVID-19, bo zaradi naštetih značilnosti novega koronavirusa težko z gotovostjo ugotoviti, kateri vzrok bi po normalnem teku pripeljal do posledice, kakršna je nastala. Zato bi veljalo dokazno breme oškodovanca olajšati in se dokazovanja lotiti drugače.

Primerjalnopravno poznamo različne načine lajšanja dokaznega bremena, v nadaljevanju omenjava le nekatere, t. i. *prima facie* dokaz, doktrina *res ipsa loquitur* in doktrina popolnega obvladovanja tveganja. Tudi slovenska sodišča so v praksi že dopustila, da se v določenih primerih, ko upravičeni razlogi zahtevajo olajšanje dokaznega bremena, dokazni standard gotovosti zniža na določeno stopnjo verjetnosti (zlasti za primere zdravniških napak in v prime-

¹⁹ Možina, Komentar, str. 3.

²⁰ Možina, Odškodninska, str. 160.

²¹ Prav tam.

rih prometnih nesreč).²² Neredko je namreč zaradi narave oziroma specifičnosti relevantnega dejstva dokazni standard gotovosti dejansko nedosegljiv.

V nemški stroki se je pojavila ideja, da bi za dokazovanje vzročne zveze v primerih okužb z novim koronavirusom uporabili t. i. *prima facie* dokaz.²³ Ta se uporablja pri tipičnih življenjskih dogajanjih, tedaj, ko se na podlagi splošnih življenjskih izkušenj lahko sklepa o določenem vzroku ali določenem poteku dogajanja, ki je odločilen za nastanek neke posledice.²⁴ Pri tem je vsekakor odločilno, da je o takem poteku mogoče dovolj zanesljivo sklepati. Tipičen potek dogajanja ni razumljen tako, da bi moralo neko ravnanje vedno povzročati isto posledico; zadostuje že, da je verjetnost nastanka posledice zelo velika, pri čemer se upoštevajo vse znane okoliščine primera.²⁵ Prednost *prima facie* dokaza je, da oškodovancu olajša dokazovanje tako, da zniža zahtevan dokazni standard. Nasprotna stranka lahko še vedno zamaje dokaz s tem, da trdi in dokaže atipičen, drugačen potek dogajanja. Pri tem zadostuje, da nasprotna stranka dokaže resno možnost atipičnega dogajanja, ne pa nujno, da se je prav ta možnost tudi uresničila. Zatem je breme spet na tožeči stranki, ki mora ponuditi celoto dokazov, in ne več le *prima facie* dokaz.²⁶

Lajšanje dokaznega bremena s t. i. *prima facie* dokazom je bilo v tuji sodni praksi že uporabljeno. Nemško vrhovno sodišče (BGH) se je v enem primeru ukvarjalo z vprašanjem, ali se je oseba okužila z virusom HIV s transfuzijo krvi.²⁷ To so preverili tako, da so pogledali, ali okuženi spada v katero od HIV-rizičnih skupin. Odgovor je bil negativen, zato so sklenili, da bi bil drugačen način okužbe (kot s transfuzijo krvi) upoštevajoč *življenjske okoliščine* neobičajen.²⁸ Vendar tu vzporednic s COVID-19 ne velja delati prehitro, saj gre v primeru okužbe z virusom HIV le za en mogoč način okužbe (prenosa), tj. s krvjo, medtem ko se virus SARS-CoV-2 širi na več mogočih načinov.

Problem t. i. *prima facie* dokaza v primerih zahtevkov, povezanih z okužbo COVID-19, bi lahko bilo vprašanje, kakšen je tipičen potek okužbe in ali je dogajanje že dovolj ustaljeno, da lahko govorimo o tipični življenjski situaciji. Izkušnje so namreč pokazale, da enkratni stik z okuženim še ne privede nujno do okužbe in tudi dve osebi, ki sta bili v stiku z isto okuženo osebo, ne bosta nujno hkrati razvili okužbe. Zaradi vsega navedenega velja nekaj časa poča-

²² Sodba VS RS II Ips 315/2013 z dne 20. 2. 2014, Sodba in sklep VS RS II Ips 309/2006 z dne 6. 11. 2008 ter Sodba in sklep VS RS II Ips 178/2007 z dne 16. 9. 2010.

²³ Brand/Becker, str. 2665.

²⁴ Dolenc, str. 6.

²⁵ Prav tam.

²⁶ Brand/Becker, str. 2667.

²⁷ Sodba BGH, objavljena v: BGHZ 163, 209 in/oziroma NJW 2005, 2614 (2615).

²⁸ Brand/Becker, str. 2667.

kati, da se v zvezi z novim koronavirusom oblikuje tipičen potek oziroma tipična življenjska situacija.

Čeprav *prima facie* dokaz pri nas ni zakonsko urejen, se ta na neki način kaže v pravilu proste presoje dokazov, ki zavezuje sodnike, da ti presodijo dokaze tudi glede na splošne življenjske izkušnje.²⁹ Sodišča bi pri presoji odgovornosti delodajalca za okužbo na delovnem mestu morala upoštevati celotno sliko in si pri ugotavljanju vzročne zveze pomagati s statističnimi podatki, izračunanimi verjetnostmi okužbe na nekem delovnem mestu in tudi okoliščinami – ali je bilo delovno mesto žarišče okužb in je bilo okuženih več delavcev ob istem času, ali je delovno mesto izoliran, zaprt prostor, v katerem delavci nimajo stika z zunanjim svetom (ladja, domovi za starejše), ipd. Vse to bi lahko sodnikom pomagalo pri presoji, ali je glede na splošne življenjske izkušnje sklepati, da se je delavec okužil na delovnem mestu.

V povezavi z reševanjem vzročnosti v primerih okužb z novim koronavirusom so se primerjalnopravno pojavili različni predlogi lajšanja dokaznega bremena. Tako so države Aljaska, Minnesota in Wisconsin sprejele predpise, ki predvidevajo domnevo vzročnosti za primere okužb na določenih delovnih mestih. V Kaliforniji je veljala odredba, ki je vzpostavljala domnevo okužbe na delovnem mestu, če je posameznik prejel pozitiven rezultat na testu v obdobju 14 dni od zadnjega dne na delovnem mestu.³⁰ Tudi v Evropi je zaslediti predloge za drugačno spoprijemanje z dokazovanjem vzročne zveze. Na Nizozemskem so tako predlagali vzpostavitev domneve vzročnosti, uvedbo obrnjenega dokaznega bremena, alternativne vzročnosti in deljene odgovornosti.³¹ Stroka v Nemčiji je predlagala, da se pri dokazovanju uporabijo pravila proste presoje dokazov, ki bi omogočila fleksibilnejše odločanje na podlagi okoliščin konkretnega primera.³² Prav tako so sodniki Zveznega sodišča v Nemčiji izjavili, da bi za določitev vzročnosti v primerih okužbe s COVID-19 zadostovalo, če bi lahko izključili vse druge mogoče vzroke škode.³³

Med znanstveniki, ki si prizadevajo razrešiti problem negotove vzročne zveze, se je pojavil predlog ugotavljanja vzrokov s t. i. genetsko tehnologijo prstnih odtisov (*genetic fingerprinting technology*).³⁴ Ta naj bi pomagala pri razjasnitvi, ali se je oseba okužila z virusom na določenem mestu. Metoda deluje na podlagi zbiranja vzorcev različnih genetskih tipov, ki se pozneje pri-

²⁹ Dolenc, str. 6.

³⁰ Glej: <http://ilj.law.indiana.edu/articles/Grey_Tort-Immunity-in-the-Pandemic.pdf> (11. 2. 2021).

³¹ Glej: <<https://www.intersentiaonline.com/publication/coronavirus-and-the-law-in-europe/21>> (10. 2. 2021).

³² Glej: <<http://wakeforestlawreview.com/2020/10/causal-proof-in-the-pandemic/>> (9. 2. 2021).

³³ Glej: <<https://www.simmons-simmons.com/en/publications/ckachir5hvu0w0a79q2n9tgxp/are-german-employers-liable-when-employees-fall-ill-with-covid-19->> (10. 2. 2021).

³⁴ Glej: <<https://www.law360.com/articles/1267057/genetic-fingerprinting-may-be-key-in-virus-exposure-suits>> (10. 2. 2021).

merjajo, in tako potrjuje morebitna ujemanja med njimi. To ni nekaj, kar bi s seboj prinesla era novega koronavirusa, temveč je metoda, ki se je že uporabila na sodiščih v Združenih državah Amerike. V primeru dokazovanja vzroka t. i. legionarske bolezni³⁵ in tudi v povezavi z iskanjem vzrokov bolezni, povezanih z živilskimi proizvodi (v proizvodnji mesa, na kmetijah).³⁶ Problem, ki ga takšno dokazovanje vira okužbe s COVID-19 prinaša, je, da takšna metoda zahteva zbiranje in hranjenje vzorcev, saj morajo ti ostati čim bolj nepoškodovani. Prav tako sta za izvajanje take metode potrebna ustrezna tehnologija in usposobljen strokovni kader.

Glede vzročne zveze lahko skleneva, da bo vsekakor potreben razmislek v smeri odstopanja od klasičnih načinov dokazovanja. Pri presoji bodo zlasti odločilne okoliščine primera, ki bodo sodnika prepričale o dejstvu, da se je delavec okužil na delovnem mestu. Ne nazadnje velja omeniti tudi, da bi lahko pretežno dokazno breme ogrozilo oškodovančevo pravico do sodnega varstva, kar je podrobneje predstavljeno v nadaljevanju prispevka.

4. Objektivna odgovornost

Zakonodajalec je za določene (izjemne) primere predvidel objektivno odgovornost. Tako delodajalec za škodo, ki izhaja iz nevarne stvari ali nevarne dejavnosti, odgovarja ne glede na krivdo. Nevarna dejavnost je dejavnost, iz katere kljub skrbnosti izhaja večja nevarnost za nastanek škode in pri kateri je mogoče pričakovati nastanek velike škode.

Ključno vprašanje na tej točki je, v katerih okoliščinah lahko delo med epidemijo štejemo za nevarno dejavnost in kateri dejavniki so relevantni pri opredelitvi določene dejavnosti kot nevarne. Za začetek se lahko opremo na veljavno sodno prakso slovenskih sodišč v povezavi z okužbami na delovnem mestu.

4.1. Analiza sodne prakse

V sodni praksi se je v preteklosti že pojavilo vprašanje, ali delo v razmerah, v katerih delavcu grozi okužba z nalezljivo boleznijo, pomeni nevarno dejavnost. Višje delovno in socialno sodišče je v zadevi Pdp 132/2013 presojalo, ali delo medicinske sestre, ki je v okviru svojih delovnih nalog dolžna skrbeti za pacientko, ki je bila okužena z nalezljivo boleznijo (tuberkulozo), pomeni nevarno dejavnost. Po oceni sodišča delo medicinske sestre v bolnišnici načeloma ne pomeni dela s povečano nevarnostjo, vendar je prav okoliščina stika z okuženo pacientko, katere okužba ob sprejemu in tožničinem stiku s to pacientko še ni bila diagnosticirana, pomeni tisto bistveno okoliščino, zaradi katere je treba tožnično delo v konkretnem primeru šteti za

³⁵ *Schultz v. United States*, 2017 WL 635289.

³⁶ *Long v. Fairbank Farms Inc.*, 2011 WL 2516378.

delo s povečano nevarnostjo. Ugotovilo je, da je kljub doslednemu izvajanju vseh ukrepov za varno delo (uporaba rokavic, maske, kape, predpasnika in zaščitnih obuval) do okužbe tožnice in še štirih medicinskih sester na oddelku vseeno prišlo, saj zaščitna oprema medicinske sestre ne more povsem zavarovati pred prenosom okužbe. Delo v okolju, v katerem je bila tožnica v stiku z okuženo pacientko, zato je obstajala večja nevarnost, da se prek izločkov pacientke okužba prenese, in v katerem je tudi prišlo do okužbe s tuberkulozo pri štirih medicinskih sestrah, je zdravju nevarno delovno okolje, ki pomeni povečano nevarnost. Zato za škodo, ki jo je utrpela tožnica zaradi okužbe s tuberkulozo, odgovarja delodajalec po načelu objektivne odgovornosti.

V odločbi Pdp 804/2011 je Višje delovno in socialno sodišče ocenjevalo, ali je mogoče šteti za nevarno dejavnost delo zdravstvenega tehnika – negovalca, ki je skrbel za najosnovnejšo nego pacientov, okuženih z virusom hepatitisa C, in opravljal medicinskotehnične posege ter se pri tem zaradi vboda z iglo okužil z omenjenim virusom. Odločilo je, da delo v delovnem okolju, v katerem je tožnik pri delu s pacienti prihajal v stik s krvjo pacientov, z njihovimi izločki, urinom in sekretom, pomeni zdravju nevarno delovno okolje, zato za škodo, ki jo utрпи delavec, ki zbolí za poklicno boleznijo, odgovarja delodajalec po načelu objektivne odgovornosti. Ker pa tožnik pri delu ni dosledno uporabljal zaščitnih rokavic, je sodišče poudarilo, da je vsakdo dolžan skrbeti za lastno varnost, in soudeležbo delavca pri povzročitvi škode ovrednotilo z 20 odstotki.

Podobno vprašanje je bilo predmet presoje Višjega delovnega in socialnega sodišča v zadevi Pdp 230/2017. Tožnica je bila zaposlena kot zdravstveni tehnik na oddelku intenzivne nege, na katerem so se zdravili tudi pacienti, ki so bili okuženi ali nosilci bakterije MRSA. Tožnica je pri svojem delu pogosto prihajala v stik s takšnimi bolniki, pri čemer so se na takratnem tožničinem oddelku zdravili bolniki, pri katerih je pogosta prisotnost te bakterije v sluznici dihal, zato je obstajala tudi možnost okužbe po zraku. Na podlagi navedenega je sodišče ocenilo, da delo, ki ga je opravljala tožnica, pomeni nevarno dejavnost.

Omeniti velja tudi sodbo Višjega sodišča v Ljubljani II Cp 4820/2008. Tožnik je bil zaposlen kot paznik v zavodu za prestajanje kazenskih sankcij. Med delom se je tožnik poškodoval pri odklepanju lisic z obsojenčevih rok, pri tem pa je prišel v stik z okuženo obsojenčevo krvjo. Vzrok škode je bil stik med tožnikovo rano in obsojenčevo krvjo, ki je bila okužena z virusom hepatitisa C. Sodišče je presodilo, da je delo z okuženimi obsojenci nevarna dejavnost, še posebej zato, ker pazniki z njihovim zdravstvenim stanjem niso seznanjeni oziroma ne smejo biti.

Sodna praksa je torej že v veliko primerih odločila, da je delo v razmerah, kjer je delavec izpostavljen okužbi z nalezljivo boleznijo, nevarna dejavnost in delodajalec za škodo, ki nastane v takšnih okoliščinah, odgovarja objektivno. Večina omenjenih primerov se nanaša na zdra-

vstvene delavce, ki so tipično v svojem poklicu najpogosteje izpostavljeni tveganju okužbe. Vendar krog dejavnosti, ki jih lahko opredelimo kot nevarne, ni omejen (o tem priča tudi omenjeni primer paznika v zaporu). Sodišče mora namreč v vsakem konkretnem primeru napolniti pojem nevarne dejavnosti. Med epidemijo COVID-19 je veliko več delavcev na svojem delovnem mestu izpostavljeno okužbi. Na podlagi pretekle sodne prakse je pričakovati, da se bodo sodišča v prihodnje ukvarjala s spori, v katerih bodo morala presoditi, ali je delo, pri katerem posameznik tvega okužbo s koronavirusom, mogoče šteti za nevarno dejavnost.

4.2. Ali je delo v razmerah epidemije COVID-19 nevarna dejavnost

Koronavirus se med ljudmi prenaša s kužnimi kapljicami, ki nastanejo ob kašljanju, kihanju, govorjenju, petju ali pospešenem dihanju okužene osebe. Z virusom se lahko okužimo tudi ob stiku z onesnaženimi površinami, na primer če se onesnaženih površin dotaknemo s prsti, lahko virus zanesemo na sluznice nosu, ust in oči ter se tako okužimo. Najpogosteje se okužba širi med ljudmi, ki so med seboj v tesnem stiku (razdalja do okužene osebe manj kot dva metra).³⁷ Niti dosledna uporaba zaščitne opreme možnosti okužbe ne izniči popolnoma. Zaradi tega bi bilo mogoče trditi, da je tveganje za okužbo še večje kot v prej omenjenih primerih iz sodne prakse, pri katerih se je okužba prenašala s krvjo. Sodna praksa je posebej izpostavila, da je delo še nevarnejše takrat, ko delavec ne ve, ali je oseba, s katero je v stiku, okužena. Sklepamo lahko, da enako velja v primeru, ko je delavec vsak dan v stiku z osebami, za katere obstaja možnost, da so okužene s koronavirusom. Tudi osebe, ki okužbo preblevajo brez simptomov in znakov bolezni, lahko prenesejo bolezen na druge ljudi.

Sodišče bo moralo v morebitnih sporih na podlagi okoliščin konkretnega delovnega mesta napolniti pravni standard nevarne dejavnosti. Kot izhodišče za presojo velja omeniti klasifikacijo izpostavljenosti delavcev okužbi s COVID-19, ki jo je pripravila ameriška administracija za varnost in zdravje pri delu – OSHA (Occupational Safety and Health Administration).³⁸ Delovna mesta so razvrščena v štiri kategorije: zelo visoko tveganje, visoko tveganje, srednje tveganje in nizko tveganje. V skupino z zelo visokim tveganjem uvršča zdravstvene delavce, ki obravnavajo bolne ali osebe s sumom na okužbo z virusom, delavce, ki ravnaajo s kužninami, in zaposlene, ki skrbijo za higieno obolelih oseb (strežniki, čistilke, perice ...). Visoko tveganje za okužbo imajo preostali zdravstveni delavci in njihovo podporno osebje, reševalci, ki prevažajo bolne, in delavci v mrtvašnicah. V kategorijo s srednjim tveganjem spadajo vsi, ki opravljajo delo z ljudmi in so z njimi bližje od 1,5 m (trgovci, dostavljavci, vozniki, redarji, policisti, gasilci, delo v skupinah ...). Nizko tveganje za okužbo se pojavlja pri osebah, ki pri vsakdanjem delu nimajo tesnih stikov z drugimi osebami ali sodelavci.

³⁷ Glej: <<https://www.nijz.si/sl/koronavirus-pogosta-vprasanja-in-odgovori>> (17. 2. 2021).

³⁸ Glej: <<https://www.osha.gov/Publications/OSHA3990.pdf>>, str. 18–20 (17. 2. 2021).

Dodaten pomožni dejavnik pri odločitvi sodišča bi lahko bili statistični podatki o stopnji okuženosti v posameznih poklicnih skupinah. Ta vidik se deloma navezuje na prej omenjeno klasifikacijo izpostavljenosti delavcev. Med pripravo tega prispevka še ni bilo zaslediti javno objavljenih podatkov o tem, kateri poklici so statistično gledano najbolj izpostavljeni tveganju okužbe. Kot primer je mogoče navesti le analizo okuženih po poklicnih skupinah, ki jo je opravil Nacionalni inštitut za javno zdravje od 10. do 17. 11. 2020.³⁹ V tem obdobju so bili na testiranju pozitivni 403 zdravstveni sodelavci, 221 delavcev zdravstvene nege, 145 prodajalcev, 100 čistilk, 78 bolničarjev, 68 zdravnikov, 58 generalnih direktorjev in 44 policistov.

Naj poudariva, da kljub navajanju klasifikacije in statističnih podatkov o stopnji tveganja za posamezne skupine poklicev meniva, da ne bi bilo primerno, da se vnaprej nekritično kategorizirajo določeni poklici oziroma delovna mesta kot nevarne dejavnosti. Vsak posamičen primer terjaja presojo, ali je bil konkretni delavec izpostavljen izrednemu škodnemu tveganju, ki ga ni bilo mogoče preprečiti niti upoštevajoč vse preventivne ukrepe. Sodišče bo moralo ovrednotiti vse relevantne dejavnike, vključno s tem, ali je bil delavec v okviru svojih delovnih dolžnosti v stiku z okuženimi osebami, ali je bilo glede na naravo dela sploh objektivno mogoče zagotoviti varne delovne pogoje (na primer varnostno razdaljo), ali bi uporaba zaščitne opreme za konkretnega delavca lahko preprečila okužbo in podobno. Ob navedenem ne smemo spregledati niti ravnanja samega delavca. Nevarna dejavnost je, kot je že večkrat izpostavila sodna praksa,⁴⁰ le tista, ki je nevarna sama po sebi. Če dejavnost postane nevarna zaradi ravnanja delavca, je ne moremo šteti za nevarno dejavnost glede na drugi odstavek 131. člena OZ.

4.3. Razbremenitev objektivne odgovornosti

Objektivne odgovornosti se ni mogoče razbremeniti s tem, da odgovorna oseba dokaže, da ni kriva, temveč mora bodisi izpodbiti domnevo vzročnosti bodisi dokazati, da je vzrok za škodo dogodek oziroma ravnanje, ki je zunaj njene sfere in ki ga ni mogla predvideti ter tudi ne preprečiti njegovih škodljivih posledic. Drugi odstavek 153. člena OZ tako določa, da je imetnik nevarne stvari prost odgovornosti tudi, če dokaže, da je škoda nastala izključno zaradi dejanja oškodovanca ali koga tretjega, ki ga ni mogel pričakovati in se njegovim posledicam ne izogniti ne jih odstraniti. Oprostitveni razlogi so po spoznanjih teorije posebne okoliščine, ki so po izrecni zakonski določbi tako pomembne, da objektivno odgovorno osebo razbremenjujejo

³⁹ Glej: <<https://www.gov.si/novice/2020-11-18-nacionalni-institut-za-javno-zdravje-bo-opravljal-bolj-poglobljene-analize-ugotavljanja-izvora-okuzb/>> (17. 2. 2021).

⁴⁰ Glej na primer sklep VS RS II Ips 182/99 z dne 4. 11. 1999.

objektivne odgovornosti. To so višja sila, dejanje tretjega ali dejanje oškodovanca, ki ga ni bilo mogoče pričakovati in se njegovim posledicam ne izogniti ne jih odstraniti.⁴¹

4.3.1. Višja sila

Epidemija kot taka se navaja kot primer višje sile, zato se odpira vprašanje, ali bi bil delodajalec uspešen pri sklicevanju na epidemijo kot razlog za razbremenitev objektivne odgovornosti. Da bi se delodajalec razbremenil objektivne odgovornosti za škodo, ki je delavcu nastala zaradi okužbe s koronavirusom na delovnem mestu, bo moral dokazati, da je škoda nastala zaradi dogodka, ki izhaja zunaj njegove sfere in ki ga ni mogel niti pričakovati niti preprečiti. Pri odgovoru ni bistveno to, da pred dobrim letom dni konkretni delodajalec ni mogel predvideti pojava epidemije niti je ni mogel preprečiti. Odločilna je presoja, kako je epidemija vplivala na konkretno razmerje med delavcem in delodajalcem. Obstoja epidemije ne kaže razlagati kot zadostno okoliščino za sklep, da je delavčeva okužba »posledica epidemije«, zaradi česar je delodajalec razbremenjen odgovornosti. V konkretnem primeru bo sodišče moralo napolniti pravni standard »nepredvidljivosti in nepreprečljivosti«. Tako ne gre izključiti možnosti, da bi sodišče v posameznem primeru, denimo v zelo zgodnji fazi širitve koronavirusa, ocenilo, da je bil vzrok škode epidemija kot višja sila. V večini primerov ta razlog razbremenitve najverjetneje ne bi bil ustrezen.

4.3.2. Ravnanje oškodovanca

Ravnanje oškodovanca, ki odgovorno osebo razbremeni objektivne odgovornosti, mora imeti podobne elemente kot višja sila. Test nepričakovanosti in nepreprečljivosti ravnanja oškodovanca se v sodni praksi presoja po najstrožjem merilu, kar pomeni, da mora biti oškodovančevo ravnanje nepričakovano in neodvrtljivo za posebno skrbnega človeka oziroma posebno skrbnega strokovnjaka, če gre za poklicno dejavnost (6. člen OZ). Krivda oškodovanca načeloma ni odločilna, temveč je odločilno, ali bi odgovorna oseba morala takšno ravnanje ob ustrezni skrbnosti pričakovati in bi se mu lahko izognila oziroma preprečila posledice.⁴²

V razmerah COVID-19 se odpira vprašanje, kakšno mora biti ravnanje delavca, da bi razbremenilo delodajalca objektivne odgovornosti. Tudi v tem primeru velja, da bo moralo sodišče v konkretnem primeru napolniti pravni standard nepričakovanosti in nepreprečljivosti. Dejstvo, da delavec ni uporabljal zaščitne opreme, ki jo je zagotovil delodajalec, ne zadošča nujno za sklep, da delodajalec ne odgovarja za škodo. Kot omenjeno za razbremenitev ni bistveno, da je delavčevo ravnanje neskrbno, temveč mora biti z vidika delodajalca nepredvidljivo, kar je

⁴¹ Ustavno sodišče v odločbi Up-484/14-19 z dne 3. 12. 2015.

⁴² Sklep VS RS VIII Ips 116/2009 z dne 23. 5. 2011.

sprejeto tudi v teoriji.⁴³ V zvezi s tem velja omeniti stališče Vrhovnega sodišča v odločbi II Ips 32/2009, ki posebej poudarja, da v sfero tveganja objektivno odgovornega imetnika nevarne stvari spadajo tudi neprevidna, nepremišljena in celo nekatera nerazumna ravnanja oškodovancev. Dovolj je, da so taka ravnanja objektivno predvidljiva.

Neuporaba zaščitne opreme bi bila zato relevantnejša pri presoji soprispevka oškodovanca v povezavi z delno razbremenitvijo delodajalčeve odgovornosti. Skladno s tretjim odstavkom 153. člena OZ je odgovorna oseba deloma prosta odgovornosti, če dokaže, da je oškodovanec prispeval k nastanku škode. Sodna praksa razlikuje med standardom presoje ravnanja oškodovanca pri popolni in delni oprostitvi odgovornosti objektivno odgovorne osebe. Delna oprostitev odgovornosti tako ne zahteva pogoja nepričakovanosti in nepreprečljivosti ravnanja oškodovanca – da ravnanje oškodovanca ovrednotimo kot prispevek, mora imeti znake neskrbnega ravnanja, pri čemer je merilo skrbnosti povprečen razumen človek.⁴⁴ Vendar to vprašanje v teoriji še ni dorečeno. Mogoča je tudi druga razlaga, torej da mora biti tudi pri delni razbremenitvi objektivne odgovornosti ravnanje oškodovanca nepričakovano in nepredvidljivo, le da ni izključni vzrok za nastanek škode.⁴⁵

V zvezi z ravnanjem oškodovanca kot podlago za delno razbremenitev objektivne odgovornosti velja spomniti na že omenjeno odločbo Pdp 804/2011. V odločbi je Višje delovno in socialno sodišče ocenilo, da je medicinski tehnik, ki se je na delovnem mestu zaradi vboda z iglo okužil z virusom hepatitisa C, zaradi nedosledne uporabe zaščitnih rokavic soprispeval k nastanku škode. Njegovo soodgovornost je ovrednotilo z 20 odstotki.

5. Povrnitvena shema kot alternativna podlaga za povrnitev škode

Iz do zdaj navedenega izhaja, da je objektivna odgovornost za delodajalca izjemno stroga. Takšen pristop se utemeljuje s tem, da naj tisti, ki ima korist od nevarne dejavnosti – v tem kontekstu delodajalec, nosi tudi breme odgovornosti za škodo, čeprav mu ni mogoče očitati niti protipravnega niti krivdnega ravnanja.⁴⁶ Sprašujeva se, ali je takšen pristop utemeljen tudi med epidemijo in ali je pravično, da breme povrnitve škode v celoti prevalimo na delodajalca.

Tipični primeri nevarnih dejavnosti, ki jih zasledimo v sodni praksi, so zlasti delo z nevarnimi kemikalijami in nevarnimi stroji, delo na višini ter v rudniku.⁴⁷ Zanje delodajalec odgovarja

⁴³ Možina, Komentar, str. 5; Jadek Pensa, str. 867.

⁴⁴ Glej na primer sodbo VS RS II Ips 803/2009 z dne 28. 1. 2010 ter sodbo in sklep VS RS II Ips 32/2009 z dne 14. 7. 2011.

⁴⁵ Jadek Pensa, str. 869 in 870.

⁴⁶ Možina, Komentar, str. 3.

⁴⁷ Prav tam, str. 4.

objektivno, saj ima korist od teh dejavnosti, prav tako pa pozna tveganja, ki iz njih izhajajo, saj je nevarnost v teh primerih neposredno povezana z delodajalčevo dejavnostjo. Nasprotno je epidemija nekaj, kar ne izhaja iz delodajalčeve sfere, pri čemer niso vsi delodajalci v vseh panogah sposobni prepoznavati in obvladovati tveganj, povezanih z nalezljivimi boleznimi.

Za določene skupine delavcev, ki so bili med epidemijo neposredno prisotni na delovnih mestih, bi lahko trdili, da niso bili tam izključno zaradi delodajalca oziroma ni bil on edini, ki je imel korist od tega. S tem misliva predvsem zaposlene v sektorjih kritične infrastrukture,⁴⁸ katere neprekinjeno delovanje je nujno za ohranjanje normalnega delovanja družbe.⁴⁹ Korist od prisotnosti omenjenih delavcev na nevarnih delovnih mestih med epidemijo je torej imela družba kot celota, ne le delodajalec.

Glede na omenjeno utemeljitev, ki je za objektivno odgovornostjo delodajalca, se v razmerah epidemije (v primerih, ko korist delodajalca ni tako jasno poudarjena) pojavi dilema o pravičnosti takšnega pristopa. Zato kaže razmisliti o uvedbi povrnitvenih shem, ki bi poskrbele za pravičnejšo porazdelitev bremena epidemije. Kot primer v potrditev tega navajava Veliko Britanijo, v kateri je bila vzpostavljena povrnitvena shema za družinske člane zdravstvenih delavcev, ki so umrli za posledicami koronavirusa.⁵⁰ Podrobnejša analiza primernosti uvedbe takšnih povrnitvenih shem tudi pri nas presega okvire tega prispevka, zato le poudarjava to možnost kot alternativo objektivni odškodninski odgovornosti delodajalca.

6. Pravica odkloniti delo

Po Zakonu o varnosti in zdravju pri delu velja, da ima delavec pravico odkloniti delo, če ni bil predhodno seznanjen z vsemi nevarnostmi, škodljivostmi pri delu in sprejetimi varnostnimi ukrepi ter usposobljen za varno in zdravo delo ali če delodajalec ni zagotovil predpisanega zdravstvenega pregleda (52. člen ZVZD-1). Prav tako ima delavec pravico odkloniti delo, če mu grozi neposredna nevarnost za življenje ali zdravje, ker niso bili izvedeni predpisani varnostni ukrepi, ter zahtevati od delodajalca, da nevarnost odpravi (52. člen ZVZD-1). Delodajalčevi dolžnosti nasproti stoji dolžnost delavca, da ravna skladno s predpisi o varstvu na delovnem mestu, spoštuje, izvaja ukrepe o varnosti in zdravju pri delu ter pazljivo opravlja delo, da zavaruje svoje življenje, zdravje ter življenje in zdravje drugih oseb. Prav tako ima

⁴⁸ Kritična infrastruktura zajema tiste zmogljivosti, ki so ključne za državo, pri čemer bi prekinitev njihovega delovanja ali njihovo uničenje pomembno vplivalo in imelo resne posledice za nacionalno varnost, gospodarstvo in druge ključne družbene funkcije ter zdravje, varnost, zaščito in blaginjo ljudi. Sektorji kritične infrastrukture so sektor energetike, sektor prometa, sektor prehrane, sektor preskrbe s pitno vodo, sektor zdravstva, sektor financ, sektor varovanja okolja ter sektor informacijsko-komunikacijskih omrežij in sistemov.

⁴⁹ Zakon o kritični infrastrukturi (Uradni list RS, št. 75/17).

⁵⁰ Glej: <<https://www.nhs.uk/nhs-and-social-care-coronavirus-life-assurance-scheme-2020>> (17. 2. 2021).

delavec dolžnost opozoriti delodajalca, kadar meni, da delo v določenih pogojih ni varno, saj v nasprotnem primeru soodgovarja za nastalo škodo (soprispevek oškodovanca) (12. člen ZVZD-1).

Za poklice, katerih narava je posebej tvegana in od delavcev terja vsakodnevno izpostavljanje določenim tveganjem, velja nekoliko drugačen pravni režim. Tako že ZVZD-1 za vojaške uslužbenke, policiste, reševalce in druge, ki izvajajo pomoč v okviru civilne zaščite, izključuje uporabo splošnih pravil in napotuje na ureditev v posebnih predpisih (2. člen ZVZD-1). To je vsekakor logična posledica posebej tvegane narave poklicev, za katere naj veljajo posebni režimi ravnanja in odgovornosti. Gotovo je, da delavci v teh poklicih sprejmejo določena tveganja že s tem, ko se odločijo za takšen poklic. Vendar to ne pomeni, da s to odločitvijo privolijo v vsa tveganja, tudi tista, ki presegajo razumno mejo tveganj. Vsekakor le na podlagi dejstva, da je delavec tveganje na delovnem mestu poznal, ni mogoče samodejno sklepati o obstoju privolitve v odpoved pravici do povrnitve škode.⁵¹ Iz tega sledi, da odgovornost delodajalca za morebitno škodo, ki bi utegnila nastati pri opravljanju dejavnosti z večjimi tveganji, ni samodejno izključena. V nadaljevanju bova na kratko opisali primere iz slovenske sodne prakse, ki to tezo potrjujejo.

V primeru Pdp 682/2016 je Višje delovno in socialno sodišče ugotovilo odgovornost nadrejenega za škodo, ki je nastala oškodovanki pri vojaškem usposabljanju. Pod vrhvo, po kateri je plezala, namreč ni bila nameščena ustrezna blazina, ki bi lahko ublažila udarec pri morebitnem padcu. Ugotovljeno je bilo, da je oškodovanka plezala na podlagi ukaza nadrejenega in tako vajo morala izvesti. Sodišče je v konkretnem primeru ugotovilo le odgovornost nadrejenega, saj ni ugotovilo krivde oškodovanke za to, da nadrejenega ni opozorila, da ne zmore več plezati.

Poleg tega je v primeru II Cp 3241/2011 Višje sodišče v Ljubljani ugotovilo objektivno odgovornost organizatorja dogodka, na katerem se je prostovoljni gasilec poškodoval pri skoku z velike višine na blazino – simulaciji požara v zaprtem prostoru. Pri tem je poudarilo, da privolitve v skok oziroma izvedbo ukaza ne moremo šteti za privolitev v nastalo škodo. Te tudi ne moremo izpeljati iz dejstva, da je gasilec tveganje, ki mu je bil izpostavljen, poznal. Vodja intervencije kot organizator je bil tisti, ki je okoliščine o varnosti terena najboljše poznal in je bil skladno s tem dolžan zagotoviti varne razmere za izpeljavo vaje.

V primeru Pdp 123/2020 je Višje delovno in socialno sodišče dodatno poudarilo, da mora delodajalec, ki se profesionalno ukvarja z urjenjem vojakov, pri izpolnjevanju obveznosti iz te dejavnosti izkazati večjo skrbnost od običajne. Dolžnost delodajalca je po mnenju sodišča, da izvaja redne preglede pehotnih ovir in te ustrezno vzdržuje. To so razumni varnostni ukrepi

⁵¹ Jadek Pensa, str. 817.

za zagotovitev varnega delovnega okolja. Na drugi strani je sodišče opozorilo na odgovornost delavca, da opusti ravnanja, ki bi lahko poslabšala njegovo zdravstveno stanje, saj v nasprotnem primeru soodgovarja za nastalo škodo. V konkretnem primeru je sodišče ugotovilo, da oškodovanec ni bil usposobljen za preverjanje kakovosti ovir, se torej ni zavedal oziroma se ni mogel zavedati nevarnosti zdrsa pri izvedbi vaje, zato od njega ni bilo mogoče pričakovati, da bi izdani ukaz izvedbe vaje odklonil. Njegovega soprispevka sodišče ni ugotovilo.

Tudi med spopadanjem s COVID-19 mora delodajalec zagotavljati delavcu pogoje za delo, ki bodo čim skladnejši s predpisi o varnosti in zdravju pri delu ter s priporočili NIJZ za preprečevanje širjenja novega koronavirusa. Na drugi strani še vedno obstaja dolžnost delavca, da varnostne ukrepe upošteva, in pravica delavca, da delo odkloni. Pri razmejevanju, komu in kdaj podeliti pravico odkloniti delo, je treba razlikovati med poklicnimi skupinami z bolj in manj tveganim okoljem. Tako za zdravnike, reševalce, policiste in druge, ki rešujejo zdravje in življenja ljudi, še vedno velja, da dela ne morejo odkloniti v vsakem primeru, temveč zanje veljajo nekoliko drugačna pravila.

Glede pravice odkloniti delo v razmerah COVID-19 je podala mnenje tudi pravna služba Zdravniške zbornice. Pri tem je navedla, da v primerih, ko delodajalec zdravstvenemu osebjem ne zagotovi osebnih zaščitnih sredstev in delavec stopi v neposreden stik s pacientom, pri katerem obstaja sum na nalezljivo bolezen z visokim tveganjem, takšna odklonitev ne pomeni kršitve obveznosti delavca ter mu zato ni mogoče podati odpovedi iz krivdnega razloga ali ga drugače sankcionirati.⁵² Za delavce v tveganih delovnih razmerah po tradicionalni biomedicinski etiki velja, da so dolžni varovati svoje zdravje in se izogibati nerazumnemu tveganju, torej tudi okužbam z (nevarnimi) nalezljivimi boleznimi, ne le v osebnem interesu, ampak tudi v interesu pacientov, ki so oziroma bi lahko postali odvisni od njihove strokovne pomoči.⁵³ Tudi reševalci in drugo osebje pri podobnih delih so po Zakonu o varstvu pred naravnimi in drugimi nesrečami (16. člen ZVNDN)⁵⁴ dolžni osebi, ki je v življenjski nevarnosti ali ji preti nevarnost za zdravje, priskočiti na pomoč, vendar samo v primeru, če s tem ne ogrozijo svojega življenja ali zdravja. Tu velja poudariti, da mora zdravnik v situaciji, ko odkloni delo, še vedno narediti vse, kar je v njegovi moči, da prepreči širjenje bolezni, in za to izvesti druge ustrezne ukrepe, dokler ne dobi na voljo zaščitnih sredstev, ki mu bodo omogočila varno in kakovostno izvedbo zdravstvene storitve.⁵⁵

⁵² Glej: <https://www.zdravniskazbornica.si/docs/default-source/tedenski-bilten-fs/pravni-polo%C5%BEaj-zdravnikov-pri-soo%C4%8Denju-z-virusom-sars-cov-2.pdf?sfvrsn=e8483036_2> (12. 2. 2021).

⁵³ Filipčič, Korošec, Zdolšek, str. 50.

⁵⁴ Uradni list RS, št. 64/1994 in nasl.

⁵⁵ Glej: <https://www.zdravniskazbornica.si/docs/default-source/tedenski-bilten-fs/pravni-polo%C5%BEaj-zdravnikov-pri-soo%C4%8Denju-z-virusom-sars-cov-2.pdf?sfvrsn=e8483036_2> (12. 2. 2021).

Pri poklicih z manj tveganim delovnim okoljem se delavec na pravico odkloniti delo lahko sklicuje, če v konkretnem primeru dokaže, da mu grozi neposredna in konkretna nevarnost za zdravje ali življenje, oziroma dokaže, da na delovnem mestu veljajo neustrezni delovni pogoji (52. člen ZVZD-1). Tako bi delavec med COVID-19 moral dokazati, da delodajalec ne sledi varnostnim ukrepom za preprečitev širjenja okužb in mu zato neposredno grozi nevarnost okužbe na delovnem mestu (na primer ker preostali delavci ne nosijo mask, delo ne poteka na varnostnih razdaljah, v delovni proces je vključen okuženi delavec ipd.).

6.1. Odškodninska odgovornost za nezakonito odpoved delovnega razmerja zaradi odklonitve dela

V primeru, ko bi delavec zaradi preteče nevarnosti okužbe z novim koronavirusom želel ostati doma, sklicujoč se na pravico odkloniti delo, delodajalec pa bi takšno ravnanje ocenil za neustrezno in delavca odpustil, bi se uporabila presoja odgovornosti za nezakonito odpoved delovnega razmerja.

Vrhovno sodišče je že ugotovilo, da se situaciji, odklonitev dela in odsotnost z dela, v svojem bistvu lahko prekrivata; da se torej odklonitev dela v določenih primerih lahko izvede samo z dejansko odsotnostjo z delovnega mesta.⁵⁶ Delavec mora v takih primerih dokazati, da mu je grozila konkretna in neposredna nevarnost za zdravje ali življenje oziroma da so neustrezni delovni pogoji za opravljanje dela trajali spornega dne in v nadaljnjih dneh, ko bi se delavec moral zglasiti na delovnem mestu. V takih primerih velja opozoriti na zahtevo, da delavec lahko odkloni delo (in ostane doma) le v primeru dejanskega obstoja nevarnih delovnih okoliščin in le toliko časa, kolikor taki pogoji obstajajo.⁵⁷ V nasprotnem primeru se odsotnost lahko šteje za neopravičeno in ima delodajalec na voljo izredno ali redno odpoved delovnega razmerja zaradi krivdnega razloga (119. in 89. člen ZDR-1).

Med prvim valom novega koronavirusa, ko je bil način širjenja okužbe še »sivo polje«, so delavci gotovo lažje dokazovali okoliščine v zvezi s pravico odkloniti delo kot v drugem valu, ko so se delodajalci že naučili ukrepati zoper širjenje novega koronavirusa. Tako bi veljalo za primere, ko je delavec zavrnil »fizično« prisotnost na delovnem mestu, ker je domneval, da je v delovni proces vključen okuženi delavec, ali je bilo njegovo delovno mesto tako, da varnih pogojev ni bilo mogoče zagotoviti (delodajalec na primer ni imel na voljo ustrezne zaščitne opreme), takšne zavrnitve dela šteti za upravičene.

Sodišče mora v primerih zahtevkov zoper delodajalca zaradi nezakonite odpovedi delovnega razmerja najprej ugotavljati, ali je bila delodajalčeva odpoved res nezakonita, in v primeru pri-

⁵⁶ Sodba VS RS VIII Ips 214/2004 z dne 18. 1. 2005.

⁵⁷ Prav tam.

trdilnega odgovora delavca reintegrirati na delovno mesto, ugotoviti, da je delovno razmerje v vmesnem času obstajalo, mu priznati delovno dobo, nadomestilo plače in druge pravice. Če reintegracija ne bi bila mogoča, pa delavcu poleg tega priznati tudi posebno denarno povračilo. Tu govorimo predvsem o povrnitvi premoženjske škode, medtem ko je vprašanje nepremoženjske škode nekoliko zapleteno. Za priznanje odškodnine za nepremoženjsko škodo ne zadošča le sklicevanje na nezakonito odpoved, ampak mora delavec dokazati, da je delodajalec hujše zlorabil institut odpovedi oziroma zavestno ravnal v nasprotju s predpisi.⁵⁸ Delavcu, ki bi bil neupravičeno odpuščen med COVID-19, ne bi uspelo le s sklicevanjem na splošno trpljenje zaradi epidemije, temveč bi moral konkretno dokazati zadostno intenzivnost in trajanje trpljenja oziroma drugih oblik škode (t. i. subjektivni koncept nepremoženjske škode).

7. Odgovornost delodajalca v sodni praksi Evropskega sodišča za človekove pravice

Če bi sodišče odreklo pravno varstvo delavcu, bi ta po izčrpanju domačih pravnih sredstev imel na voljo postopek pred Evropskim sodiščem za človekove pravice (ESČP). V primerih odgovornosti delodajalca za posledice okužb na delovnem mestu bi se lahko uporabila presoja v okviru 2. (pravica do življenja) in 6. (pravica do poštenega sojenja) člena Evropske konvencije o varstvu človekovih pravic (EKČP).

Problem, ki ga je treba sprva razrešiti, je, ali in kako uporabiti pravila iz EKČP pri razmerju delavca in delodajalca, ki sta v horizontalnem razmerju (posameznik *vs.* posameznik). EKČP je bila namreč prvotno sprejeta z namenom varovati pravice posameznika pred posegi države (t. i. vertikalni učinek varstva človekovih pravic) in sprva ni bila izvršljiva v razmerjih med posamezniki.⁵⁹ Kljub temu da »nedržavni subjekti« (*non-State actors*) trenutno še vedno nimajo neposrednih obveznosti, ki bi izhajale iz EKČP, se njihova ravnanja lahko razlagajo v povezavi s pozitivnimi obveznostmi države.⁶⁰ Govorimo o t. i. posrednem horizontalnem učinku, ki vzpostavlja odgovornost države za kršitve človekovih pravic s strani nedržavnih subjektov.⁶¹ Tu je predvsem mišljena odgovornost države preiskovati, preprečevati ali kaznovati kršenje človekovih pravic. To izhaja tudi iz dejstva, da ima država obveznost zaščititi človekove pravice, kar pogosto vključuje tudi nalaganje obveznosti oziroma oblikovanje standarda ravnanja

⁵⁸ Možina, Odškodninska, str. 169.

⁵⁹ Glej: <<https://grojil.org/2018/08/01/the-horizontal-effect-of-international-human-rights-law/>> (19. 2. 2021).

⁶⁰ Glej: <<http://bibliobase.sermais.pt:8008/BiblioNET/Upload/PDF5/003829.pdf>> (19. 2. 2021).

⁶¹ Glej: <<https://grojil.org/2018/08/01/the-horizontal-effect-of-international-human-rights-law/>> (19. 2. 2021).

za nedržavne subjekte.⁶² Horizontalni učinek pomeni zlasti vrednostni vpliv človekovih pravic na zakonodajo, ki se uporablja za razmerja med posamezniki.

V konkretni situaciji presoje odgovornosti delodajalca med COVID-19 le zatrjevano dejstvo, da je delodajalec posegel v pravno varovano človekovo pravico delavca, ne bo zadostovalo za vzpostavitev odgovornosti države. Ravnanje posameznika (delodajalca) mora izhajati iz napačnega ravnanja ali opustitve države.⁶³ Delavec bo moral dokazati, da država ni preprečila kršitve človekove pravice, ko bi morala in mogla, ali drugače, ker ni zagotovila ustreznega kaznovanja kršitelja. V teh primerih državi ni uspelo vzpostaviti ustreznega pravnega okvira, ni sprejela potrebnih preventivnih ukrepov ali ni zagotovila sredstev, s katerimi bi posameznik uveljavljal kršitev. Vendar je treba že vnaprej opozoriti, da je presoja odgovornosti vselej odvisna od konkretnih okoliščin primera, zato je vsakršna preliminarna analiza brez konkretnega primera prenačljiva.

Kot prva pravica, ki bi bila potencialno kršena in zatrjevana s strani delavca ali njegovih potomcev, je pravica do življenja (2. člen EKČP). Njen namen je preprečiti nedopusten poseg v življenje posameznika, kar vključuje tudi preventivne ukrepe države, ki naj zavarujejo pretečo nevarnost življenju.⁶⁴ Ker delodajalec ne nastopa kot oblast in mu torej ne moremo pripisati pozitivnih obveznosti države, bi se EKČP uporabila le prek t. i. horizontalnega učinkovanja človekovih pravic. V okviru pravice do življenja bi to lahko bila situacija, ko bi bil delavec zaradi nevarnih pogojev na delovnem mestu toliko »ogrožen«, da bi država morala ukrepati. Govorimo o pozitivnih obveznostih države, ki jih nikakor ne smemo razlagati na način, ki bi pomenil nalaganje pretiranega in nesorazmernega bremena državi.⁶⁵ Člen 2 EKČP bi se potencialno uporabil tudi v situaciji, ko bi posameznik (delavec ali njegovi potomci) tožil pred domačim sodiščem zaradi posega delodajalca v pravico do življenja, pa mu sodišča ne bi nudila ustreznega varstva (uporaba 2. člena EKČP v povezavi s 6. členom EKČP – učinkovito sodno varstvo). Tu velja poudariti, da za uporabo 2. člena EKČP ne zadošča le pavšalno (splošno) zatrjevanje nevarnosti, temveč mora biti nevarnost, ki mu grozi, resna, konkretna in neposredna.⁶⁶ Prav tako moramo upoštevati, da se pozitivne obveznosti državi nalagajo upoštevajoč okoliščine primera. To pomeni, da je pri presoji posebej pomembno, ali je država dejansko imela možnost sprejeti ukrepe, ki bi lahko zavarovali posameznika, ali pa je bilo tveganje takšno, da ga država ni mogla predvideti oziroma obvladati. Glede na to, da dolgo-

⁶² Prav tam.

⁶³ Glej: <<http://bibliobase.sermais.pt:8008/BiblioNET/Upload/PDF5/003829.pdf>> (20. 2. 2021).

⁶⁴ Glej: <https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_2_ENG.pdf> (21. 2. 2021).

⁶⁵ *Budayeva in drugi proti Rusiji*, št. 15339/02, 21166/02, 20058/02, 11673/02 in 5343/0220, z dne 20. 3. 2008, točki 134 in 135; *Vilnes in drugi proti Norveški*, št. 52806/09 in 22703/10, z dne 5. 12. 2013, točka 220; *Brinat in drugi proti Malti*, št. 60908/1, 62110/11, 62129/11, 62312/11 in 62338/11, z dne 24. 7. 2014, točka 101.

⁶⁶ Glej: <https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_2_ENG.pdf> (21. 2. 2021).

trajnih učinkov izpostavljenosti virusu SARS-Cov-2 še ne poznamo in da v večini primerov okužb posamezniki niso v življenju neposredno nevarni situaciji (okužba večinoma namreč ne povzroči smrtnega izida), je uporaba 2. člena EKČP vprašljiva.

Nazadnje bi obravnavano odgovornost delodajalca oziroma natančneje dokazovanje odgovornosti veljalo presojati glede na 6. člen EKČP (pravica do poštenega sojenja). Ta zagotavlja pravico dostopa do sodišča oziroma pravico do učinkovitega sodnega varstva, ki naj posamezniku omogoči, da uveljavlja svoje zahtevke za varstvo pravic in obveznosti.⁶⁷ Pravica dostopa do sodišča mora biti učinkovita in praktična, kar pomeni, da mora imeti posameznik konkretno možnost uveljaviti svoje pravice.⁶⁸ ESČP je že odločilo, da dokazne zahteve, ki so glede dokaznega bremena preveč toge pomenijo kršitev 6. člena EKČP.⁶⁹ Glede na povedano bi veljalo previsok dokazni standard pri vzročni zvezi (gotovost) šteti za potencialno kršitev 6. člena EKČP. Narava koronavirusa je namreč še vedno zapletena, poti širjenja okužbe je več in pojavljajo se mutacije virusa, ki negotovosti le povečujejo. Zaradi tega kaže dokazovanje vzročne zveze prilagoditi tako, da bi bilo dovolj »življenjsko« do oškodovanca – delavca, saj je ta v primerjavi z delodajalcem praviloma v podrejenem, šibkejšem položaju.

8. Sklep

Glede na predstavljena stališča lahko skleneva, da bo vprašanje odškodninske odgovornosti delodajalca zahtevalo prilagoditve zdajšnjega sistema, zlasti glede dokazovanja vzročne zveze in načinov povrnitve škode. Zaradi posebnih značilnosti novega koronavirusa bi veljalo dokazno breme oškodovanca olajšati in se dokazovanja vzročne zveze lotiti drugače. Prav tako velja razmisliti o drugih načinih povrnitve škode, ki bi pravičnejše porazdelili breme epidemije. Glede vprašanja, kdaj neko delo zaradi večjega tveganja izpostavljenosti okužbi s COVID-19 pomeni nevarno dejavnost, ni mogoče sklepati na splošno. Odgovor na to vprašanje bo podala sodna praksa, ki bo morala napolniti pravni standard nevarne dejavnosti ob presoji okoliščin posameznega primera (na primer ali je bil delavec v okviru svojih delovnih dolžnosti v stiku z okuženimi osebami, ali je bilo glede na naravo dela sploh mogoče zagotoviti varne delovne pogoje, ali bi uporaba zaščitne opreme lahko preprečila okužbo in podobno). Vsekakor velja pri odločanju upoštevati interese delavca za delo v varnih razmerah in tudi interese delodajalca, da delovni proces poteka čim bolj nemoteno. Ne glede na naravo poklica velja skleniti, da imajo tudi delavci v bolj tveganih delovnih razmerah (ki so torej vsak dan v neposrednem stiku z okuženimi) pravico in dolžnost varovati lastno življenje ter v primeru neposredne

⁶⁷ Glej: <https://www.echr.coe.int/documents/guide_art_6_eng.pdf> (20. 2. 2021).

⁶⁸ *Bellet proti Franciji*, serija A, št. 333-B, z dne 4. 12. 1995, točka 38; *Zubac proti Hrvaški*, št. 40160/12, z dne 5. 4. 2018, točke 76–79.

⁶⁹ *Tence proti Sloveniji*, št. 37242/14, z dne 31. 5. 2016, točke 35–38.

nevarnosti zdravju/življenju takšno delo odkloniti. Na koncu bo imelo za presojo, ali in komu pripisati odgovornost za škodo, nastalo zaradi okužbe z novim koronavirusom, veliko vlogo tehtanje pravic in obveznosti obeh strank, saj je ne nazadnje odgovorno ravnanje med epidemijo COVID-19 dolžnost vsakega posameznika.

Literatura

- BRAND, Oliver, BECKER, Oliver. Deliktische Haftung bei einer Ansteckung mit SARS-CoV-2, *Neue juristische Wochenschrift*: NJW 73 (37): 2665–72.
- CIGOJ, Stojan. *Komentar obligacijskih razmerij: veliki komentar zakona o obligacijskih razmerjih*. Ljubljana: Uradni list SR Slovenije, 1984.
- DINNELL, Adam. Genetic ‘Fingerprinting’ May Be Key In Virus Exposure Suits. Dostopno na: <<https://www.law360.com/articles/1267057/genetic-fingerprinting-may-be-key-in-virus-exposure-suits>>(10. 2. 2021).
- DOLENC, Mile. Dokaz prima facie v pravnem postopku. *Pravna praksa*, 2010, št. 35, str. 6.
- GREY, Betsy, ORWOLL Samantha. Tort immunity in the pandemic. Dostopno na: <http://ilj.law.indiana.edu/articles/Grey_Tort-Immunity-in-the-Pandemic.pdf> (11. 2. 2021).
- GREY, Betsy. Causal proof in the pandemic. Dostopno na: <<http://wakeforestlawreview.com/2020/10/causal-proof-in-the-pandemic/>> (9. 2. 2021).
- JADEK PENSA, Dunja. Komentar členov 140 in 153. V: Plavšak, Nina in dr. *Obligacijski zakonik s komentarjem, Knjiga 1*. Ljubljana: GV Založba, 2003.
- KOROŠEC, Damjan in dr. *Veliki znanstveni komentar posebnega dela Kazenskega zakonika (2. knjiga)*. Ljubljana: Uradni list RS, 2019.
- MOŽINA, Damjan. Komentar 179. člena ZDR-1. V: Končar, Polonca in dr. *Delovna razmerja z e-komentarjem ZDR-1*. Ljubljana: TAX-FIN-LEX, 2017.
- MOŽINA, Damjan. Odškodninska odgovornost delodajalca. *Pravni letopis*, 2017, str. 155.
- MOŽINA, Damjan. Zastaranje nepogodbenih odškodninskih zahtevkov. *Pravni letopis*, 2015, str. 234.
- RUDA, Albert. Tort Law and the Coronavirus Liability for Harm Caused by the Covid-19 Outbreak. Dostopno na: <<https://www.intersentiaonline.com/publication/coronavirus-and-the-law-in-europe/21>> (10. 2. 2021).
- SKUBIC, Zoran. Ko je leta 1886 pri nas razsajala »prava azijska kolera«. *Pravna praksa*, 2020, št. 41-42.

Izvorni znanstveni članek
UDK 347.51:341.236:616.98-
036.21:578.834

Nezakonito odrejena karantena na mejnem prehodu: podlaga za odškodninsko odgovornost države?

NADJA STRLE
diplomirana pravnica (UN),
študentka magistrskega študijskega
programa pravo 2. stopnje na Pravni
fakulteti Univerze v Ljubljani

1. Uvod

Prispevek obravnava problematiko omejevanja človekovih pravic in svoboščin z ukrepi za zajezitev epidemije koronavirusa (COVID-19). Slovenija je tako kot druge države po svetu za namen omejevanja širjenja COVID-19 predvidela posebne ukrepe, med njimi tudi karanteno za osebe, ki prihajajo iz držav s slabo epidemiološko sliko. Takšen ukrep na meji naj bi preprečil vnos novih primerov COVID-19 v državo, hkrati pa odvrčal prebivalstvo od uresničevanja svobode gibanja v časih, ko bi to lahko pomenilo dodatno tveganje za javno zdravje.

Koncept karantene, tj. obdobja osamitve posameznika, ki je obolel oziroma je bil (z verjetnostjo) v stiku z obolelim, od preostale družbe, ni nov.¹ Karantena je bila v zgodovini eno pomembnejših orožij v boju proti visoko nalezljivim boleznim, kot so kuga, rumena mrzlica, kolera, španska gripa, influenza H3N2, črne koze, HIV, SARS in nazadnje influenza H1N1.²

Pravno urejanje, namenjeno ustavitvi širjenja novega koronavirusa, se v državah močno razlikuje v odvisnosti od (pravne) kulture konkretnega naroda, temeljnih družbenih vrednot in ravni demokratičnosti. Tako je na primer Kitajska za dele province Hubej (kamor spada tudi mesto Vuhan, od koder so prišle prve novice o COVID-19) odredila t. i. strogi *lockdown*, po katerem osebe brez dovoljenja oblasti svojih bivališč niso smele zapuščati, le posamezni člani gospodinjstva so lahko nekajkrat na teden odšli po nujnih nakupih, v nekaterih predelih pa

¹ Gensini, Jacoub, Conti, str. 258.

² Bassareo in dr., str. 633, 634; Frelih.

je bilo celo to prepovedano in so osnovne življenjske potrebščine prebivalcem zagotavljale pooblaščené službe.³ Morda nekoliko drugače prebivalci zahodnih držav doživljamo omejitve za zaježitev virusa kot občuten poseg v naše pravice in svoboščine, zato tudi ob zavedanju, da sledijo cilju varstva zdravja posameznikov, ki so dovzetni za hujši potek bolezni, od države pričakujemo, da bo ob določanju ukrepov delovala v skladu s pravnimi načeli zakonitosti in sorazmernosti. Glede na to je treba razumeti tudi ta prispevek.

Vsekakor moramo misliti na to, da se sodobne države s pandemijo takšnih razsežnosti še niso srečale, zato njihov zakonodajni okvir, čeprav je do tedaj zadoščal za zaježitev posamičnih primerov, ni bil prilagojen spopadanju z veliko (potencialno) okuženih.⁴ Na drugi strani je nujnost ukrepanja zaradi množičnega gibanja (svetovnega) prebivalstva z vsakim dnem naraščala. Obstajal je torej razkorak med pravno predvidenimi postopki, usmerjenimi v varstvo človekovih pravic in svoboščin, ter dejanskimi potrebami varstva javnega zdravja, kar se je kazalo v organizacijski in kadrovski krizi pristojnih organov za odrejanje karanten. Navedeno pomeni srž problema, ki je vodil v množico nezakonito izdanih karantenskih odločb na mejnih prehodih, kot je na to opozorila že slovenska sodna praksa.

Povod za pripravo tega prispevka je bilo izdajanje karantenskih odločb posameznikom,⁵ ki so v Slovenijo vstopali v obdobju od konca avgusta do konca oktobra 2020. Iz sodne prakse Upravnega sodišča izhaja, da so bile nekatere karantenske odločbe izdane brez obrazložitve, v kateri bi bila ugotovljena dejstva ter nanje aplicirano relevantno pravo, ki bi ukrep utemeljevalo.⁶ Obrazložitev je bistvena sestavina upravne odločbe (210. in 214. člen Zakona o upravnem postopku),⁷ ključna za uresničevanje temeljnih jamstev poštenega postopka iz 22. člena Ustave.⁸ Posameznikom na meji tudi ni bila dana možnost izjave o ukrepu oziroma drugačnega sklepa na podlagi pomanjkljivih odločb ni mogoče sprejeti. Zato je bila karantena odrejena tudi posameznikom, ki bi spadali v katero od z odlokom predvidenih izjem za prehod meje brez karantene (na primer da je oseba potovala za namen zdravstvenega pregleda ali posega, za udeležbo na pogrebu bližnjega sorodnika, zaradi neodložljivih osebnih opravkov in se vrača v 48 urah ipd.). Prizadeti posamezniki so bili zavezani deset dni ostati doma pod pretnjo kazni ob morebitni kršitvi karantene. Številni so ob tem izpostavili, da se

³ Xu in dr.

⁴ Gantar, str. 27. Do leta 2015 se Nacionalni inštitut za varovanje zdravja Republike Slovenije še ni srečal s primerom, ki bi zahteval predložitev predloga ministru za zdravje za odreditev karantene po drugem odstavku 19. člena ZNB. S karanteno torej do tedaj pri nas nismo imeli izkušenj, obstajala je le zakonska možnost. Podatki o številu predlogov za odreditev karantene po letu 2015 (do marca 2020) pa avtorju niso bili posredovani.

⁵ STA, V nedeljo; Vuksanović, Preventivno.

⁶ G. K.

⁷ Uradni list RS, št. 80/99 in nasl.

⁸ Kakor na primer navede Ustavno sodišče v odločbi Up-1006/13 z dne 9. 6. 2016.

počutijo kot v hišnem priporu, in izrazili namero zahtevati odškodnino od države za neutemeljen odvzem prostosti.⁹

V prispevku preučujem morebitno odgovornost države v takih primerih, pri čemer namen članka ni priti do končnega odgovora na to vprašanje, temveč predvsem opozoriti na problem (arbitrarnega) omejevanja človekovih svoboščin v izrednih razmerah ter s tem povezane izzive pravnega urejanja med epidemijo COVID-19.

2. Zakonski okvir odrejanja karantene na mejnih prehodih v zgodnjem »drugem« valu epidemije in njegovo (ne)udejanjanje v praksi

V Sloveniji je bila za zajezev t. i. drugega vala COVID-19 več mesecev razglašena epidemija. Eden od ukrepov za preprečevanje in obvladovanje nalezljivih bolezni po 10. členu Zakona o nalezljivih boleznih (ZNB)¹⁰ je tudi karantena. To je ukrep, s katerim se omeji svobodno gibanje zdravim osebam, ki so bile ali za katere se sumi, da so bile v stiku z nekom, ki je zbolel za nalezljivo boleznijo, zaradi katere je razglašena epidemija, med njegovo kužnostjo. Karanteno na podlagi 19. člena ZNB odredi minister, pristojen za zdravje, na predlog inštituta za varovanje zdravja Republike Slovenije, torej Nacionalnega inštituta za javno zdravje (NIJZ). Ravnanje v nasprotju z odločbo o karanteni v skladu s 57. členom ZNB pomeni prekršek, za katerega je posamezniku lahko naložena globa v višini od 400 do 4000 evrov.

Opisana ureditev je veljala do 24. 10. 2020, ko je začel veljati Zakon o začasnih ukrepih za omilitev in odpravo posledic COVID-19 (ZZUOOP, tudi PKP5),¹¹ v katerem je predviden delen odstop od določb ZNB prav v delu, ki ureja napotitev v karanteno. Po 10. členu ZZUOOP odredi policija osebi karanteno na domu ustno, hkrati pa ji izroči pisno navodilo NIJZ o njenem izvrševanju, in jo seznanji glede namena in načina izvajanja karantene na domu. Osebi se neposredno ali naknadno, najpozneje v 72 urah, izroči potrdilo o napotitvi v karanteno.

Zakonodajalec se je z novo ureditvijo odzval na težave, s katerimi so se ukvarjali policisti na mejah. Po vzoru drugih držav je tudi Slovenija želela preprečiti morebitne nove vnose primerov COVID-19 v državo. Policisti na mejnih prehodih so tisti, ki izvajajo nadzor nad vstopajočimi v državo, zato je bilo njim naloženo, da izročajo karantenske odločbe, čeprav po takratni zakonodaji za njihovo izdajanje niso bili pristojni policisti, temveč minister, pristojen za zdravje na predlog NIJZ. Dosledno izvajanje veljavne zakonodaje je zahtevalo organizacijske prilagoditve in uskladitev med mejnimi policijski uslužbenci ter uslužbenci ministrstva za zdravje. V odgovoru na poslansko vprašanje glede preobremenjenosti policistov na meji je

⁹ Štuber.

¹⁰ Uradni list RS, št. 69/95 in nasl.

¹¹ Uradni list RS, št. 152/20 in nasl.

takratni minister za zdravje izpostavil, da se je poskušalo pri izdaji odločb o odreditvi karantene pri prestopanju meje uvesti čim bolj preprosto informacijsko rešitev, ki naj bi omogočala optimalen način izdajanja odločb o karanteni: »V obdobju od 20. avgusta do 3. septembra je povprečni čas od podane zahteve za izdajo odločbe o karanteni do vrnitve izdane odločbe o karanteni na mejnem prehodu znašal manj kot pet minut pri več kot 8500 izdanih odločbah.«¹² Nekatere odločbe o karanteni so bile izdane na podlagi splošnega obrazca, v katerem so uslužbenci vpisali le osebne podatke posameznika, ne da bi se poglobili v konkretni dejanski stan, ki bi odreditev karantene narekoval ali tudi ne. Za potrebe priprave odločbe je v skladu s takrat veljavnim odlokom policist osebi ob vstopu v državo odvzel podatke (ime in priimek, rojstni datum, naslov stalnega ali začasnega prebivališča oziroma kraja bivanja, kjer bo prestajala karanteno v Republiki Sloveniji) ter jih posredoval predstavniku Ministrstva za zdravje, ki naj bi poskrbel za izdajo in vrnitev odločbe o karanteni na mejni prehod. Takšen sistem odrejanja karantene ni imel le praktičnih, temveč tudi pravne posledice.

3. Izdajanje nezakonitih karantenskih odločb: odločba Upravnega sodišča II U 261/2020-18 z dne 2. 9. 2020

Vsebinsko pomanjkljive karantenske odločbe so bile v sodni praksi ugotovljene za nezakonite. Tu povzemam odločbo Upravnega sodišča II U 261/2020-18 z dne 2. 9. 2020,¹³ pri čemer naj ne bi šlo za osamljen primer tožbe zoper karantensko odločbo, izdano na mejnem prehodu.¹⁴

Sodba je bila izdana v upravnem sporu na podlagi tožbe zoper karantensko odločbo, izdano na mejnem prehodu s Hrvaško. Tožnik je zatrjeval, da naj bi mu bila s strani tožene stranke (Republika Slovenija, ki jo zastopa Ministrstvo za zdravje) kršena pravica do izjave in predložitve dokazov, saj policist na mejnem prehodu ni hotel sprejeti nobenih dokazil, da je tožnik prečkal mejo in se vrnil v manj kot 48 urah, s čimer naj bi spadal v izjemo po takrat veljavnem Odloku o odrejanju in izvajanju ukrepov za preprečitev širjenja nalezljivih boleznih COVID-19 na mejnih prehodih na zunanji meji, na kontrolnih točkah na notranjih mejah in v notranjosti Republike Slovenije.¹⁵

Sodišče je ugotovilo, da v nasprotju z 214. členom ZUP izpodbijana odločba ni vsebovala razlogov o odločilnih dejstvih. Iz izpodbijane odločbe namreč ni izhajalo niti, iz katere države je vstopil tožnik na območje Republike Slovenije, kakor tudi ne, na kateri seznam je uvrščena ta država, v posledici česar ter iz katerih razlogov je tožniku odrejena karantena. Odločba

¹² STA, Zamude.

¹³ Sodba UpS RS II U 261/2020 z dne 2. 9. 2020.

¹⁴ Štuber.

¹⁵ Uradni list RS, št. 112/20.

bi morala vsebovati tudi razlago, zakaj tožnik morebiti ne spada med izjeme, če je izjemo uveljavljal. Le navedba predpisov, ki določajo uvedbo karantene za posameznike, in navedba, da je Svetovna zdravstvena organizacija 30. 1. 2020 razglasila pojav novega COVID-19 kot globalno grožnjo, ne zadoščata. Sodišče je presodilo, da sta bili tožniku kršeni ustavni pravici iz 22. (pravica do enakega varstva pravic) in 25. člena Ustave (pravica do pravnega sredstva).

Sodišče je posebej opozorilo, da gre pri odreditvi karantene za poseg v posameznikovo pravico do svobode gibanja iz 32. člena Ustave in za poseg v pravico varstva osebne svobode iz 19. člena Ustave, zaradi česar mora biti tovrsten ukrep še posebej ustrezno obrazložen, posamezniku pa morajo biti zagotovljena vsa procesna jamstva iz 19. člena Ustave. Po stališču Ustavnega sodišča navedeni člen namreč ne pomeni procesnih jamstev le v kazenskih postopkih, ampak tudi v drugih postopkih, v katerih gre za poseg v osebno svobodo.¹⁶

Odločba Ministrstva za zdravje je bila odpravljena in zadevo je sodišče vrnilo v ponovni postopek. Do odločitve je prizadeti posameznik preživel deset dni v karanteni na podlagi nezakonito izdanega ukrepa in zaradi tega utrpel škodo. Ker je bil v zadevnem primeru tožnik upokojenec in je njegova premoženjska škoda omejena, se odpira zanimivo pravno vprašanje, ali lahko od države zahteva povrnitev morebitne nepremoženjske škode, ki jo je utrpel zaradi nezakonitega ukrepa.

4. Možnost uveljavljanja odškodninskega zahtevka zoper državo

4.1. Izkazovanje postavk za odškodninsko odgovornost države

Odškodninska obveznost države za ravnanje njenih organov ima podlago v 26. členu Ustave, po katerem ima vsakdo pravico do povrnitve škode, ki mu jo v zvezi z opravljanjem službe s protipravnim ravnanjem povzroči državni organ, organ lokalne skupnosti ali nosilec javnih pooblastil. Ustavna določba pomeni temeljno pravno podlago odškodninske odgovornosti države, vendar določba ne zadošča za celovito obravnavo škodnega dogodka, zato se za preostala vprašanja uporabljajo pravila odškodninskega prava iz OZ, zlasti institut odškodninske odgovornosti za ravnanje drugega.¹⁷

Pogoje za obstoj odškodninske odgovornosti držav je mogoče povzeti v: (1) obstoj ravnanja državnega organa, organa lokalnih skupnosti ali nosilca javnih pooblastil v zvezi z opravljanjem službe, (2) to ravnanje je protipravno v smislu odškodninske odgovornosti države in je (3) vzročni zvezi s (4) pravno priznano škodo.

¹⁶ Odločbi US RS Up-1116/09 z dne 3. 3. 2011 in U-I-294/2012 z dne 10. 6. 2015.

¹⁷ Možina 2015, str. 22.

Ustava v 26. členu omenja le predpostavko protipravnosti, ne pa tudi krivde. Vendarle je temeljno merilo pripisljivosti škode to, da je povzročena protipravno in krivdno, kar kaže to zahtevati tudi za državo; pri tem se v slovenskem nepogodbenem odškodninskem pravu krivda (malomarnost) do protidokaza domneva (prvi odstavek 131. člena OZ).¹⁸ Ob številnih drugih vprašanjih, ki zadevajo odškodninsko odgovornost države oziroma primeru ustrežnejše odškodninsko odgovornost za odločanje v upravnem postopku,¹⁹ se v tem razdelku podrobneje posvetim predpostavki protipravnosti ravnanja (izdaja karantenske odločbe).

Slovenska sodišča niso enotna pri razmejevanju med protipravnostjo in krivdo nosilcev oblasti, čeprav bi ju kazalo zaradi različne porazdelitve dokaznih bremen razlagati ločeno.²⁰ V nadaljevanju sledim splošno sprejetemu konceptu kvalificirane oblike protipravnosti, ki presega le protipravnost v objektivnem smislu (nasprotje s pravom).²¹

4.1.1. Protipravnost posamičnega akta

V konkretnem primeru bi za škodno ravnanje lahko šteli izdajo nezakonite karantenske odločbe. Za to nalogo je bilo po takrat veljavnem zakonu pooblaščenno ministrstvo za zdravje, odgovoren za izvajanje nalog tega ministrstva pa je minister, pristojen za zdravje (v njegovem imenu so bile odločbe tudi izdane) (16. člen Zakona o državni upravi).²²

Pri presoji, ali je bilo ravnanje nosilca oblasti protipravno, je treba izhajati iz narave njegovega dela. Odprava upravnega akta še ne pomeni, da je bil ta izdan s kvalificirano protipravnostjo, ki se po ustaljeni sodni praksi zahteva za protipravnost ravnanja državnega organa, organa lokalne skupnosti ali nosilca javnih pooblastil, ko odloča v konkretni zadevi.²³ Ugotovitev nezakonitosti upravne odločbe je tako nujni, ne pa še zadostni pogoj za odškodninsko odgovornost.²⁴ V skladu s sodno prakso protipravnost pri izdaji upravnih odločb ni podana pri vsaki zmotni uporabi materialnega predpisa ali kršitvi postopka, temveč je ravnanje protipravno le, če gre za kvalificirano stopnjo napačnosti oziroma kršitev, ki je zavestna, namerna in očitna.²⁵ Sem spadajo tudi grobo kršenje pravil postopka in napake, ki so povsem zunaj okvira pravno

¹⁸ Možina 2015, str. 23.

¹⁹ Kerševan, str. 145 in nasl., izčrpno o tej temi.

²⁰ Dolenc, str. 69–71.

²¹ Dolenc, str. 72 in 76.

²² Uradni list RS, št. 52/02 in nasl.

²³ Sodba VSL I Cpg 1025/2016 z dne 7. 3. 2018, sklep VDSS Psp 289/2017 z dne 12. 10. 2017.

²⁴ Kerševan, str. 163.

²⁵ Sodba VDSS Psp 316/2018 z dne 25. 10. 2018.

še dopustnega dejanja v smislu arbitrarnosti oziroma izdaje odločbe zunaj z zakonom predvidenega postopka.²⁶

Protipravnost se na področju delovanja iure imperii s strani nosilcev izvršne oblasti vrednoti drugače kot v splošnem civilnopravnem smislu, saj uprava skladno z načelom zakonitosti sledi javnim interesom. Šteje se, da je protipravnost nastala tedaj, ko je nosilec oblasti toliko presegel svoj okvir zakonitega delovanja, da tega ni mogoče upravičiti oziroma utemeljiti v skladu z značilnostmi samega upravnega ali pravnega sistema.²⁷

Glede na konkretni primer je vprašanje, ali je morebitna protiustavnost odločitve uprave tisti nesporni temelj, ki vodi do odškodninske odgovornosti države.²⁸ Ustavno sodišče je razvilo veliko primerov, ko lahko upravna odločba zaradi kršitev določb Ustave nedopustno posega v človekove pravice in temeljne svoboščine oseb, med njimi v primeru, ko so kršene procesne garancije poštenega postopka iz 22. člena Ustave (načelo zaslišanja stranke, pravica do obrazložene odločbe²⁹ itd.) ali ko gre za arbitrarno, samovoljno odločitev, ki jo je kot očitno napačno treba odpraviti oziroma razveljaviti.³⁰ Iz navedene sodne prakse Ustavnega sodišča pa ni mogoče enotno sklepati, ali bo posamezna nezakonita in protiustavna (po presoji prvostopenjskega sodišča) upravna odločba vzpostavljala odškodninsko odgovornost države ali ne. Razloge za ugotovitev neustavnosti v povezavi z opredelitvijo protipravnega ravnanja je treba preučiti glede na značilnosti posameznega primera.³¹

Ne nazadnje je ena od utemeljitev možnega odklona od pravnega in zakonitega odločanja, ki kljub ugotovljeni nezakonitosti določene upravne odločbe še ne pomeni protipravnosti ravnanja nosilcev oblasti, že vgrajena v upravni postopek prek sistema rednih in izrednih pravnih sredstev.³² Vendarle ni mogoče šteti, da bo vsaka poznejša odprava nezakonitosti v okviru upravnega procesnega prava sanirala vse prej nastale protipravnosti. V določenih primerih (tu se navajajo kazniva dejanja, ki so vodila do izdaje upravne odločbe, očitna napačna odločbe, zlonamernost, nespoštovanje ustaljene prakse³³ ipd.) le zadoščenje ob upravnih procesnih posledicah ne odtehta predhodnega poseganja v pravno varovano sfero prizadete osebe.³⁴

²⁶ Sodba VSL I Cpg 1025/2016 z dne 7. 3. 2018; sodbe VS RS III Ips 5/2014 z dne 25. 3. 2014, II Ips 448/2010 z dne 30. 1. 2014, III Ips 92/2011 z dne 10. 12. 2013.

²⁷ Kerševan, str. 163.

²⁸ Prav tam, str. 166.

²⁹ Na primer odločba US RS Up-1381/08 z dne 23. 9. 2009 glede pravice do obrazložene odločbe.

³⁰ Kerševan, str. 168, primeroma navaja odločbo US RS Up-648/09 z dne 14. 6. 2012.

³¹ Kerševan, str. 168.

³² Prav tam, str. 164.

³³ Sodba VS RS II Ips 120/2002 z dne 11. 12. 2002.

³⁴ Kerševan, str. 165.

Ali gre pri neobrazloženih karantenskih odločbah, v postopku izdaje katerih prizadeti posamezniki niso imeli možnosti izjaviti se o ukrepu, za produkt ravnanja nosilca javnih pooblastil, ki dosegata standard protipravnosti, ostaja vprašanje, ki ga bodo morda v prihodnjih mesecih obravnavala slovenska sodišča. Kljub temu, da bi lahko govorili o grobi kršitvi pravil postopka, ki prizadeva tudi več ustavnih pravic in svoboščin posameznikov, bi bilo dokazovanje namernosti te kršitve s strani odgovorne osebe težavno. Zahtevna bi lahko bila že opredelitev pooblaščenih uradnih oseb, ki je tako ravnala, saj javnosti niso znane informacije o tem, kdo (konkretno) je (poleg ministra za zdravje) organiziral informacijski sistem za izdajanje karantenskih odločb na meji, niti ne to, kakšna navodila so prejeli uslužbenci NIJZ in policisti, ki so sodelovali v postopku izdaje. V zvezi s tem je v sodni praksi Ustavnega sodišča (glede sodnih zaostankov)³⁵ mogoče najti tudi stališče, ki je nekoliko spremenilo predstavljen koncept odgovornosti države, ki izhaja iz protipravnega ravnanja konkretne osebe v državni službi: država je lahko odgovorna tudi takrat, ko protipravnega ravnanja ni mogoče pripisati konkretni osebi, ampak državnemu aparatu v celoti, in tudi v primerih, ko ni individualizirane odnosa med nosilcem oblasti in prizadetim posameznikom.³⁶ Ne nazadnje bi utegnilo biti relevantno, da so prizadete osebe lahko učinkovito uveljavile pravno varstvo: v povzeti odločbi je Upravno sodišče v upravnem sporu odločilo in odločbo odpravilo še pred potekom 14 dni karantenske dobe, ki je bila odrejena tožniku (10. dan karantene).

Pri oceni uspešnosti zahtevka za odškodnino zoper državo je treba upoštevati še naslednje: upravni organ je delo organiziral tako z namenom učinkovitega zagotavljanja javnega zdravja, tj. pomembne ustavnopravne vrednote,³⁷ ki je med epidemijo ogrožena. Prav upoštevanje dejstva, da državni ukrepi praviloma sledijo javni koristi, terja, da se za protipravno v okviru odškodninske odgovornosti države šteje le tisto ravnanje, ki pomeni hujšo kršitev dolžnosti v danih možnostih.³⁸

4.1.2. *Tehtanje pravno varovanih vrednot javnega zdravja in osebnih svoboščin posameznikov*

Nekateri avtorji poudarjajo, da je treba pred naložitvijo odgovornosti državi opraviti tehtanje interesov in se vprašati po možnostih, ki jih je imela za boljše rešitve.³⁹ Včasih je poseg v pra-

³⁵ Odločba US RS Up-695/11-15 z dne 10. 1. 2013.

³⁶ Možina 2015, str. 24.

³⁷ Obveznost zagotavljanja javnega zdravja izhaja iz na primer 17., 35. in 51. člena Ustave.

³⁸ Možina 2013, str. 165.

³⁹ Možina 2015, str. 260.

vice posameznika lahko utemeljen s skupnim interesom, pri tem pa je treba iskati pravično ravnovesje. Upoštevati je treba tudi zmožnosti države v finančnem in v dejanskem smislu.⁴⁰

Ne gre zanikati, da je država za zaježitev epidemije morala ukrepati. Kot je navedlo Ustavno sodišče, bi bil v primeru pojava epidemije nalezljive bolezni, ki lahko resno ogrozi zdravje ali celo življenje ljudi, prepočasen ali nezadosten odziv državne oblasti v neskladju s pozitivnimi obveznostmi države, da varuje pravico do življenja (17. člen Ustave), pravico do telesne in duševne celovitosti (35. člen Ustave) ter pravico do zdravstvenega varstva (prvi odstavek 51. člena Ustave).⁴¹ Namen tega članka ni na noben način pod vprašaj postavljati potrebe po ukrepih ali njihove ustreznosti, to velja tudi za ukrep karantene. Za sledenje cilju javnega zdravja je država s svojimi ukrepi posegla v več pravic državljanov, med drugim v pravico svobode gibanja državljanov, ki so bili omejeni na gibanje znotraj lastne občine.⁴² Kar je problematično v primerih nezakonito izdanih karantenskih odločb, torej ni institut karantene kot tak, temveč postopek, v katerem so bile izdane. Če ocenimo, da je bil s strani ministrstva izbrani način izdajanja karantenskih odločb takšen, da je bil v skladu s strogim testom sorazmernosti,⁴³ torej: (1) primeren za doseganje cilja javnega zdravja, (2) nujen za njegovo doseganje (ni bilo blažjega sredstva) ter (3) sorazmeren v ožjem pomenu (temelnjim procesnim pravicam posameznikov, posegu v osebno svobodo), potem protipravnost kot predpostavka za odškodninsko odgovornost države ne bo podana.

Vprašanje je, ali bi lahko država v danih okoliščinah kako drugače pravno skladno koordinirala opravljanje nalog policije na meji z NIJZ ter ministrstvom za zdravje. Postavlja se vprašanje, ali bi lahko država isti cilj, to je učinkovito varstvo javnega zdravja, dosegla z blažjimi ukrepi. Glede na to, da so policisti delovali kot posredniki med posamezniki in ministrstvom na meji, bi lahko delovali kot t. i. pravna pomoč in zbrali relevantne podatke, potrebne za izdajo karantenskih odločb, ter jih v najkrajšem času posredovali ministrstvu za izdajo (obrazložene) odločbe. Takšen režim bi ne glede na število aktiviranih uslužbencev verjetno povzročil daljše zastoje na mejnih prehodih, bi pa na drugi strani zagotavljal spoštovanje epidemijskega prava in ustavnopravnih procesnih jamstev posameznikov. Kot možnost za boljšo organizacijo dela bi lahko ministrstvo uporabilo institut skrajšanega ugotovitvenega postopka iz 144. člena Zakona o splošnem upravnem postopku (ZUP),⁴⁴ ki dopušča izjemo od načela zaslivanja stranke, ko gre za nujne ukrepe v javnem interesu, ki jih ni mogoče odlagati, pa so dejstva, na katera se opira odločba, ugotovljena ali vsaj verjetno izkazana. Nujni ukrepi v javnem interesu so po

⁴⁰ Prav tam.

⁴¹ Odločba US RS U-I-83/20 z dne 27. 8. 2020, 42. točka

⁴² O tem je Ustavno sodišče izdalo odločbo U-I-83/20 z dne 27. 8. 2020.

⁴³ Odločba US RS U-I-18/02 z dne 24. 10. 2003, 25. točka.

⁴⁴ Uradni list RS, št. 80/99 in nasl.

ZUP podani, če obstaja nevarnost za življenje in zdravje ljudi (drugi odstavek 144. člena). V takšnem primeru 211. člen ZUP predvidi možnost ustne odločbe z naknadno pisno odločbo. Kljub temu je treba dati stranki možnost, da se izreče o dejstvih in okoliščinah, pomembnih za odločitev, preden se izda pismeni akt.⁴⁵ Veljavna zakonodaja, v kateri institut karantene ni podrobneje urejen, bi dopuščala tudi, da NIJZ v svojih navodilih režim izvajanja karantene spremeni, na primer na način, da bi napoteni v karanteno lahko ob pridobitvi negativnega testa na COVID-19 karanteno prekinili. Tako bi bil poseg, čeprav še vedno nezakonit, nekoliko blažji.

Kakor je zapisal Gantar z Upravnega sodišča RS: »Procesna jamstva ne morejo biti omejena zgolj iz razloga, ker gre za veliko število tistih posameznikov, na katere se nanaša poseg v ustavne pravice.« Sam vidi še eno alternativno možnost pravno skladnega ravnanja države (kar predstavi v okviru nespoštovanja procesnih pravic 19. člena Ustave pri odrejanju karantene): državni zbor bi lahko skladno z 92. členom Ustave razglasil izredno stanje.⁴⁶ V tem primeru je v skladu s 16. členom Ustave dopustno ustavne pravice (tudi pravice iz 22. člena Ustave) začasno razveljaviti ali omejiti.⁴⁷

Sklepno se v tem poglavju sprašujem o ustavnopravnih razlogih odškodninske odgovornosti države za protipravna ravnanja oblastnih organov, ki naj pripomorejo k razmišljanju, ali bi bila takšna odgovornost ustrezna v primeru nezakonitih karantenskih odločb. Nosilno ustavno načelo, ki narekuje uvedbo instituta, je načelo pravne države iz 2. člena Ustave. V Sloveniji velja vladavina prava, ki se kaže v vezanosti organov oblasti na zakon.⁴⁸ S tega vidika bi bilo priznanje odškodnine v konkretnih primerih lahko učinkovit način nadzora nad ravnanjem države in skrbi za njeno spoštovanje lastnega pravnega reda. Nekateri avtorji zavračajo takšne tendence, saj naj bi nalaganje odškodnin v breme države pomenilo, da te odškodnine plačajo davkoplačevalci, ne pa tudi, da se bo upravljanje države spremenilo v skladu s pričakovani sodišč. Zavzemajo se za strožje presojanje pogojev odškodninske odgovornosti države.⁴⁹ Prevelik obseg odškodninske odgovornosti tudi ni v javnem interesu. Sodišča bi morala pri presoji odškodninske odgovornosti države upoštevati njene (državne) legitimne interese.⁵⁰ To je stališče, ki se sklada z idejo, da gre pri odškodninski odgovornosti države za *ultimum remedium* oziroma »pravno varstvo iz obupa, torej varstvo v vseh tistih primerih, ko pravnega ravnotežja ni mogoče (v celoti) vzpostaviti z drugimi sredstvi.«⁵¹ Tako 26. člen Ustave razlaga

⁴⁵ Gantar, str. 31.

⁴⁶ Pravni režim izrednega stanja opisuje na primer Žgur.

⁴⁷ Gantar, str. 32, 33.

⁴⁸ Grad, Kaučič, Zagorc, str. 574.

⁴⁹ Možina 2015, str. 58.

⁵⁰ Možina 2015, str. 21.

⁵¹ Zobec, str. 135.

tudi Ustavno sodišče: »Če vsi drugi mehanizmi za varstvo človekovih pravic v posameznem primeru odpovedo, je po Ustavi to varstvo ob izpolnjenih predpostavkah pravice do povrnitve škode posamezniku zagotovljeno z odškodnino.«⁵²

Država bi lahko s predpisom predvidela objektivno odškodninsko odgovornost za škodo in tako uvedla t. i. povrnitveno shemo, kakor je na primer storila za povrnitev škode zaradi razlastitve, ali škode, nastale zaradi obveznega cepljenja.⁵³ Podobno kot pri karanteni gre za ukrepe, pri katerih je škoda nastala zaradi žrtvovanja individualnega na račun javnega interesa.

4.2. Izpolnjevanje predpostavk po 179. členu Obligacijskega zakonika

V skladu s 179. členom Obligacijskega zakonika (OZ)⁵⁴ lahko oškodovancu pripada pravična denarna odškodnina za pretrpljene duševne bolečine v taksativno naštetih primerih,⁵⁵ med katere spadata tudi okrnitev svobode ter osebnostnih pravic, z dodatnim pogojem, da morajo to opravičevati okoliščine primera, zlasti stopnja bolečin ter njihovo trajanje. Pojem pravno priznane nepremoženjske škode, ki fizični osebi daje pravico do pravične denarne odškodnine, je tako opredeljen v treh pogledih: z opredelitvijo (1) škodne posledice (upoštevale se bodo duševne bolečine), (2) izvora duševnih bolečin in (3) z zahtevo po razumnem upoštevanju spodnje meje zatrdjevanega poslabšanja stanja.⁵⁶ V nadaljevanju predstavim svoje razmišljanje o vsaki od predpostavk v kontekstu nezakonito odrejene karantene.

4.2.1. Pravna narava instituta karantene

Za presojo utrpljene škode je relevantno, kako se je karantena na domu izvajala med izdajo nezakonitih odločb. Po takratnih navodilih NIJZ⁵⁷ so morale osebe v karanteni ostati deset dni. V tem času niso smele zapuščati svojega doma, hoditi v službo, trgovino ali uporabljati javnega prevoza. Morale so se izogibati stikom z drugimi in ne sprejemati obiskov v svojem domu. Nadzor nad upoštevanjem karantene izvaja zdravstvena inšpekcija, ki lahko kršitelja ukrepa kaznuje z globo za prekršek po ZNB, katere znesek se določi v razponu od 400 do 4000 evrov.⁵⁸ Ne nazadnje bi bil lahko posameznik zaradi neupoštevanja navodil NIJZ tudi

⁵² Odločba US RS Up-1082/12-11 z dne 29. 5. 2014, 14. točka.

⁵³ Možina 2015, str. 53.

⁵⁴ Uradni list RS, št. 83/01 in nasl.

⁵⁵ Božič Penko, str. 67–69; Juhart, Plavšak, str. 1022–1024.

⁵⁶ Juhart, Plavšak, str. 1024.

⁵⁷ NIJZ, Priporočila za ravnanje v karanteni na stalnem/začasnem naslovu z dne 26. 10. 2020, glej: <<https://www.nijz.si/sl/priporocila-za-ravnanje-v-karanteni-na-stalnemzacasnem-naslovu>> (28. 2. 2021).

⁵⁸ Takšne globe so bile tudi dejansko izrečene, Košak.

kazensko odgovoren za kaznivo dejanje prenašanja nalezljive bolezni po 177. členu Kazenskega zakonika.⁵⁹

Iz opisanega režima karantene lahko sklepamo na pravno naravo tega instituta. Postavlja se vprašanje, ali je mogoče govoriti (le) o omejitvi svobode gibanja ali o odvzemu prostosti. Menim, da bi v učinku lahko govorili o karanteni kot odvzemu prostosti, kakor je definiran v pravni teoriji: gre za ravnanje oblastnega organa, ko je nekdo proti svoji volji pridržan v določenem in omejenem prostoru. Pri tem ni pomembno, s katerimi sredstvi se taka omejitev dosega. Odvzem prostosti je lahko uveljavljen že s psihičnimi sredstvi, ko se nekomu zagrozi s kaznovanjem, če bo zapustil omejeni prostor,⁶⁰ tj. kljub umanjkanju fizičnih preprek za izhod. Morda je tu smiselna primerjava s hišnim priporom (199.a člen Zakona o kazenskem postopku).⁶¹

Po stališču Ustavnega sodišča gre za poseg v osebno svobodo oziroma za odvzem prostosti tedaj, ko stopnja in intenzivnost omejevanja (upoštevaje predvsem vrsto, trajanje, učinke in način izvrševanja ukrepa) kaže, da ne gre »le« za poseg v svobodo gibanja.⁶² Ko mora oseba prebivati na točno določenem mestu in znotraj tesno omejene lokacije, ko te lokacije ne sme zapustiti, razen izjemoma, ko je njeno gibanje bistveno okrnjeno – gre za poseg v osebno svobodo.⁶³ Našteti kriteriji kažejo na to, da gre institut karantene (na domu) razlagati kot poseg, ki presega le omejitev gibanja in pomeni odvzem prostosti.⁶⁴

Upravno sodišče je v navedeni zadevi karanteno označilo za poseg v posameznikovo pravico do svobode gibanja iz 32. člena Ustave in tudi za poseg v pravico varstva osebne svobode iz 19. člena Ustave. Zato je menilo, da morajo biti prizadetemu posamezniku zagotovljena vsa procesna jamstva iz 19. člena Ustave, enako kot velja za odvzem osebne prostosti v (pred)kazenskem postopku: takojšen pouk o razlogih za odvzem prostosti, o tem, da oseba ni dolžna ničesar izjaviti, o pravici do takojšnje pravne pomoči zagovornika in o tem, da je pristojni organ dolžan na njeno zahtevo o odvzemu prostosti obvestiti njene bližnje. To so ustavna procesna jamstva, ki jih ZNB ob skopi ureditvi instituta karantene posebej ne zagotavlja, na kar so že opozorili nekateri pravni strokovnjaki.⁶⁵

⁵⁹ Uradni list RS, št. 63/94 in nasl.

⁶⁰ Tratar.

⁶¹ Uradni list RS, št. 63/94 in nasl; tako tudi Gantar, str. 28.

⁶² Odločba US RS Up-1116/09-22 z dne 3. 3. 2011, 6. točka.

⁶³ Prav tam, 9. točka.

⁶⁴ Tako karanteno razume tudi Delovna skupina za arbitrarno pridržanje Visokega komisarja Združenih narodov za človekove pravice v dokumentu Deliberation No. 11 on prevention of arbitrary deprivation of liberty in the context of public health emergencies z dne 8. 5. 2020.

⁶⁵ Vuksanović, Nekateri, str. 11, 12; Gantar, str. 29; Avbelj, str. 861; Primožič.

Besedna zveza »okrnitev svobode« iz 179. člena OZ se nanaša tudi na neutemeljeno odvzeto prostost v kazenskem postopku.⁶⁶ Glede na sodno prakso in pravno teorijo, ki, kot je bilo predstavljeno, vzporeja oba instituta, bi lahko šteli, da okrnitev svobode zajema tudi odvzem prostosti v obliki obvezne karantene. Tudi jezikovna razlaga določbe bi to dopuščala. Ob morebitni nasprotni razlagi menim, da bi ukrep karantene lahko subsumirali pod generalno klavzulo okrnitve osebnostnih pravic (po diktiji 179. člena), med katere spada tudi osebna svoboda.⁶⁷

4.2.2. Duševne bolečine zaradi okrnitve svobode

V sodni praksi velja, da duševne bolečine zaradi okrnitve svobode pomenijo enotno obliko škode, ki zajema vse posledice nepremoženjske škode, vezane na oškodovančevo osebnost, izhajajoče iz neutemeljeno odvzete prostosti.⁶⁸ Glede relevantnih kriterijev za določanje višine odškodnine za nepremoženjsko škodo bi se kazalo opreti na sodno prakso o povrnitvi škode zaradi neutemeljenega pripora. V skladu s to se upoštevajo trajanje pripora, razmere v priporu, vpliv odvzema prostosti na osebnost oškodovanca, intenzivnost posega v njegovo družinsko in socialno življenje, ugled, ki ga je oškodovanec prej užival v svojem okolju, odnos okolja do njega po odvzemu prostosti, teža in narava kaznivega dejanja in vse druge okoliščine, ki so vplivale na trajanje in intenzivnost duševnih bolečin zaradi posega v osebno svobodo.⁶⁹

Določene kriterije bi tako lahko (smiselno) uporabili tudi v primeru nezakonito odrejene karantene. Verjetno se je poseglo v posameznikovo družinsko in socialno življenje (prepovedano mu je bilo druženje z družinskimi člani in drugimi bližnjimi zunaj t. i. mehurčka), vplivalo na njegovo osebnost (morda je občutil osamljenost, anksioznost ali depresijo), v okolici je bil lahko zaznamovan, odvisen je bil od drugih, ki so zanj hodili v trgovino in podobno. Verjetno je, da je posameznik v konkretnem primeru občutil dodatne frustracije, saj mu je bila prostost odvzeta s samovoljnim ravnanjem državnih organov, ki so mu v celoti zanikali procesne pravice.

Zakon predpisuje, da pravična odškodnina oškodovancu pripada, če okoliščine primera, zlasti pa stopnja bolečin in njihovo trajanje to opravičujejo (prvi odstavek 179. člena OZ). Navedena določba postavlja spodnjo mejo: nezatna škoda ni pravno priznana.⁷⁰ S to omejitvijo se sledi namenu denarne odškodnine za nepremoženjsko škodo, ki je v zagotovitvi zadošče-

⁶⁶ Juhart, Plavšak, str. 1028.

⁶⁷ Novak, str. 13; Juhart, Plavšak, str. 1031.

⁶⁸ Juhart, Plavšak, str. 1042; sodbi VSL II Cp 1954/2014 z dne 5. 11. 2014 in VSL II Cp 1758/2002 z dne 8. 10. 2003.

⁶⁹ Sodba VSL II Cp 2188/2018 z dne 20. 2. 2019.

⁷⁰ Novak, str. 16.

nja oškodovancu zaradi porušenega psihičnega ravnovesja, ne pa zaradi želje po pridobitvi premoženjske koristi.⁷¹ Gotovo smo si ljudje različni; na enak dogodek se lahko odzovemo povsem drugače. Tako ni izključeno, da bi ločenost od družine, prepoved gibanja zunaj doma, prepoved rekreacije v naravi in podobne omejitve, ki jih uvaja ukrep karantene, na posameznega prizadetega vplivali bistveno bolj intenzivno kot v podobnih primerih, tako da bi njegova škoda ob upoštevanju relevantnih okoliščin presegala spodnjo mejo.

5. Karantena in regionalno pravo človekovih pravic: na meji kršitve pravice do svobode in varnosti?

Slovenija mora kot podpisnica Evropske konvencije o človekovih pravicah (EKČP)⁷² zagotavljati pravice in svoboščine, ki iz nje izhajajo. V skladu s 5. členom EKČP ima vsakdo pravico do svobode in osebne varnosti. Nikomur se ne sme odvzeti prostost, razen v primerih iz točk a do f prvega odstavka tega člena in v skladu s postopkom, ki je predpisan z zakonom.

Koncept svobode v smislu 5. člena EKČP se razlaga ozko, saj po stališču Evropskega sodišča za človekove pravice (ESČP) zajema le svobodo v fizičnem smislu in ne daje pravice posamezniku početi, kar želi, ali se poljubno premikati.⁷³ Zato pod domet 5. člena spadajo le primeri odvzema (ang. *deprivation*), ne pa tudi omejitve osebne svobode (ang. *restriction*). Slednje ureja 2. člen 4. Protokola v okviru pravice do svobode gibanja.⁷⁴ Razlikovanje med odvzemom in omejitvijo svobode je ključno, saj se za odvzem svobode zahtevajo strožji materialni in procesni pogoji. Ločnica med omejitvijo gibanja in odvzemom svobode je le stopnja in intenzivnost omejevanja. ESČP pri presoji izhaja iz konkretne situacije, pri čemer upošteva vrsto, trajanje, učinke in način izvajanja zadevnega ukrepa.⁷⁵ Glede omejevanja posameznikov na njihovo bivališče že obstaja obširna sodna praksa: štiriindvajseturni pripor na domu je bil na primer nedvoumno štet za odvzem svobode,⁷⁶ policijska ura v trajanju 12 ur na dan med tednom ter celoten vikend za 16 mesecev pa ne.⁷⁷

Odreditev karantene bi lahko uvrstili pod točko e 5. člena EKČP, ki dopušča pripor oseb, da bi preprečili širjenje nalezljivih bolezní. V edinem dosedanjem primeru v zvezi s tem razlogom je

⁷¹ Juhart, Plavšak, str. 1024.

⁷² Evropska konvencija o varstvu človekovih pravic, glej: <https://www.echr.coe.int/documents/convention_slv.pdf> (28. 2. 2021).

⁷³ Greene, str. 6.

⁷⁴ Prav tam.

⁷⁵ *Kblaiifa proti Italiji* [GC], št. 16483/12, 15. 12. 2016, 64. točka.

⁷⁶ *Buzadji proti Moldaviji* [GC], št. 23755/07, 5. 7. 2016, 104. točka.

⁷⁷ *Trijonis proti Litvi* (dec.), št. 2333/02, 15. 12. 2005; Coghlan; Buysc.

ESČP oblikovalo test za njegovo uporabo: (1) širjenje bolezni ogroža javno zdravje ali varnost in (2) pridržanje okužene osebe je skrajna možnost, da se prepreči širjenje bolezni, pri čemer so bile upoštevane možnosti manj strogih ukrepov in so bile ugotovljene kot nezadostne za zaščito javnega interesa.⁷⁸ Verjetno bi bilo testu zadoščeno v primeru izolacije, ki se odredi osebi, pri kateri je bila ugotovljena okužba s COVID-19,⁷⁹ drugače pa pri osebah v karanteni ta pogoj ni izpolnjen. V sodni praksi bi kazalo razširiti test tudi na osebe, pri katerih se utemeljeno sumi, da so okužene, kar je skladno z besedilom in namenom točke e prvega odstavka 5. člena EKČP.⁸⁰ Vprašanje je, ali bi takšna, čeprav širša razlaga, zajela primere karanten, odrejenih na mejnih prehodih, saj pri teh ne gre za karantene zaradi stika z okuženo osebo (povezava z nobeno konkretno okuženo osebo ni izkazana), temveč zaradi prihoda z območja, na katerem statistično število okužb presega določen mejnik.

Nekoliko večje težave bi tožena država utegnila imeti pri dokazovanju, da je pri odrejanju karantene ravnala v skladu z ustreznim postopkom (ang. *due process*). Zaščita pred arbitrarnostjo je osrednji vidik 5. člena; potrebna je presoja vseh okoliščin za vsak primer posebej.⁸¹ Ne zadostuje, da je odvzem prostosti izveden v skladu z nacionalno zakonodajo, mora biti tudi potreben glede na okoliščine in v skladu z načelom sorazmernosti.⁸²

Podrobnejša obravnava kriterijev in sodne prakse ESČP v zvezi s 5. členom EKČP bi presegla okvire tega prispevka, bi pa želela omeniti še možnost derogacije konvencijskih obveznosti po 15. členu EKČP. Ta omogoča, da sme ob splošni nevarnosti, ki ogroža življenje naroda, vsaka visoka pogodbená stranka sprejeti ukrepe, s katerimi derogira svoje obveznosti iz te konvencije, v strogo omejenem obsegu, ki ga terjajo kritične razmere, in ob pogoju, da ti ukrepi niso v nasprotju z njenimi drugimi obveznostmi po mednarodnem pravu. V drugem odstavku so opredeljene pravice, ki jih ni mogoče derogirati, to je odstopiti od njihovega zagotavljanja, mednje pa 5. člen EKČP ne spada.⁸³ Šteli bi lahko, da je epidemija COVID-19 takšna nevarnost, ki ogroža življenje naroda, v smislu da zajema celotno državo in vpliva na nadaljnje

⁷⁸ *Enhorn proti Švedski*, 56529/00, 25. 1. 2005, 44. točka; Priročnik o pravici do svobode in varnosti, str. 85, glej: <<https://rm.coe.int/manual-article-5echr-eng/16808b3d9e>> (28. 2. 2021).

⁷⁹ Navodila NIJZ za osebe v domači izolaciji, glej: <<https://www.nijz.si/sl/navodila-za-bolnika-s-covid-19-ki-ne-potrebuje-bolnisnicne-obravnave>> (28. 2. 2021).

⁸⁰ Coghlan.

⁸¹ *V.K. proti Rusiji*, 33. točka; primerjaj zlasti *Ilseher proti Nemčiji* [GC], št. 10211/12 in 27505/14 2018, 127.–141. točka.

⁸² *Vasileva proti Danski*, št. 52792/99, 25. 9. 2003, 41. točka, *Enhorn proti Švedski*, št. 56529/00, 25. 1. 2005, 36. točka.

⁸³ V skladu z drugim odstavkom 15. člena ni mogoče derogirati pravic iz 2. člena, razen v primerih smrti, ki so posledica zakonitih vojnih dejanj, kakor tudi ne pravic iz 3. in 4. ter 7. člena EKČP.

organizirano življenje v njej, kar je standard, ki ga je ESČP že priznalo kot utemeljen razlog za derogacijo po EKČP.⁸⁴

Čeprav se zdi, da ukrepanje med krizo brez derogacije ohranja sedanjo raven zaščite človekovih pravic, zgodovina kaže, da se v takih okoliščinah pravni standardi praviloma znižajo: ukrepi, ki bi jih pred izrednim stanjem razumeli kot izjemne in nezakonite, se razlagajo kot zakoniti (v spremenjenih izjemnih okoliščinah). Učinek *de iure* izrednega stanja, ki se uveljavi z uporabo možnosti derogacije v izrednem stanju, je pravno pomemben. Brez tega nam preostane *de facto* izredno stanje, ki omogoča enaka pooblastila, vendar brez preglednosti, transparentnosti in dodatnega nadzora, ki bi izredno stanje moral spremljati.⁸⁵

Kljub temu je treba v situaciji COVID-19 upoštevati, da je bilo ESČP tudi brez odstopanja po 15. členu EKČP pripravljeno sprejeti obsežno poseganje v pravice, ko je država sprejela ukrepe kot odgovor na obstoj »izjemne krize brez primere«. ⁸⁶ Čeprav je v citiranem primeru šlo za finančno gospodarsko krizo iz leta 2008, ne bi bilo presenetljivo, da bi ESČP državam dopustilo široko polje proste presoje (ang. *margin of appreciation*) pri določanju omejitev za ohranitev zdravstvene infrastrukture.

6. Sklep

Države se v razmerah COVID-19 prvič srečujejo s potrebo po množičnem omejevanju gibanja prebivalstva in za namen tega z množičnim odrejanjem karanten. Upoštevajoč, da so se standardi človekovih pravic v času od oblikovanja instituta karantene do danes močno spremenili, se karantena (pravno) obravnava drugače – kot ukrep omejevanja pomembnih človekovih svoboščin, kot sta svoboda gibanja in po mnenju nekaterih strokovnjakov celo osebna prostost. Ali gre pri karanteni za odvzem prostosti, bo treba presoditi glede na okoliščine konkretnega primera. Kot opozarjajo nekateri pravni strokovnjaki, je relevantno vprašanje nadzora, ki ga ima država dejansko nad posameznikom (in ne le teoretična narava ukrepa).

Vsekakor je bistveno, da vsak poseg v človekove pravice in svoboščine sledi pravno predvidenemu postopku, v katerem se uresničujejo tudi druge ustavne pravice posameznikov, kot sta na primer pravica do izjave ali pravica do enakega varstva pravic. Če se karantena odreja arbitrarno, brez možnosti sodelovanja posameznika v postopku odrejanja, bo odrejena nezakonito. Glede na veljavne standarde odškodninske odgovornosti države bi bilo uveljavljanje morebi-

⁸⁴ *A and Others proti Združenemu kraljestvu* [GC], št. 3455/05, 19. 2. 2009, *Chahal proti Združenemu kraljestvu*, 15. 11. 1996, 118. točka, *Witold Litwa proti Poljski*, št. 26629/95, 78. točka.

⁸⁵ Greene, str. 5; Factsheet – Derogation in time of emergency, april 2021, glej: <https://www.echr.coe.int/Documents/FS_Derogation_ENG.pdf> (28. 2. 2021).

⁸⁶ *Koufaki in Adedy proti Grčiji* (odl.), št. 57665/12, 7. 5. 2013, 37. točka.

tne škode nasproti državi zaradi nezakonito odrejene karantene precej zahtevno. Predvsem postavki protipravnosti bo, kot je bilo ponazorjeno, težko zadostiti. Ne glede na povedano je pomembno, da se o takšnih nezakonitostih razpravlja, se išče zanje vzroke, rešitve in uveljavlja določena odgovornost.

Če so oblasti presodile, da je stanje epidemije takšno izredno stanje, v katerem ne morejo zagotavljati ustreznega varstva človekovih pravic, bi bilo primerno (pravno) razglasiti izredno stanje. Pomen ločevanja običajnega in izrednega stanja je v tem, da se posebej invazivni ukrepi lahko uveljavljajo le, kadar imamo pravno razglašeno izredno stanje. Sicer obstaja tveganje zniževanja standardov varstva človekovih pravic zaradi dejanskih izrednih razmer, ki niso pravno uokvirjene (ni transparentnosti, časovne zamejenosti in dodatnega nadzora). To se kaže na primer v možnosti, da bi sodišča posege v temeljne človekove pravice presojala blažje tudi v prihodnje, namesto ohranjanja strogega testa sorazmernosti, tj. strogega tudi v smislu natančne presoje, ne le po imenu.

Literatura

- AVBELJ, Matej. *Komentar ustave RS*. Ljubljana: Evropska pravna fakulteta, Nova univerza, 2019.
- BASSAREO, Pier Paolo *et al.* Learning from the past in the COVID-19 era: rediscovery of quarantine, previous pandemics, origin of hospitals and national healthcare systems, and ethics in medicine. *Postgrad Medicine Journal* (online), 2020, vol. 96, str. 633–638. Dostopno na: <<https://pmj.bmj.com/content/postgradmedj/96/1140/633.full.pdf>> (28. 2. 2021).
- BOŽIČ PENKO, Ana. Razmislek in sodna praksa Vrhovnega sodišča o nekaterih aktualnih vprašanjih odškodninskega prava v zvezi z nepremoženjsko škodo. *Pravni letopis*, 2016, str. 67–81, 198–199. Dostopno na: <<https://www.dlib.si/stream/URN:NBN:SI:DOC-ZL1VKBDD/230789cd-cf19-4e6b-8b7b-984b8032096f/PDF>> (28. 2. 2021).
- BREZNIK, Janez, ŠTUCIN, Zdenka, MARFLAK, Jonika. *Zakon o splošnem upravnem postopku s komentarjem*. Ljubljana: GV Založba, 2004.
- BUYSE, Antoine. *An Analysis of Covid-19 Responses and ECHR Requirements*, ECHR Blog, 27. 3. 2020. Dostopno na: <<https://www.echrblog.com/2020/03/an-analysis-of-covid-19-responses-and.html>> (20. 3. 2021).
- COGHLAN, Niall. *Rights in a time of quarantine – an extended look by Niall Coghlan*, UK Human Rights Blog, 17. 3. 2020. Dostopno na: <<https://ukhumanrightsblog.com/2020/03/17/rights-in-a-time-of-quarantine-niall-coghlan/>> (20. 3. 2021).
- DOLENC, Mile. Protipravnost ravnanja države v novejši sodni praksi. V: Možina, D. (ur.), *Odškodninska odgovornost države*. Ljubljana: GV Založba, 2015, str. 61–85.
- FRELIH, Polona. *Zgodovina izolacij*. Mladinska knjiga (online). 2020. Dostopno na: <<https://www.mladinska.com/dobrezgodbe/zdravo-zivljenje/zgodovina-izolacij>> (28. 2. 2021)

- G. K. Pomanjkljivo obrazložena karantenska odločba ne more učinkovati, *RTV SLO* (online). Ljubljana, RTV SLO MMC, 9. 9. 2020, dostopno na: <<https://www.rtvsl.si/slovenija/pomanjkljivo-obrazlozena-karantenska-odlocba-ne-more-ucinkovati/535635>> (28. 2. 2021)
- GANTAR, Damjan. Pravni vidiki ukrepov karantene in izolacije. *Pravna praksa*, 2020, št. 19, str. 23.
- GENSINI, Gian Franco, YACOUB, Magdi H., CONTI, Andrea A. The concept of quarantine in history: from plague to SARS. *Journal of Infection* (online), 2004, vol. 49, str. 257–261. Dostopno na: <<https://www.journalofinfection.com/action/showPdf?pii=S0163-4453%2804%2900054-4>> (28. 2. 2021)
- GRAD, Franc, KAUCIČ, Igor, ZAGORC, Saša. *Ustavno pravo*. Ljubljana: Pravna fakulteta, 2016, prva izdaja.
- GREENE, Alan. Derogating from the European Convention on Human Rights in Response to the Coronavirus Pandemic: If not Now, When?, *European Human Rights Law Review*, 2020. Dostopno na: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3593358> (20. 3. 2021).
- JUHART, Miha, PLAVŠAK, Nina. *Obligacijski zakonik s komentarjem* – 1. knjiga. Ljubljana: GV Založba, 2003.
- KERŠEVAN, Erik. Odškodninska odgovornost za odločanje v upravnem postopku. V: Možina, D. (ur.), *Odškodninska odgovornost države*. Ljubljana: GV Založba, 2015, str. 145–185.
- MOŽINA, Damjan. *Odškodninska odgovornost države*. Ljubljana: GV Založba, 2015.
- MOŽINA, Damjan. Odškodninska odgovornost države. *Pravni letopis*, 2013. Ljubljana: GV Založba, Inštitut za primerjalno pravo, str. 141–165.
- NIJZ. *Priporočila za ravnanje v karanteni na stalnem/zčasnem naslovu z dne 26. 10. 2020*, dostopno na: <<https://www.nijz.si/sl/priporocila-za-ravnanje-v-karanteni-na-stalnemzacasnem-naslovu>> (28. 2. 2021).
- NOVAK, Barbara. Odškodnina za duševne bolečine zaradi kršitve osebnostnih pravic. *Zbornik znanstvenih razprav*, 1998, LVIII. letnik, str. 227–252.
- PRIMOŽIČ, Polona. *Medicinski posegi brez privolitve*, magistrska naloga, Pravna fakulteta Univerze v Ljubljani, 2006.
- STA. V nedeljo na meji vročili 435 odločb o karanteni. *Portal 24ur* (online). Ljubljana, 24ur, 5. 7. 2020, dostopno na: <<https://www.24ur.com/novice/korona/v-soboto-na-meji-vrocili-290-odlocb-o-karanteni-vecino-prislekom-iz-bih.html>> (28. 2. 2021)
- STA. Zamude pri izdaji karantenskih odločb zaradi pomanjkanja kadra na MZ. *FinD-Info* (online). Ljubljana, 30. 9. 2020, dostopno na: <<https://www.findinfo.si/medijsko-sredisce/dnevne-novice/271320>> (28. 2. 2021).
- ŠTUBER, C. »Karanteno sem doživel kot neutemeljen hišni pripor«. *Radio Prvi, RTV SLO* (online). Ljubljana, Radio Prvi, 23. 11. 2020, dostopno na: <<https://radioprvi.rtvsl.si/2020/11/karanteno-sem-doziel-kot-neutemeljen-hisni-pripor/>> (28. 2. 2021)

Izvirni znanstveni članek
UDK 340.135:616.98-036.21:578.834

Problem neveljavnih vladnih odlokov, glob, izrečenih brez pravne podlage, in vprašanja neupravičene obogatitve Republike Slovenije

MIHA FINK
diplomirani pravnik (UN),
študent magistrskega študijskega
programa pravo 2. stopnje na Pravni
fakulteti Univerze v Ljubljani

1. Uvod

Zaradi preprečevanja posledic epidemije z virusom SARS-CoV-2 je Vlada RS morala sprejeti številne odloke, ki naj bi bili zaradi enostavnejšega postopka sprejemanja v primerjavi z zakoni primernejši, ko mora država ukrepati hitro. Prav ti odloki naj bi po mnenju strokovnjakov bistveno pripomogli k zmanjšanju širjenja virusa.¹ Naglo poslabševanje epidemiološke slike v državi je od te res zahtevalo hitro ukrepanje, saj se je bilo mogoče le tako učinkovito spopasti z epidemijo, vendar bi bilo treba kljub izrednim razmeram v državi (te niso bile razglašene) in stanju epidemije spoštovati in udejanjiti temeljna ustavnopravna jamstva ter osnovna pravna pravila pri sprejemanju posameznih ukrepov.

Kot je prikazano v prispevku, nekatera od njih niso bila vedno upoštevana. Izostala je namreč temeljna ustavna in tudi upravnopravna zahteva po objavi določenega predpisa v Uradnem listu Republike Slovenije. Če se to ne zgodi, posamezen predpis ne more in tudi ne sme začeti veljati,² kar pomeni, da za posameznika (kot naslovnika teh pravnih norm) iz neveljavnega odloka (predpisa) ne more izhajati tudi nobena zanj negativna posledica, v konkretnem primeru izrečena globa zaradi kršitve teh ukrepov. Tako imajo posamezniki, ki jim je bila na podlagi neobjavljenih odlokov izrečena globa, restitucijski zahtevek zoper Republiko Slovenijo iz

¹ <https://www.vecer.com/slovenija/beoviceva-vladi-bomo-predlagali-podaljsanje-ukrepov-brez-sprememb-10228043>.

² Igljčar, str. 15–17.

naslova neupravičene obogatitve. Namen prispevka je predstaviti problematiko neobjave nekaterih predpisov (v konkretnem primeru odlokov), analizirati pravne posledice tega v smislu neupravičene obogatitve države, predstaviti mogoče rešitve, ki jih imajo na voljo posamezniki, ter mogoče probleme, ki se bodo lahko pri tem pojavili v praksi.

2. Ukrepanje Vlade pri omejevanju širjenja koronavirusa

Za zajezitev širjenja koronavirusne bolezni in obvarovanje javnega zdravja je morala Vlada Republike Slovenije med razglašeno epidemijo sprejemati določene stroge ukrepe, ki so neposredno omejevali naše življenje. Med strožjimi so bili gotovo omejitve gibanja, prepoved prodaje določenega blaga oziroma storitev, prepoved zbiranja v šolskih zavodih in še bi lahko naštevali.

Pri tem se ni postavilo vprašanje, ali so bili ti ukrepi res nujno potrebni, saj smo lahko samo na tej podlagi preprečevali stike med prebivalstvom in zato prenos bolezni ter ohranili delovanje javnega zdravstva. Enake ukrepe so sprejemale tudi preostale države po svetu in v Evropi ter se predvsem ozirale na priporočila Svetovne zdravstvene organizacije, kako učinkovito zajeziti širjenje epidemije.³

2.1. Problem »vladanja« z odloki

Problem se je pojavil pri načinu sprejemanja ukrepov. Vlada je sporne ukrepe sprejemala oziroma podaljševala z odloki kot predpisi. Ker gre za predpise, torej splošne pravne akte, je zato treba pri njihovem sprejemanju upoštevati tudi vsa pravila postopka sprejemanja takšnih splošnih in abstraktnih pravnih aktov.⁴ Z odloki se urejajo posamezna vprašanja in sprejemajo posamezni ukrepi, ki imajo splošen pomen.⁵ Primernost urejanja pravic in obveznosti posameznikov z odlokom kot podzakonskim aktom je kompleksno vprašanje, katerega podrobnejša analiza bi preseгла okvire tega prispevka. V nadaljevanju zato podajam le izhodiščni okvir te problematike, medtem ko se članek osredotoča predvsem na posledice opustitve dolžnosti objave odlokov v Uradnem listu.

Izhodiščni problem glede urejanja pravic in obveznosti posameznikov z odlokom je v tem, da je načeloma le zakonodajalec tisti (zaradi načela demokratičnosti), ki lahko neposredno določa pravice in obveznosti, upravnizvršilni organ pa je tisti, ki te pravice s podzakonskimi

³ WHO, Considerations for implementing and adjusting public health and social measures in the context of COVID-19, str. 5.

⁴ Pavčnik, str. 201 in nasl.

⁵ Pavčnik, 263.

akti le konkretizira oziroma dopolnjuje.^{6,7} Ne glede na navedeno menim, da je bil takšen način pravnega normiranja ustrezen, kljub temu da v tem primeru ni šlo za odloke z zakonsko močjo, saj se ti uporabijo šele in samo, ko se zaradi izrednih razmer Državni zbor ne more sestati. Vendar se kljub epidemiji nikoli ni zgodilo, da se Državni zbor ne bi mogel sestati (vsaj v t. i. drugem valu epidemije, torej od jeseni leta 2020). Vladi je podlago za sprejetje teh ukrepov izrecno podelil sam Zakon o nalezljivih boleznih (ZNB)⁸ v 39. členu (več o tem v nadaljevanju). Kljub temu, da je bilo s tovrstnimi odloki poseženo v temeljne človekove pravice, so bili ti ustrezni, saj je Vlada prav z njimi konkretizirala omenjeno določbo ZNB. Argument, da je bilo sprejetje teh ukrepov z odloki smiselno, je tudi v pravni naravi odloka, saj ga sprejema Vlada po bistveno hitrejšem postopku (v praksi tudi v enem dnevu). Urejanje te materije z zakoni bi nesporno trajalo dalj časa in bi bilo zato manj primerno (čeprav bi šlo za nujni zakonodajni postopek). Ni mogoče zanikati dejstva, da je prav med epidemijo hitro odločanje z namenom zagotovitve ustreznih (strokovno utemeljenih predlaganih) ukrepov nujno za učinkovit spopad z epidemijo, in to kljub odsotnosti določene mere demokratičnosti.⁹

3. (Prva) presoja ukrepov z vidika Ustavnega sodišča

Ker so ti ukrepi posegali v nekatere temeljne človekove pravice, njihova časovna veljavnost pa ni bila določena, se je pojavil dvom, ali so sploh v skladu z Ustavo RS.¹⁰ Zato je bila vložena pobuda za oceno ustavnosti in zakonitosti. Ustavno sodišče Republike Slovenije je v sklepu U-I-83/20-10 z dne 16. 4. 2020 sklenilo, da mora Vlada vsaj vsakih sedem dni (več o razlogih presoje na sedem dni v nadaljevanju) na podlagi mnenja stroke preverjati, ali so uvedeni ukrepi še potrebni za doseganje ciljev, in jih ob upoštevanju strokovnih razlogov podaljšati, spremeniti ali odpraviti. O vsem tem bi morala Vlada sproti obveščati javnost. Poudariti je treba, da je bila vložena pobuda za oceno ustavnosti le glede ukrepov, ki so omejevali gibanje ter prepovedovali zbiranje, ne pa tudi vseh preostalih (na primer obvezno nošenje mask), zato se posledice, opisane v prispevku, nanašajo le na ukrepe glede omejitve gibanja.

Razlog, da je Ustavno sodišče določilo obveznost strokovne presoje smiselnosti teh ukrepov na vsakih sedem dni kot neke vrste posebno varovalko, je predvsem v tem, da ne bi Vlada pri podaljševanju ukrepov z odloki odločala arbitrarno. Prav tako se preprečuje možnost nesorazmernega poseganja v človekove pravice in temeljne svoboščine, gotovo pa tudi iz razloga

⁶ Grad in dr., str. 500.

⁷ Pavčnik, str. 261.

⁸ Uradni list RS, št. 33/06 in nasl.

⁹ Gantar, str. 6–7.

¹⁰ Uradni list RS, št. 33/91-I in nasl.

pomanjkanja demokratičnosti pri sprejemanju odlokov, ki bi bila pri sprejemanju zakona zagotovljena v veliko večji meri. Ker so bili na podlagi ukrepov določeni tudi prekrški, je ta vidik po mojem mnenju še toliko pomembnejši. Pred izdajo tega sklepa Ustavnega sodišča ni bilo nobenih omejitev glede časovne veljavnosti posameznega odloka. Vendar kljub tej dodatni obveznosti Vlade (presoja in podaljšanje ukrepov na vsakih sedem dni) še vedno lahko zagotovimo temeljni namen sprejetih ukrepov (tj. preprečitev širjenja epidemije) oziroma sprejeti ukrepi ne bi bili nič manj učinkoviti ob periodični presoji Vlade,¹¹ zato je bila zahteva po sedemdnevni presoji ukrepov povsem legitimna. Razlog za to, da je treba utemeljenost navedenih ukrepov za preprečevanje širjenja koronavirusa presojati na vsakih sedem dni, je poleg že omenjenega tudi ta, da se je z njimi posegalo v temeljne človekove pravice in svoboščine. Gre za poseg v 32. člen Ustave Republike Slovenije, ki določa svobodo gibanja, ter pravice do zbiranja in združevanja iz 42. člena Ustave, prav tako pa tudi za poseg v človekove pravice po 2. členu Protokola št. 4 h Konvenciji o varstvu človekovih pravic in temeljnih svoboščin.¹² S temi posegi, ki bi lahko bili neupravičeni, lahko za posameznika nastanejo še številne druge težko popravljive posledice predvsem glede telesnega in duševnega zdravja ter tudi družabnega življenja. Res je, da je s temi omejitvami sledil ustavno dopustnemu cilju, tj. varovanje javnega zdravja, kajti ob nesprejetju ukrepov oziroma ob njihovi razveljavitvi bi bilo po mnenju Ustavnega sodišča ogroženo zdravje in življenje ljudi. Vendar mora biti trajanje teh ukrepov časovno omejeno. Tudi s periodičnim preverjanjem in podaljševanjem ukrepov se lahko sledi ustavno dopustnemu cilju. Ob odsotnosti tega lahko pride do arbitrarnega ravnanja izvršilne veje oblasti, tj. Vlade, ki bi lahko obdržala vse te ukrepe v veljavi, tudi če bi ne bili več utemeljeni. Z namenom preprečitve nesorazmernih posegov v človekove pravice je tako Vlada morala tehtati te ukrepe na vsakih sedem dni ter svojo odločitev ustrezno objaviti v Uradnem listu, vendar se to v določenem obdobju ni zgodilo.

4. Neveljavnost Odloka o omejitvi gibanja v določenem časovnem obdobju

Na podlagi Odloka o začasni delni omejitvi gibanja ljudi in omejitvi oziroma prepovedi zbiranja ljudi zaradi preprečevanja okužb s SARS-CoV-2¹³ (v nadaljevanju Odlok) je Vlada sprejela ukrepe, kot so: omejeno gibanje ljudi med 21. in 6. uro (t. i. policijska ura), omejeno prehajanje med občinami ter prepoved zbiranja več kot šest oseb. Možnost sprejetja vseh teh ukrepov je dopuščal ZNB (2. točka prvega odstavka 39. člena), na podlagi katerega se lahko

¹¹ Povzeto po sklepu U-I-83/20-10 z dne 16. 4. 2020.

¹² Uradni list RS, št. 33/94, MP, št. 7/94 – EKČP.

¹³ Uradni list RS, št. 155/20 in nasl.

prepove oziroma omeji gibanje na okuženih območjih. Vendar Odlok (s katerim je Vlada sprejemala posamezne ukrepe) v obdobju od 3. 11. 2020 do vključno 5. 12. 2020 ni bil objavljen v Uradnem listu in zato tudi ta čas ni mogel veljati. Zadnji tovrstni odlok je bil objavljen 26. 10. 2020 v Uradnem listu ter je začel veljati naslednji dan. Po izteku sedmih dni je njegova veljavnost na podlagi 6. člena tega odloka prenehala. Torej je bil zadnji dan, ko je Odlok še veljal, 2. 11. 2020. Ponovna ustreznost objava v Uradnem listu je tako bila šele po odločbi Ustavnega sodišča U-I-445/20 z dne 3. 12. 2020, ko je postalo jasno, da podaljševanje odlokov Vlade ob odsotnosti njihove objave v Uradnem listu ni bilo ustrezno. Zato je dne 5. 12. 2020 Vlada Odlok ponovno objavila v Uradnem listu, ta je začel veljati naslednji dan, kar kaže na to, da je treba navedeno odločbo Ustavnega sodišča razumeti široko, tako da ta zajema tudi Odlok, obravnavan v tem prispevku. Zagotovo pa ne moremo očitati neveljavnosti Odloku, preden je Ustavno sodišče določilo obveznost sedemdnevne presoje, saj takšna zahteva ni izhajala iz nobenega pravnega akta.

5. Uporaba analogije pri razlagi neveljavnosti obravnavanega odloka

Iz odločbe Ustavnega sodišča (U-I-445/20) jasno izhaja, da Odlok v omenjenem obdobju ni bil ustrezno objavljen. V tej odločbi je Ustavno sodišče sicer presojalo Odlok o začasni prepovedi zbiranja ljudi v zavodih s področja vzgoje in izobraževanja ter univerzah in samostojnih visokošolskih zavodih.¹⁴ Ustavno sodišče je odločilo, da ta odlok ni bil ustrezno podaljšan in v povezavi s tem tudi ni bil ustrezno objavljen.¹⁵ Razlog je v tem, da je v 4. členu omenjenega odloka izrecno določeno, da Vlada strokovno utemeljenost ukrepov ugotavlja vsakih sedem dni in ob upoštevanju strokovnih razlogov odloči, ali se ti ukrepi še naprej uporabljajo ali se spremenijo oziroma odpravijo, ter o tem obvesti Državni zbor in javnost. Ker odloki že po svoji pravni naravi vsebujejo splošna in abstraktna pravila, s katerimi se urejajo pravice in obveznosti pravnih subjektov, morajo biti ustrezno uradno objavljeni. Odlok, ki je začasno prepovedoval zbiranje ljudi v zavodih s področja vzgoje in izobraževanja ter univerzah in samostojnih visokošolskih zavodih, po presoji Ustavnega sodišča ni bil ustrezno objavljen v Uradnem listu. Glede Odloka o začasni delni omejitvi gibanja ljudi in omejitvi oziroma prepovedi zbiranja ljudi zaradi preprečevanja okužb s SARS-CoV-2 Ustavno sodišče (še) ni odločalo, vendar menim, da lahko prav te argumente iz te sodne odločbe apliciramo tudi na Odlok o omejitvi gibanja. Razlog je v tem, da je bil tudi v tem odloku vsebovan prav takšen člen (z enako vsebino), ki je tudi tu Vladi nalagal strokovno presojo utemeljenosti ukrepov na vsakih sedem dni in obvestitev javnosti. Vendar Vlada tudi teh ukrepov ni ustrezno objavila. Zato je po mojem mnenju pravilen sklep, da tudi Odlok o omejitvi gibanja v opredeljenem ča-

¹⁴ Uradni list RS, št. 152/20 in nasl.

¹⁵ Odločitev U-I-445/20 z dne 3. 12. 2020.

sovnem obdobju ni veljal. Uporaba analogije temelji na splošnem pravnem načelu, da je treba enake pravne položaje obravnavati enako. To pomeni, da s tem odlokom določena prepovedana ravnanja v tem času niso bila kazniva (oziroma niso bila inkriminirana). Konkretnije to pomeni, da ne gre za prekršek, storjen na podlagi tega odloka (na primer posameznik ne more biti kaznovan za gibanje na prostem po 21. uri itd.). To pomeni, da so bile vse izrečene globe v tem obdobju brez pravne podlage, kar pomeni, da lahko posamezniki zahtevajo plačan denarni znesek skupaj z vsemi pripadki od države nazaj. To je javnopravni obogatitveni zahtevek, ki temelji na splošni prepovedi neupravičene obogatitve na račun drugega. Postopki in pravne možnosti, ki jih imajo posamezniki na voljo, so predstavljeni v nadaljevanju.

6. Presoja ustreznosti objave

Argument, ki bi lahko govoril v prid temu, da je Odlok bil ustrezno objavljen v Uradnem listu od 3. 11. do 5. 12. 2020, je ta, da je bil Odlok nekajkrat spremenjen oziroma dopolnjen, vendar menim, da to ne more pomeniti, da je bil Odlok ustrezno objavljen v svoji celoti. Te objave Odloka namreč niso vsebovale vseh členov Odloka (s katerimi so bili določeni ukrepi za preprečitev epidemije), ampak le člene, s katerimi so se v določeni meri spreminjali posamezni ukrepi oziroma se je le dodala kakšna dodatna izjema (na primer dodatna izjema pri prehodu občinske meje). Moje stališče je, da le z objavo Odloka o spremembi in dopolnitvi Odloka o začasni delni omejitvi gibanja ljudi in omejitvi oziroma zbiranja ljudi zaradi preprečevanja okužb s SARS-CoV-2¹⁶ obravnavani Odlok ni mogel postati ponovno veljaven v svoji celoti, ampak bi morali biti ponovno objavljeni vsi členi tega odloka vsakič znova na (vsaj) vsakih sedem dni. Šele s tem bi lahko zadostili zahtevi Ustavnega sodišča po obvestitvi javnosti na primeren način. Smisel bi bil v tem, da je potem v takšni »celoviti« objavi Odloka javnosti razvidno, da so ti strogi in močno omejevalni ukrepi resnično še bili potrebni glede na epidemiološko stanje v državi in še, kar je najpomembnejše, da so bili skrbno presojani. Le z objavo posameznih dopolnitev in sprememb odlokov bi to lahko vzbudilo dvom v javnosti, da morda Vlada v resnici ne presoja njihove utemeljenosti v zahtevanem časovnem obdobju. To bi še podkrepil z dejstvom, da se je s temi ukrepi resnično posegalo v temeljne človekove pravice in svoboščine, zato še posebej ne bi smeli puščati odprtih nikakršnih dvomov glede veljavnosti odlokov. Tako bi morala biti za ponovno veljavnost Odloka objavljena celotna vsebina v Uradnem listu.

Argument, da je z objavo le Odloka o spremembi in dopolnitvi postal ponovno veljaven tudi prvotni odlok, saj sprememba Odloka brez njegove prvotne veljavnosti ni mogoča, po mojem mnenju ni sprejemljiv. Menim, da če je Odlok prenehal veljati, ga tudi ne moremo spreminjati

¹⁶ Uradni list RS, št. 159/20 in nasl.

in dopolnjevati, saj dejansko ni ničesar, kar bi sploh lahko s takšnim Odlokom spreminjali oziroma dopolnjevali.

6.1. Ustavni vidik zahteve po objavi

Kot že povedano so odloki predpisi, zato je potrebna tudi ustrezna objava v Uradnem listu, ki je edini mogoč način uradne objave.¹⁷ Pravilno objavljanje pravnih predpisov je eden od glavnih pogojev za začetek veljavnosti abstraktnih pravnih norm.¹⁸ Zahtevo po objavi v Uradnem listu vsebuje že Ustava v 154. členu in prav tako 6. člen Zakona o Uradnem listu Republike Slovenije.¹⁹ Če tej zahtevi ni zadoščeno, preprosto ne more biti drugače, kot da ugotovimo, da so ti predpisi bili zato neustavni in tako niso (določen čas, ko niso bili objavljeni) imeli nikakršnih pravnih učinkov oziroma je šlo za neobstoječe predpise. Enako mnenje se je vzpostavilo tudi na akademskem področju.²⁰ Že res, da je Vlada obveščala javnost o veljavnosti posameznih ukrepov, določenih z odloki, v medijih in prek druge širše javnosti na novinarskih konferencah ter z raznimi intervjuji in tako resnično poskrbela, da so se lahko z veljavnimi ukrepi posamezniki tudi seznanili. Vendar menim, da kljub temu ne moremo ugotoviti, da je Vlada s tem izpolnila svojo obveznost in nadomestila obveznost, da se vsi državni predpisi (med katere seveda uvrščamo tudi odloke) objavijo v uradnem državnem listu.²¹ Argument Vlade je sicer, da je imela javnost možnost seznanitve prav iz medijev, vendar je problem v tem, da se pri objavi predpisov zahteva velika mera preglednosti, jasnosti in natančnosti. Različni mediji pa so informacije s strani Vlade povzeli različno in jih s tem tudi različno predstavili javnosti. Podobno stališče je zaslediti tudi pri Igljčarju.²² Posledica vsega tega je, da je bila zato nemalokrat povzročena zmeda o tem, kateri ukrepi veljajo in kateri ne, celo znotraj Vlade. Že posamezni ministri so si nekatere pravne norme glede ukrepov razlagali različno. Zato menim, da na naslovnike pravnih norm ne moremo prevaliti obveznosti, da morajo spremljati medije in preostala sredstva obveščanja, da bi se lahko seznanili z veljavnim pravom. Prav zato, da se to ne bi dogajalo, velja obveznost objave v Uradnem listu, ki je edini uradni portal, ki (poleg preostalega) vsebuje vse predpise in vedno zagotavlja njihovo preglednost ter možnost podrobnejše seznanitve z njimi v vsakem želenem trenutku. Zato je to tudi edino ustrezno mesto, kjer se lahko posamezniki in s tem tudi mediji seznanijo z veljavno zakonodajo.

¹⁷ Igljčar, str. 15–17.

¹⁸ Šturm, str. 670.

¹⁹ Uradni list RS, št. 112/05 in nasl.

²⁰ Teršek, str. 18–20.

²¹ Šturm, str. 670.

²² Igljčar, str. 15–17.

Stališče Ustavnega sodišča, da je ustrezna objava državnih predpisov mogoča le in samo v Uradnem listu, je morda formalistična, vendar je glede na posledice teh odlokov tudi nujna in edino sprejemljiva. S tem se zagotavlja temeljno načelo pravne države (več o tem v nadaljevanju), znotraj njega pa načelo pravne varnosti,²³ v katerem je zajeta možnost seznanitve z veljavnimi predpisi. Pomembno je spoštovati tudi načelo *nullum crimen nulla poena sine lege praevia*.

6.2. Poseben pomen objave v prekrškovnem pravu

Odlok določa ukrepe na podlagi ZNB, ta pa vsebuje kazenske določbe za kršitev ali zakona ali podzakonskega predpisa (odloka), ki je vezan na ZNB. Zato ta odlok določa prekrške. Konkreten odlok je predpis, ki ima kaznovalno naravo. Pri presoji določnosti kaznovalnih predpisov (in znotraj njih prekrškov) je zahteva po spoštovanju načela jasnosti in določnosti predpisov še posebej stroga. Drugače povedano gre za načelo *lex certa*. To je izpeljano iz načela pravne države (2. člen Ustave) ter iz načela zakonitosti, ki je določeno že v samem Zakonu o prekrških (ZP-1),²⁴ ki se uporablja kot sistemski zakon, zato je treba njegova načela spoštovati pri vseh načinih določanja prekrškov, ki jih omogoča v 3. členu ZP-1, torej tudi pri določanju prekrškov z odloki. Vsakomur, ki je bil na podlagi neobjavljenega Odloka sankcioniran s plačilom globe, je bilo tudi poseženo v ustavno pravico splošne svobode ravnanja po 35. členu Ustave.²⁵ Vse skupaj pomeni argument, da bi morala biti vsa podaljšanja Odloka ustrezno objavljena v Uradnem listu, le tako bi lahko nedvomno zadostili predstavljenim načelom.

Da bi se izognili celotnemu pravnemu problemu, to je, ali je bil Odlok ustrezno podaljšán, bi lahko že Ustavno sodišče v sklepu U-I-83/20-10 izrecno zapisalo v izrek, da mora Vlada obvestiti javnost o morebitnem podaljšanju oziroma spreminjanju odlokov v Uradnem listu, in ne da je zapisalo le, da naj vlada obvesti javnost, kljub dejstvu, da ta termin izhaja neposredno iz 39. člena ZNB. S tem bi lahko že Ustavno sodišče odpravilo vse dvome o ustreznosti oziroma neustreznosti objave odlokov. Mogoč je argument, da se je Ustavnemu sodišču zdelo nujnost objave v Uradnem listu že tako sama po sebi umevna, da zato tega ni posebej poudarilo in zapisalo. Vendar menim, da bi kazalo to konkretnjeje določiti. Nujnost objave je tako poudarilo šele z naslednjo odločbo U-I-445/20-13. Ob navedbi že vseh omenjenih argumentov, zakaj bi bila potrebna objava v Uradnem listu, mislim, da vseeno drugačna ugotovitev ni mogoča in je treba sklep Ustavnega sodišča razumeti tako, da mora Vlada obvestiti javnost na način, kot je določen za predpise.

²³ Šturm, str. 671.

²⁴ Uradni list RS, št. 29/11 in nasl.

²⁵ Šturm, str. 671.

7. Neupravičena obogatitev Republike Slovenije

Kot že omenjeno ta odlok v obdobju od 3. 11. 2020 do vključno 5. 12. 2020 ni veljal, zato v tem obdobju ni bilo mogoče izrekat sankcij za prekrške, določene s tem odlokom. Tako je prišlo do neupravičene obogatitve s strani Republike Slovenije. Pri tem se postavlja vprašanje, kakšne so pravne možnosti posameznikov, ki so že plačali to neupravičeno izrečeno globo, da se jim plačani znesek vrne na podlagi javnopravnega obogatitvenega zahtevka, oziroma kakšne možnosti imajo, če zoper njih še teče prekrškovni postopek. Poleg samega plačanega zneska namreč lahko zahtevajo tudi obresti in stroške, ki so jim nastali s tem postopkom, kar bo še podrobneje predstavljeno v nadaljevanju.

7.1. Pravne možnosti posameznikov v postopku pri vračilu plačane globe

Najprej je treba povedati, da če še tečejo kakršnikoli prekrškovni postopki na podlagi izrečenih glob v času neveljavnih odlokov, je treba vse te postopke s sodbo ustaviti iz razloga materialne kršitve prava, saj to ravnanje ni prekršek (skladno s prvim odstavkom 136. člena ZP-1).

Če je bila globa že plačana oziroma prisilno izterjana v izvršbi, so mogoče poti posameznikov za doseg že plačane globe naslednje. Najprej je treba vložiti enega od dveh mogočih izrednih pravnih sredstev, ki ju omogoča ZP-1. Nadomestna možnost za izredno pravno sredstvo je tudi ustavna pritožba.²⁶ Na podlagi izrednega pravnega sredstva je treba doseči, da pristojno sodišče odpravi pravnomočno sodbo oziroma odločbo o prekršku. To je temeljni pogoj za povračilo škode. Na podlagi tega je nato treba v pravnem postopku od države terjati plačano globo nazaj (z vsemi pripadki), saj je bila kot že rečeno plačana brez pravne podlage. Pravico do povrnitve škode določa že ZP-1 v 193. členu.

V prekrškovnem pravu poznamo dve izredni pravni sredstvi. Prvo je zahteva za varstvo zakonitosti in drugo je odprava ali sprememba odločbe na predlog prekrškovnega organa.

7.1.1. Zahteva za varstvo zakonitosti

Prvo mogoče izredno pravno sredstvo, s katerim se lahko doseže odprava odločbe o prekršku oziroma pravnomočne sodbe, je zahteva za varstvo zakonitosti (169. člen ZP-1). Glavni problem, ki se bo lahko v praksi pri tem pojavil, je ta, da je samo vrhovni državni tožilec pristojen za vložitev zahteve za varstvo zakonitosti. Pobudo za vložitev tega izrednega pravnega sredstva lahko poda oseba, ki je upravičena do pravnega sredstva. Najpogosteje bo to kršitelj oziroma obdolženec (ta se tako poimenuje, če je že pred vložitvijo izrednega pravnega sredstva tekel sodni postopek). Vendar ta nima nobenega zagotovila, da bo njegovi pobudi vrhovni

²⁶ Jenull, str. 968.

državni tožilec tudi ugodil. Pobudniku je zavezan le sporočiti svojo odločitev.²⁷ Zoper odločitev vrhovnega državnega tožilca, da zahteve za varstvo zakonitosti ne bo vložil, ni dopustno nikakršno pravno sredstvo. To je posledica dejstva, da vrhovni državni tožilec v postopku z izrednimi pravnimi sredstvi varuje le javni interes (glede zagotovitve enotne uporabe prava nižjestopenjskih sodišč), in ne zasebnega. Zahteve za varstvo zakonitosti vrhovni državni tožilec zato ni zavezan vložiti tudi, če je povsem jasno, da je bil zakon oziroma drug predpis prekršen.

Če se bo vrhovni državni tožilec odločil vložiti to izredno pravno sredstvo, bo to vloženo zaradi kršitve materialnih določb predpisa, ki določa prekršek (konkretno v tem primeru Odloka), saj prepovedano ravnanje med neveljavnostjo Odloka ni prekršek. Prednost tega izrednega pravnega sredstva je v tem, da ni časovno omejeno.

Problem, ki lahko nastane pri uporabi tega izrednega pravnega sredstva, je v tem, da bo vrhovni državni tožilec oziroma Vrhovno sodišče RS preobremenjeno s temi pobudami. Najbrž bi bilo ustrezno, da bi Vrhovno sodišče sprejelo v obravnavo vse vložene zahteve za varstvo zakonitosti, vendar bi to v praksi popolnoma onemogočilo delo sodišča, sam postopek pa bi bil tudi precej dolgotrajen, in vprašanje bi bilo, ali bodo res vsi, ki so neupravičeno plačali globo, vložili pobudo za tovrstno pravno sredstvo. Rešitev tega problema bi morda bila, da Vrhovno sodišče v eni zadevi ugotovi, da je bilo res kršeno materialno pravo in da dejanje ni bilo prekršek, da odločbo o prekršku odpravi in s tem vzpostavi sodno prakso oziroma neke vrste »precedens« za prekrškovne organe, ki so izdali tovrstne odločbe, da sami predlagajo njihovo odpravo ter s tem sledijo sodni praksi Vrhovnega sodišča.

7.1.2. *Odprava ali sprememba odločbe na predlog prekrškovnega organa*

To bi prekrškovni organi (najpogosteje policija) lahko storili z izrednim pravnim sredstvom, ki se imenuje odprava ali sprememba odločbe na predlog prekrškovnega organa (171.a člen ZP-1). Prednost tega izrednega pravnega sredstva je gotovo hitrejši postopek in tudi ni obremenjevanja Vrhovnega sodišča. Vendar je tudi tu problem v enostranskosti pravnega sredstva, saj ga lahko vložijo le prekrškovni organi, ki je izdal odločbo. Tudi tu ima kršitelj možnost dati pobudo prekrškovnemu organu, vendar na njo ni vezan. Slabost tega izrednega pravnega sredstva je v tem, da je časovno omejeno, in sicer tri leta od pravnomočnosti odločbe. Slabost je tudi ta, da o tem izrednem pravnem sredstvu ne odloča Vrhovno sodišče, ampak odloča sodišče, ki je pristojno za obravnavanje zahteve za sodno varstvo v prekrškovnem pravu. V praksi so to okrajna sodišča, ki bodo zagotovo bolj obremenjena, kar bo negativno vplivalo na delovanje sodišč (predvsem na daljše sodne zaostanke).

²⁷ Prav tam, str. 20.

Razlog za odpravo odločbe bi bil seveda tudi v tem primeru kršitev materialnih določb predpisa. Vendar je v 3. točki prvega odstavka 171. člena ZP-1 določen dodatni pogoj, in sicer ta, da so bile očitno v škodo storilca prekršene materialne določbe predpisa, ki je določal prekršek. Zatakne se lahko prav pri presoji očitnosti, kajti za očitno kršitev materialne določbe gre takrat, ko je kršitev mogoče ugotoviti neposredno, takoj in brez dodatnega ugotavljanja posameznih dejstev. Če je treba posamezna dejstva še dodatno ugotavljati ali preverjati, o očitni kršitvi ne moremo več govoriti.²⁸ Ta očitnost kršitve se namreč nanaša prav na vprašanje, ali je ta odlok bil ustrezno objavljen in ali je zato veljal ali ne. Sam menim, da vendarle ne moremo govoriti o očitni kršitvi, saj je pravno vprašanje veljavnosti Odloka očitno dokaj zapleteno in ni enoznačno. Kot način mogoče rešitve, da kršitev tega predpisa (Odloka) postane očitna kršitev, vidim v tem, da prek zahteve za varstvo zakonitosti Vrhovno sodišče odloči, da Odlok ni veljal in da je s tem bilo kršeno materialno pravo. Ob taki sodbi Vrhovnega sodišča menim, da dvoma o očitnosti kršitve ne bi bilo več, saj bi se zadeva razčistila tako, da dodatno ugotavljanje posameznih dejstev (o veljavnosti Odloka) ne bi bilo več potrebno ter zavezujoče za prekrškovni organ in tudi za okrajno sodišče, ki bo odločalo o tem izrednem pravnem sredstvu. Vseeno vidim nevarnost, da kljub morebitni odločitvi Vrhovnega sodišča v postopku zahteve za varstvo zakonitosti, da je treba odločbo o prekršku oziroma sodbo odpraviti, prekrškovni organ (oziroma organi) ne bo zainteresiran vlagati ta izredna pravna sredstva, kljub temu da morajo pri svojem delovanju upoštevati načelo zakonitosti. Za konkretno rešitev v praksi bo očitno treba počakati na razvoj sodne prakse Vrhovnega sodišča in tudi okrajnih sodišč.

7.2. Zahtevki posameznikov zoper Republiko Slovenijo

Posamezniki imajo v primeru uspešnega postopka z izrednim pravnim sredstvom (če jim je bila bodisi odločba bodisi sodba odpravljena oziroma je bil postopek pravnomočno ustavljen) možnost v civilnem postopku zahtevati od države na podlagi odpravljene odločbe o prekršku povrnitev škode, saj so neupravičeno plačali globo ali stroške postopka.²⁹ Podlago za to je najti v 193. členu ZP-1. Tožbo za povrnitev škode je treba vložiti zoper Republiko Slovenijo, in sicer v treh letih od dneva, ko je postala sodba o ustavitvi postopka pravnomočna, drugače pravica do povrnitve škode zastara. Da se ne bi vlagale množične tožbe in se ne bi pretirano obremenjevala sodišča, je ZP-1 predvidel dodatno varovalko, ki vsebuje obveznost, da mora oškodovanec pred vložitvijo tožbe za povrnitev škode zoper RS vložiti zahtevo na državno odvetništvo, da se z njimi sporazume o obstoju škode ter o njeni višini in vrsti. Šele v primeru, da sporazum ni dosežen, lahko oškodovanec v treh mesecih od vložitve zahteve pri pristojnem sodišču vloži tožbo za povrnitev škode.

²⁸ Gril, str. 898.

²⁹ Povzeto po sodbi VS RS III Ips 128/2015.

Glede na sorazmerno dolgo obdobje neveljavnosti Odloka je bilo neupravičeno izdanih glob več, zato je ta procesna predpostavka smiselna in spodbuja zunajsodno reševanje spora. Zaradi dejstva, da je bila za vse izrečene globe predpisana ista sankcija, menim, da prevelikih razlik glede višine škode v zahtevkih oškodovancev ne bo in bo zato sporazum lahko hitro sklenjen. Sploh bo to veljalo, ko se bo vzpostavila praksa v teh postopkih pred državnim odvetništvom in bo višina škode že znana.

ZP-1 določa, da ima tisti, ki je neupravičeno plačal globo in stroške postopka, pravico do povrnitve (vsakršne) škode, in ne le do vračila plačanega zneska. Tako so oškodovanci poleg zneska plačane globe upravičeni zahtevati tudi obresti od plačanih zneskov, stroške postopka, ki so določeni v 144. členu ZP-1, posredno škodo ter tudi morebitni izgubljeni dobiček zaradi izvršitve odločbe, na primer da je prišlo do postopka prisilne izterjave neplačane globe in je bilo s prodajo zarubljenih stvari prodano posameznikovo premoženje, s katerim opravlja neko dejavnost.³⁰ Kot že omenjeno je priznana tudi posredna premoženjska škoda. To je primer stroškov, ki so nastali v zvezi s postopkom in niso zajeti v 144. členu ZP-1. To so stroški obrambe, stroški in škoda, nastala v postopku prisilne izterjave s strani Finančne uprave RS ali z neupravičeno naloženim delom v splošno korist, do katerega je prišlo zaradi neuspešne izterjave globe.³¹ Mogoče je zahtevati tudi nepremoženjsko škodo.³² Ta bo v teh postopkih zelo redko uporabljena, in sicer le v primeru, da je bilo posamezniku zaradi nezmožnosti izterjave globe (in ob izpolnjevanju preostalih pogojev po ZP-1) neupravičeno naloženo delo v splošno korist. Menim, da je treba potem tej osebi priznati nepremoženjsko škodo zaradi okrnitve ugleda, ki ga je oseba uživala in ji je bil z delom v splošno korist okrnjen.³³ Kot drugi mogoč primer za upravičenost do povrnitve nepremoženjske škode je nadomestitev neplačane globe z nadomestnim zaporom, če od posameznika ni bilo mogoče izterjati neplačane globe.³⁴ Ker je pogoj, da se nadomesti neplačana globa z nadomestnim zaporom, pri čemer mora znesek neplačane globe (ene same ali seštevek več) znašati najmanj 1000 evrov in je ni bilo mogoče izterjati po pravilih upravne izvršbe, bo tak primer zelo redek. Moralo bi iti za posameznika, ki mu je bilo med neveljavnostjo Odloka izdanih več glob. V tem primeru bi se upoštevale vse oblike nepremoženjske škode, ki se priznajo pri neutemeljenem odvzemu prostosti.³⁵

Kot že rečeno pod višino škode spadajo tudi zamudne obresti. Sporno vprašanje je, od katerega dne naprej začnejo teči. Po uveljavljeni sodni praksi je pri vprašanju začetka teka zamudnih

³⁰ Jenull, str. 969.

³¹ Prav tam, str. 969.

³² Prav tam, str. 970.

³³ Povzeto po sklepu VS RS II Ips 238/2015.

³⁴ Skladno z 20.a členom ZP-1.

³⁵ Jenull, str. 970.

obresti v primeru plačila na podlagi neupravičene obsodbe treba smiselno uporabljati pravila o vračanju neupravičeno prejetega po 190. členu Obligacijskega zakonika.³⁶ Po mnenju Vrhovnega sodišča se upošteva pravilo iz 193. člena OZ, ki začetek teka zamudnih obresti veže na nepoštenost pridobitelja, ki mora vračati neupravičeno pridobljeno. Ker je neupravičena obsodba sama po sebi podlaga za odškodninsko odgovornost države, je glede začetka teka zamudnih obresti od neupravičeno prejetega treba smiselno uporabiti pravilo, ki velja za nepoštenega pridobitelja. Zato je utemeljen zahtev za plačilo zakonskih zamudnih obresti od naslednjega dne po plačilu odmerjene globe.³⁷

8. Sklep

Zaradi spoštovanja načela pravne države, zlasti načel pravne varnosti in predvidljivosti, je treba vsa kazniva ravnanja, preden postanejo pravno zavezujoča, objaviti v Uradnem listu. V prekrškovnem pravu in seveda tudi kazenskem pravu je načelo zakonitosti še posebej poudarjeno (*nullum crimen nulla poena sine lege praevia*). To je Vlada naknadno po omenjeni odločbi Ustavnega sodišča tudi storila, vendar to dejstvo nikakor ne more sanirati napake in s tem upravičiti izrečene globe med neveljavnostjo odloka. S tem bi prekršili še eno temeljno načelo pravne države, to je prepoved retroaktivnosti, ter načelo varstva zaupanja v pravo,³⁸ kar bi pomenilo, da bi bilo neko dejanje inkriminirano za nazaj oziroma *ex tunc*. Najbrž je odveč poudarjati, katere kršitve temeljnih ustavnih pravic bi se pojavile ob takšnem nepravočasnem odzivu zakonodajalca. Zavedam se takratne kritične situacije, ki je tedaj vladala v državi, in dejstva, da je Vlada imela pri sprejemanju predpisov resnično težko nalogo, saj jih je morala glede na predloge vladne svetovalne skupine za zaježitev širjenja virusa nenehno prilagajati, vendar to ne more biti izgovor za manko tako temeljnega pravila, kot je ustrezna objava predpisov. Na njegovo rešitev bo treba še počakati z razvojem sodne prakse prekrškovnega prava instančnih sodišč.

Literatura

AVBELJ, Matej (ur.). *Komentar ustave Republike Slovenije*. Nova Gorica: Nova univerza, Evropska pravna fakulteta, 2019.

Bojana Beović: *Vladi bomo predlagali podaljšanje ukrepov*. <<https://www.vecer.com/slovenija/beovicva-vladi-bomo-predlagali-podaljsanje-ukrepov-brez-sprememb-10228043>> (24. 11. 2020).

³⁶ Uradni list RS, št. 97/07.

³⁷ Povzeto po sodbi VS RS II Ips 165/2010.

³⁸ Grad, str. 6–9.

- ČAS, Petra. *Zakon o prekrških s komentarjem*. Ljubljana: GV Založba, 2018.
- GANTAR, Jan. Odloki in uredbe z zakonsko močjo. *Pravna praksa*, 2020, št. 14, str. 6–7.
- GRAD, Franc, KAUČIČ, Igor, in ZAGORC, Saša. *Ustavno pravo*. Ljubljana: Pravna fakulteta, 2016.
- GRAD, Franc. Ustava in retroaktivnost predpisov. *Pravna praksa*, 2016, št. 19, str. 6–9.
- IGLIČAR, Albin. Objavljanje predpisov. *Pravna praksa*, 1996, št. 12, str. 15–17.
- JENULL, Hinko. Zahteva za varstvo zakonitosti v postopku zaradi prekrška. *Pravna praksa*, 2006, št. 35, str. 20.
- NOVAK, Aleš. Spregledano načelo v načelnem pravnem mnenju. *Pravna praksa*, 2010, št. 13, str. 22.
- PAVČNIK, Marijan. *Teorija prava*. Ljubljana: GV Založba, 2020.
- TERŠEK, Andraž. Ustavnopravna utemeljitev veljavnosti in uporabe predpisov. *Pravna praksa*, 2007, št. 39–40, str. 18–20.



Civilnopravni vidiki umetne inteligence

II.

SAMO MIKLIČ

*Nepogodbena odškodninska odgovornost
in umetna inteligenca*

EVA STOJAN

Umetna inteligenca: cogito, ergo sum?

BARBARA PAVLEKOVIČ, JERCA PETROVIČ

Civilnopravni vidiki umetne inteligence v zdravstvu

Pregledni znanstveni članek
UDK 347.5:004.8

Nepogodbena odškodninska odgovornost in umetna inteligenca

SAMO MIKLIČ
*diplomirani pravnik (UN),
študent magistrskega študijskega
programa pravo 2. stopnje na Pravni
fakulteti Univerze v Ljubljani*

1. Uvod

Ob pojmu umetna inteligenca dandanes ne pomislimo več samo na znanstveno fantastiko in sisteme, kot je bil superračunalnik HAL 9000 v filmu 2001: Vesoljska odiseja. Največkrat si verjetno zamislimo avtonomna vozila, o katerih pravna literatura tudi upravičeno največ razglablja, saj ta vozila niso več utopična prihodnost, ampak precej resnična sedanost. Avtonomna vozila, ki povečujejo varnost in pretok v prometu, so le eden od sistemov umetne inteligence, ki povečujejo učinkovitost in samozadostnost mnogih obstoječih aktivnosti. Masovna prirejenost proizvodov, narejenih po meri potrošnika, alarmni sistemi, ki omogočajo starejšim, da še naprej uživajo samostojno življenje, pametna tehnološka pomoč neobglenim, droni in iskalni roboti, ki opravljajo misije v nevarnih okoliščinah, so le nekateri takšni primeri.¹ S pravilno uporabo novih tehnologij in specifično UI lahko svet postane varnejši, bolj pošten, produktivnejši in primernejši za spopadanje z boleznijo, revščino, kriminalom, diskriminacijo in drugimi oblikami nepravilnosti.² Hiter razvoj, strojno učenje in možnost neodvisnega sprejemanja odločitev takšnih sistemov zagotovo prinašajo nova tveganja in povečujejo že obstoječa. Tako se nam logično ob omembi takšnih sistemov hitro zastavi vprašanje, kakšne posledice bi nastale, če bi ti zatajili in povzročili škodo.

¹ Ethical Aspects of Cyber-physical Systems, 2016, Scientific Foresight study, European Parliamentary Research Service, str. 7.

² Liability for Artificial Intelligence and other emerging digital technologies, Report from the Expert Group on Liability and New Technologies - New Technologies Formation, European Commission [v nadaljevanju Poročilo NTF (2019)], 2019, str. 11.

Prispevek obravnava nepogodbeno odškodninsko odgovornost za škodo, ki jo povzročijo sistemi umetne inteligence. V drugem poglavju je najprej ponazorjeno, katere značilnosti takšnih sistemov pomenijo izziv učinkoviti regulaciji področja odškodninske odgovornosti. V tretjem poglavju so predstavljeni sedanji režimi odškodninske odgovornosti, ki bi jih lahko uporabili v primeru, ko bi škodo povzročil sistem umetne inteligence, ter tudi njihove pomanjkljivosti in mogoče rešitve za prihodnje prilagoditve, ki se pojavljajo v stroki. Zadnje poglavje obravnava nadomestne možnosti odškodninske odgovornosti za primer škode, ki jo povzroči sistem umetne inteligence, pri čemer ne izhajajo nujno iz sedanjih režimov.

2. Značilnosti sistemov umetne inteligence

Umetna inteligenca je širok pojem, katerega natančna definicija krepko presega okvire tega prispevka. Za potrebe tega prispevka bodo sistemi umetne inteligence opredeljeni kot sistemi, ki so ustvarjeni umetno, a hkrati vsebujejo značilnosti, ki so lastne človeku. Sposobni so učenja na podlagi izkušenj, razumevanja, logičnega sklepanja in reševanja zapletenih problemov. Kot taki poskušajo posnemati človeško življenje. Takšne inteligentne entitete so sposobne komuniciranja, zavedanja okolice in ustvarjanja. Sposobne so si zastaviti cilj, izdelati načrt in slediti temu načrtu.³

Integracija sistemov umetne inteligence (UI) v družbo povečuje učinkovitost in samozadostnost mnogih obstoječih aktivnosti. Poseben izziv za pravno regulacijo, unikaten sistemom UI, pomenijo med drugim njihova kompleksnost, nepreglednost, možnost avtonomnega ravnanja, neodvisnega od človeka, in navsezadnje ranljivost za napade.⁴ Nekateri sistemi UI so tako kompleksni in večdimenzionalni, da je močno omejena njihova transparentnost.⁵ Človeški um preprosto ne more zaznavati vzorcev, ki jih za učenje in povezovanje podatkov uporabljajo takšni sofisticirani sistemi UI.⁶

Raznovrstnost sistemov UI in široko polje njihove uporabe pomenita izzive na več pravnih področjih. Če bi v pravnem redu Evropske unije škodo povzročilo avtonomno vozilo, bi glede na konkreten primer odškodninsko odgovornost za to škodo urejale različne direktive. Okvara strojne opreme na primer spada na področje Direktive 85/374 o odgovornosti za proizvode z napako (Direktiva 85/374),⁷ ki je bila v slovenski pravni red prenesena z Zakonom o varstvu

³ Jakšič, str. 2; Gioffredi, str. 441.

⁴ Poročilo NTF (2019), str. 32; Jakšič, str. 2; Swanson, str. 1209.

⁵ Nekateri strokovnjaki uporabljajo izraz »črna škatla« (angl. *black box*). Glej na primer Bathae, str. 901.

⁶ Bathae, str. 901.

⁷ UL L 210, 7. 8. 1985.

potrošnikov (ZVPot),⁸ medtem ko so tveganja v zvezi z delovanjem voznika delno urejena z Direktivo 2009/103 o avtomobilskem zavarovanju (Direktiva 2009/103).⁹

Dovršeni sistemi UI se učijo iz podatkov, ki jih sami zaznajo in obdelajo, brez posredovanja človeka. Na podlagi teh podatkov se lahko samostojno modificirajo.¹⁰ Zato je pri sistemih UI tveganje, da se bo zgodila napaka, veliko. Če so že podatki, ki jih sistem prejme, napačni, potem rezultat zagotovo ne more biti dober. Vendar se morajo sistemi UI tudi v primeru, ko so prvotni podatki pravilni in je njihov program natančen, še vedno tudi pravilno učiti iz teh podatkov.¹¹

Velik izziv je tudi hiter razvoj sistemov UI, Moorov zakon namreč narekuje, da se moč računalnikov vsako leto podvoji.¹² Zato bi se morala regulacija, predvsem tehnična, stalno spreminjati, sistemi UI pa opremiti z algoritmi, ki bi omogočali zaznavanje takšnih sprememb. Zakonodajalec bi moral ob tem upoštevati tudi pravne in etične posledice ter učinke uporabe sistemov UI.¹³ Mogoče bi morali takšnemu pristopu dati prednost pred vzpostavitvijo enotne in celovite regulacije.¹⁴

Bistveno je, da se pravni okvir odškodninske odgovornosti na področju sistemov UI ustrezno prilagodijo, saj bo le tako mogoče čim bolj izkoristiti in zagotoviti prednosti, ki jih sistemi UI prinašajo.¹⁵

3. Uporaba sedanje regulacije in mogoče spremembe

Zaradi raznolikosti področij, na katerih se uporabljajo sistemi UI, odgovornost za škodo, ki jo povzročijo, ne spada le pod eno pravno področje. Zato se različni sistemi UI v veljavnih pravnih sistemih različno regulirajo. V primeru škode, ki jo povzroči androidni robot,¹⁶ bi lahko šlo za odgovornost, podobno odgovornosti za mladoletnika. Ko bi škodo povzročil električni hišni ljubljencek, ki bi imitiral psa, bi šlo morda za odgovornost za škodo, ki jo

⁸ Uradni list RS, št. 98/04 – uradno prečiščeno besedilo, *in nasl.* 114/06 – ZUE, 126/07, 86/09, 78/11, 38/14, 19/15, 55/17 – ZKoliT in 31/18.

⁹ Weingerl, 4; UL L 263, 7. 10. 2009.

¹⁰ Gioffredi, str. 441.

¹¹ Jakhel, str. 2; Gioffredi, str. 441.

¹² Callier, Callier, str. 53.

¹³ Navas, str. 164; Civil Law Rules on Robotics European Parliament resolution of 16 February 2017 with recommendations to the Commission on Civil Law Rules on Robotics (2015/2103(INL)), str. 2.

¹⁴ Giuffrida, str. 453.

¹⁵ Abbott, str. 44.

¹⁶ Androidi so roboti, ki so po videzu in obnašanju podobni ljudem.

povzroči nevarna stvar.¹⁷ Različna regulacija seveda prinaša različen pravni položaj, v katerem se oškodovanec znajde. Tako je škoda, ki nastane zaradi sistemov UI, oškodovancem le delno povrnjena ali pa sploh ne prejmejo odškodnine.¹⁸ Pri avtomatiziranih vozilih se avtorji strinjajo, da mora biti odškodninska odgovornost oblikovana tako, da bo olajšano ugotavljanje, kdo odgovarja v primeru nesreče.¹⁹ Vseeno je to le eno od številnih področij, na katerih lahko škoda nastane.

Pri veljavnih pravilih nepogodbene odškodninske odgovornosti se tako postavljata temeljni vprašanji:

- kdo naj odgovarja za škodo, ki jo povzroči sistem UI, in
- kaj je podlaga za odškodninsko odgovornost v konkretnem primeru.

Pravo za zdaj ureja le primere, ko se vzrok za ravnanje sistema UI lahko poveže z določenim človeškim agentom²⁰ oziroma ko obstajajo akterji, ki lahko povzročijo neko kršitev.²¹ V literaturi so ti akterji opredeljeni kot proizvajalec, upravljavec, imetnik ali uporabnik.²² Vsi ti akterji bi lahko odgovarjali po načelu krivdne odgovornosti, nekaterim pa pravni sistemi po svetu predpisujejo tudi objektivno odgovornost.²³ Pojavljajo se tudi mnenja, da bi morali za škodo odgovarjati roboti sami, ki bi tako morali pridobiti pravno subjektiviteto in s tem tudi določene pravice ter obveznosti.²⁴

V nadaljevanju bo predstavljeno, kako se ob izzivih umetne inteligence izkažejo sedanji režimi nepogodbene odškodninske odgovornosti. Poglavje je osredotočeno na odgovornost proizvajalca in uporabnika ter na odgovornost za drugega. Nekateri avtorji nasprotujejo spreminjanju sedanjih režimov, razen ko gre za posodobitve potrebnih standardov skrbnega ravnanja.²⁵ V prispevek so vseeno vključeni tudi drugi predlogi za izboljšavo, ki se pojavljajo v literaturi. Priznanje pravne subjektivitete sistemom UI in drugi alternativni predlogi zunaj okvirov veljavne zakonodaje so predstavljeni v zadnjem poglavju tega prispevka.

¹⁷ Navas, str. 165.

¹⁸ Poročilo NTF (2019), str. 19.

¹⁹ Weingerl, str. 2, 3.

²⁰ Jakšič, str. 3.

²¹ Janal, str. 176; Giuffrida, str. 445.

²² Jakšič, str. 3; Janal, str. 176; Giuffrida, str. 443

²³ Janal, str. 176.

²⁴ Navas, str. 166.

²⁵ Swanson, str. 1209.

3.1. Odgovornost proizvajalca

Glede na značilnosti veljavne ureditve nepogodbene odškodninske odgovornosti se morda zdi logično, da pri odgovornosti za škodo, ki jo povzročijo sistemi UI, najprej pomislimo na proizvajalca proizvoda, ki vsebuje takšen sistem. Pravni red Evropske unije nam z Direktivo 85/374 namreč primerno zagotavlja stabilen pravni režim za takšen tip odškodninske odgovornosti. Direktiva vzpostavlja sistem, ki prenaša tveganje na proizvajalca, zato pa uvaja objektivno odgovornost proizvajalca za škodo, ki jo povzroči izdelek z napako.²⁶ A položaj le ni tako preprost, kot se zdi na prvi pogled. Specifičnost sistemov UI namreč pomeni izziv številnim vidikom odgovornosti proizvajalca, kot jo trenutno poznamo.

a) Izzivi

V 2. členu Direktive 85/374 je proizvod definiran kot premičnina, tudi če je vstavljen v druge premičnine ali nepremičnine. Takšna definicija morda ne zadosti primerom, pri katerih je zaradi medsebojne interakcije med različnimi sistemi UI ostro ločevanje med njimi oteženo.

Po 6. členu Direktive se napaka ocenjuje na podlagi razumnih pričakovanj potrošnika ob upoštevanju vseh relevantnih okoliščin. Zaradi medsebojne povezanosti sistemov bi bilo morda napako težko identificirati. Pri pametnih sistemih UI se postavlja tudi vprašanje, ali lahko nepredvidljive odklone, ki nastanejo kot posledica učenja, sploh opredelimo kot napako proizvoda.²⁷

Napaka na proizvodu lahko nastane v različnih fazah proizvodnje. Zaradi vse pametnejših sistemov UI se napake večkrat pojavljajo pri konstrukciji proizvoda. Na drugi strani je za njihovo uporabo potrebno vse boljše predznanje, posledica česar je dolžnost proizvajalca, da uporabnika proizvoda ustrezno informira, saj tudi pomanjkljive informacije lahko povzročijo odgovornost proizvajalca.²⁸

Po 6. členu Direktive 85/374 je za določitev odgovornosti bistven trenutek, ko je proizvod dan v promet. Sofisticirani sistemi UI²⁹ so sprogramirani tako, da se po tem, ko pridejo na trg in se odzivajo na nove podatke iz okolja, samostojno modificirajo. Sistem UI namreč vključi obstoječe podatke v obstoječ analitični vzorec in revidira obstoječe kode ali razvije nove. Takšno delovanje ustvari potencial za nenamerno in nepredvidljivo povzročitev škode, pri čemer ob nakupu to še ni bila funkcija sistema UI, ne glede na to, kakšne kvalitete je takrat

²⁶ Weingerl, str. 4.

²⁷ Poročilo NTF (2019), str. 28.

²⁸ Navas, str. 168.

²⁹ Swanson poudari »*Reinforcement Learning AI*«, to so programi, ki se po vklopu učijo sami in za delovanje katerih ni potrebno nadaljnje vnašanje podatkov.

imel.³⁰ Ker se sistemi UI lahko ves čas učijo, je torej vprašljiv tudi trenutek, v katerem mora imeti proizvod napako, saj bi lahko trdili, da sistem v času, ko je bil postavljen na trg, še ni bil zaključen proizvod.³¹

Pomembno bo tudi, kdo v verigi izdelave nekega sistema UI bo štet za proizvajalca. Bo to dosledno proizvajalec sistema UI ali kdo drug, na primer programer?³² Vsekakor bo zaradi stalnega pridobivanja podatkov s strani sistema UI tradicionalna vloga proizvajalca spremenjena.³³

b) Mogoče dopolnitve sistema odgovornosti proizvajalca za napake

Problemi sedanjega sistema odškodninske odgovornosti proizvajalca za napako so torej številni. V nadaljevanju so predstavljene nekatere rešitve, s katerimi bi se ta konvencionalni sistem lahko modificiral in se morda uspešno prilagodil izzivom, ki jih sistemi UI pomenijo odškodninski odgovornosti. Prve se nanašajo na spremembe znotraj obstoječe objektivne odgovornosti proizvajalca, druge pa na uvedbo dodatne krivdne odgovornosti proizvajalca.

Kot omenjeno, trenutek, v katerem se presoja obstoj napake pri odgovornosti proizvajalca, ni vedno ustrezen. Proizvajalec bi bil lahko odgovoren tudi za napako, ki se pojavi po tem, ko gre proizvod že v promet, vsaj dokler ima še vedno nadzor nad posodabljanjem, nadgraditvijo ali tehnologijo sistema UI.³⁴ Kadar bi bila otežena identifikacija proizvajalca, bi se lahko vzpostavil sistem,³⁵ v katerem bi tožnik lahko tožil več proizvajalcev, tudi če ob tožbi še ne ve, kdo v proizvodni verigi je dejansko povzročil napako proizvoda.³⁶

Dodatna možnost bi bila uvedba dodatne krivdne odgovornosti proizvajalca, ki bi delovala takrat, ko zaradi specifičnih značilnosti sedanjega sistema objektivne odgovornosti za napake žrtve škodnega ravnanja ne bi prejele odškodnine.³⁷ Druga možnost bi bila popolna nadomestitev objektivne odgovornosti s krivdno, kar bi razbremenilo proizvajalce sistemov UI, ki morda niso mogli predvideti ravnanja sistema UI zaradi njegove zmožnosti spreminjanja lastnih algoritmov.³⁸ Tip odgovornosti proizvajalca bi bil lahko na primer različen glede na vrsto napake. Proizvajalec bi bil lahko objektivno odgovoren za napake pri izdelavi, medtem ko

³⁰ Swanson, str. 1203.

³¹ Poročilo NTF (2019), str. 28.

³² Navas, str. 170.

³³ Poročilo NTF (2019), str. 28.

³⁴ Poročilo NTF (2019), str. 42.

³⁵ Navas govori o t. i. *Market Share Liability*.

³⁶ Navas, str. 169.

³⁷ Poročilo NTF (2019), str. 53.

³⁸ Abbott, str. 35.

bi v primeru napake pri konstrukciji proizvoda ali opustitvi ustrezne informacijske skrbnosti zanj veljala krivdna odgovornost.³⁹ V prihodnosti bodo nekateri sistemi UI verjetno presejali zmoglosti človeka. Ko bodo sistemi UI dokazano začeli dosegati višjo stopnjo varnosti, kot jo lahko zagotovi ravnanje človeka, bi lahko krivdno odgovornost (in s tem omilitev odgovornosti proizvajalca) predpisali za vse sisteme UI, ki bi naloge opravljali varneje, kot jih je zmožen opravljati človek.⁴⁰

Zunaj sistema objektivne odgovornosti za napake proizvoda bi lahko proizvajalec prav tako odgovarjal, če ne bi bil dovolj skrben (oziroma bi bil malomaren) pri oglaševanju ali spremljanju (angl. *monitoring*) proizvoda.⁴¹ Pri sofisticiranih sistemih UI, ki se sami učijo in spreminjajo svoje algoritme ter pri katerih je dejansko nemogoče dokazati, da je šlo za napako v proizvodu, bi lahko krivdo prevalili na proizvajalca že zato, ker s postavitvijo proizvoda na trg ni ravnal dovolj skrbno.⁴²

Skrajnejši predlog spremembe je vzpostavitev objektivne odgovornosti proizvajalca ves čas, ko bi se sistem UI uporabljal. V takem primeru bi se proizvajalci ustrezno zavarovali in stroški zavarovanja bi bili vidni pri ceni proizvoda.⁴³

3.2. Odgovornost uporabnika

Odgovornost za škodo, ki jo povzroči sistem UI, bi lahko prevzel tudi uporabnik. Za potrebe tega članka se za uporabnika štejeta tudi imetnik in upravljavec sistema UI, saj se pojmi v praksi prepletajo. Zgodovinsko gledano v Evropi na področju odškodninske odgovornosti prevladujejo režimi krivdne odgovornosti, medtem ko se objektivna odgovornost pojavi redkeje in kot izjema.⁴⁴

a) Krivdna odgovornost uporabnika

Krivdna odgovornost uporabnika temelji na krivdi posameznika v obliki naklepa ali malomarnosti. Malomarnost pomeni opustitev skrbnosti. Kadar je škoda s strani sistema UI povzročena naklepno, je vprašanje razmeroma preprosto. Kadar bi uporabnik namerno zlorabil sofisticiran sistem UI s tem, ko bi denimo namenoma podal napačne podatke in bi sistem tem podatkom sledil, zaradi česar bi sistem UI zato povzročil škodo, bi uporabnik nedvomno

³⁹ Navas, str. 169.

⁴⁰ Abbott, str. 41, 44.

⁴¹ Poročilo NTF (2019), str. 53.

⁴² Prav tam, str. 24.

⁴³ Poročilo NTF (2019), str. 41.

⁴⁴ Janal, str. 177.

krivdno odgovarjal na podlagi naklepa.⁴⁵ Drugačna situacija pa bi bila, ko sistem UI ne bi deloval v skladu z namenom uporabnika. Uporabnik bi v takem primeru lahko odgovarjal zaradi malomarnosti, če ne bi zadostil določenemu standardu skrbnosti.⁴⁶

Prednost krivdne odgovornosti uporabnika sistema UI, v kateri bi verjetno prevladovala odgovornost na podlagi malomarnosti, bi bila, da bi se interpretacija potrebnih standardov skrbnosti lahko razvijala skupaj z razvojem sistemov UI.⁴⁷ Ti standardi bi se lahko navezovali predvsem na ustrezno upravljanje in nadziranje sistema. Ker pa so sistemi UI posebni ravno zaradi svoje avtonomije, bi bila obveznost skrbnega nadzora smiselna samo, kadar bi uporabnik zaznal, da sistem ne more delovati avtonomno.⁴⁸ Po drugi strani bi ravno raznolikost sistemov UI močno otežila delo sodnikov, ki bi morali vsakič znova vzpostavljati specifično dolžnost ravnanja. To bi vodilo v negotovost in pomanjkanje pravne varnosti.⁴⁹

Poseben izziv pomeni tudi dokazovanje krivde. Tehnologija sistemov UI je razmeroma nova, splošen model funkcioniranja teh tehnologij še ne obstaja, obenem pa se sofisticiran sistem UI lahko uči novih stvari brez neposrednega nadzora človeka.⁵⁰ Bolj kompleksen ko je sistem, težje je predložiti dokaze za krivdo v dolgi verigi programskih kod in algoritmov, ki so povzročili ravnanje sistema.⁵¹ Oteženo bi bilo tudi dokazovanje vzročne zveze, saj velikokrat nastanka škode ni mogoče predvideti in zato malomarnost ni podana.⁵²

Da bi sistem krivdne odgovornosti uporabnika deloval, so torej potrebne spremembe sedanjega pravnega reda. Predvsem so potrebni novi standardi skrbnosti, ki bi jih morali upoštevati uporabniki sistemov UI. Upoštevati bi bilo treba pravilno izbiro (glede na naloge in večine sistema UI), nadzorovanje in vzdrževanje sistema.⁵³ Vsekakor bi bilo težavno vzpostaviti standard skrbnosti pri nadziranju oziroma spremljanju sistema UI, saj človeške kognitivne sposobnosti niso enake sposobnostim UI. Strojno učenje namreč temelji na prepoznavanju vzorcev, ki jih človeški um ne zazna. Večina uporabnikov nima zadostnega znanja, da bi uspešno nadzorovali delovanje sistema UI. Koherenten sistem zahtevanih standardov skrbnosti,

⁴⁵ Prav tam, str. 193.

⁴⁶ Abbott, str. 12.

⁴⁷ Janal, str. 193.

⁴⁸ Prav tam, str. 193.

⁴⁹ Prav tam, str. 199.

⁵⁰ Poročilo NTF (2019), str. 23.

⁵¹ Prav tam, str. 24.

⁵² Jakšič, str. 3.

⁵³ Poročilo NTF (2019), str. 44.

ki bi jim moral uporabnik sistema UI zadostiti, bi se lahko vzpostavil šele s podrobno analizo veliko škodnih dogodkov.⁵⁴

Uporabnik bi lahko odgovarjal za malomarnost tudi, če bi sistem UI, ki se od njega uči, »nahrnil« z napačnimi vzori. Uporabniki bi morali v takšnem primeru upoštevati obveznost skrbnega ravnanja v zvezi s predložitvijo podatkov, ki bi le izražala uporabnikovo lastno malomarno ravnanje, sistemom UI.⁵⁵

Dodaten vidik krivdne odgovornosti uporabnika sistema UI je odgovornost za »neuporabo« sistema UI. Ko bi se sistemi UI razvili do take stopnje, da bi bilo njihovo ravnanje varnejše od ravnanja človeka, bi bil uporabnik odgovoren tudi, če bi sistem lahko oziroma moral uporabiti, pa ga ni. Namesto da bi ugotavljali, kaj bi v določeni situaciji storila razumna oseba, bi lahko odgovornost uporabnika v takem primeru temeljila na vprašanju, ali bi se sistemu UI lahko zgodila ista nesreča. Če je odgovor negativen, potem bi bil uporabnik odškodninsko odgovoren na podlagi malomarnosti ravno zato, ker pri opravljanju svoje dejavnosti ni uporabil sistema UI.⁵⁶

b) Objektivna odgovornost uporabnika

Objektivna odškodninska odgovornost je odgovornost, ki ne temelji na krivdi uporabnika, temveč na vzročni zvezi med sistemom UI in škodo.⁵⁷ Objektivna odgovornost uporabnika je za oškodovanca ugodnejša, saj mora dokazati le, da se je tveganje, ki ga sistem predstavlja, uresničilo.⁵⁸

Objektivna odgovornost uporabnika bi lahko bila prava rešitev v primerih, ko sistem UI tipično lahko povzroči škodo in se uporablja v okoljih, ki niso zasebna. Odgovorna bi bila oseba, ki prevzame tveganje, povezano z upravljanjem sistema UI, in ki ima od uporabe korist oziroma dobiček. Če bi korist oziroma dobiček imelo več oseb, na primer t. i. *back-end* upravljavec⁵⁹ in uporabnik, naj bo za škodo odgovoren tisti, ki ima več nadzora nad tveganjem.⁶⁰ Ko pa sistemi UI niso izpostavljeni javnemu življenju (ker so na primer vgrajeni v stroje v tovarnah), objektivna odgovornost uporabnika ne bi bila primerna. Sploh če sistem pomeni grožnjo »samo« manjšemu krogu ljudi, ki so zavarovani drugače, kot na primer delavci z instituti delovnega

⁵⁴ Prav tam, str. 23.

⁵⁵ Janal, str. 193; Gioffredi, str. 442.

⁵⁶ Abbott, str. 36, 37.

⁵⁷ Prav tam, str. 13.

⁵⁸ Poročilo NTF (2019), str. 21.

⁵⁹ Janal, str. 176. Več o odgovornosti »*back-end*« upravljavca v zadnjem poglavju.

⁶⁰ Poročilo NTF (2019), str. 39.

prava.⁶¹ Tudi Evropska komisija meni, da bi se morala uporaba sistemov UI šteti za nevarno dejavnost, kadar:

- se uporablja v sektorju, v katerem je glede na značilnosti aktivnosti povečano tveganje (na primer v zdravstvu, transportu ali na področju energije), in
- je uporabljen tako, da obstaja povečano tveganje (kadar bi bil sistem UI recimo uporabljen le pri postavljanju urnika v zdravstvu, se ne bi štel za dejavnost s povečanim tveganjem).

V nekaterih posebej določenih primerih bi morala biti po mnenju Komisije uporaba sistemov UI vedno opredeljena kot dejavnost s povečanim tveganjem in posledično objektivno odgovornostjo uporabnika.⁶²

Sistemi objektivne odgovornosti posameznika v evropskih pravnih redih temeljijo na imetništvu nevarne stvari in koristi, ki jo ima stvar za posameznika. Nasprotniki objektivne odgovornosti uporabnika tako poudarjajo inherentno »nenevarnost« določenih sistemov UI.⁶³ Problem je tudi dejstvo, da nekateri pravni redi režima objektivne odgovornosti ne poznajo. Tako bi utegnili priti do težavnega razlikovanja med sistemi UI, pri katerih bi se sprožila objektivna odgovornost, in tistimi, pri katerih se ne bi. Ena takšnih lastnosti, ki bi lahko sprožila objektivno odgovornost, je stopnja avtonomnosti sistema UI.⁶⁴

Sistemi UI so včasih samo del glavne stvari. Ali bi se v takem primeru objektivna odgovornost uporabnika še vedno nanašala na celotno stvar? Rešitev bi lahko bila v tem, da bi uporabnik prevzel samo tisto tveganje, ki ga pomeni sistem UI kot del celotne stvari. V takšni situaciji bi se lahko vzpostavila izpodbojna domneva, da je škoda, ki jo je povzročila celotna stvar, nastala zaradi nepravilnega delovanja sistema UI.⁶⁵ Tako bi moral uporabnik dokazati nasprotno.

3.3. Odgovornost za drugega

Sistemi UI z razvojem postajajo vse kompleksnejši in v določenih lastnostih podobni ljudem. Odgovornost za drugega se najpogosteje pojavlja v razmerjih delodajalec – delavec ter skrbnik – mladoletnik. Že na prvi pogled postaja takšnim razmerjem vse bolj podobno tudi razmerje uporabnik – sistem UI. Vzpostavitev takšnega režima odškodninske odgovornosti

⁶¹ Prav tam, str. 40.

⁶² BELA KNJIGA o umetni inteligenci – evropski pristop k odličnosti in zaupanju, COM(2020) 65 final, Evropska komisija, 19. 2. 2020.

⁶³ Janal, str. 197.

⁶⁴ Janal, str. 199.

⁶⁵ Prav tam, str. 200.

bi oškodovancem olajšala povrnitev škode, saj jim ne bi bilo treba iskati natančnega vzroka za škodo v sistemu UI.⁶⁶

Koncept odgovornosti za drugega je, da naj tisti, ki naloži določene naloge drugemu, da razširi domet svoje dejavnosti, prevzame ustrezno tveganje. Pravni sistemi to uvajajo z dejansko odgovornostjo za drugega ali s strogimi obveznostmi skrbnega ravnanja, domnevo malomarnosti in podobnimi pravnimi instituti. Podoben sistem bi bilo mogoče prenesti na sisteme UI. Odgovornost za drugega posameznika namreč obvezuje, da »d drugega« natančno spremlja in prevzame nase določena tveganja. Uporabnik bi tako moral skrbeti tudi, kdo vse lahko uporablja njegov sistem UI, in bi s tem lahko onemogočil učenje nepravilnih praks.⁶⁷

Mogoča sprememba sedanjega režima glede na značilnosti sistemov UI bi bila naslednja: v primeru škode, povzročene s strani sistema UI, ki je deloval funkcionalno enako kot človeški agent, naj bo uporabnik oziroma upravljevalec sistema UI odgovoren enako, kot bi bil delodajalec za svojega delavca. Delovanje sistema UI v danih okoliščinah bi se presojalo po človeškem standardu ravnanja. Ko pa bi sistem UI presegel raven človeškega delovanja, naj bodo merila ravnanja podobni sistemi UI. To pomeni, da bi se ravnanje v danih okoliščinah presojalo po višjem standardu, standardu sistemov UI, in da bi upravljevalec moral zadostiti skrbnosti, ki se od njega pričakuje pri izbiri pravega sistema.⁶⁸

Sisteme UI bi lahko primerjali tudi z mladoletniki. Uporabnik bi za ravnanje sistema UI odgovarjal podobno kot skrbniki odgovarjajo za mladoletnike. Vseeno pa obstaja med mladoletniki in sistemi UI zelo jasna razlika. Mladoletniki se postopoma razvijajo v odraslo osebo in s polnoletnostjo postanejo samostojni. Pri sistemih UI pa ni neke specifične točke, v kateri bi lahko tak sistem obravnavali kot »razvitega do konca«. Tako v pravnih redih, v katerih namesto splošne objektivne odgovornosti skrbnika za mladoletnika določajo omejitve odgovornosti staršev s postopnim razvojem otrok, take zakonodaje ne bi mogli uporabiti pri razmerju skrbnik – sistem UI.⁶⁹

Odgovornost za drugega bi lahko delovala kot dopolnilo objektivni in krivdni.⁷⁰ Nasprotniki takšnega pogleda na sisteme UI poudarjajo, da bodo prve generacije popolnoma avtonomnih sistemov UI delovale povsem avtonomno in ne bodo le orodja ljudi; delovali bodo neodvisno od njih. Zato se je treba oddaljiti od ideje vzpostavitve odnosa agent – principal.⁷¹

⁶⁶ Prav tam, str. 195.

⁶⁷ Prav tam, str. 195.

⁶⁸ Poročilo NTF (2019), str. 45.

⁶⁹ Janal, str. 196.

⁷⁰ Poročilo NTF (2019), str. 46.

⁷¹ Swanson, str. 1210.

4. Alternative za prihodnost

4.1. Podelitev pravne subjektivitete sistemom umetne inteligence

Mnogo polemik v stroki sproža vprašanje podelitve pravne subjektivitete sistemom UI.⁷² Dejstvo je, da se sistemi UI po veljavnih pravnih ureditvah še ne morejo šteti za odgovorne za svoja ravnanja.⁷³

Ideja za podelitev pravne subjektivitete temelji na ločitvi lastniške in upravljavske strukture pri pravnih osebah ter na omejevanju odgovornosti lastnikov deležev. Ker imajo pravne osebe svoje premoženje, bi podelitev pravne subjektivitete sistemom UI zahtevala, da so ti sistemi sposobni pridobivati dobiček.⁷⁴ Trenutno pa se še ne zdi ekonomsko učinkovito, da bi sisteme UI obdarili z lastnim premoženjem, še posebej, ker bi premoženje morale zadostiti potencialnim izgubam, kot je tudi odškodnina. Enak učinek bi se verjetno dalo doseči z obveznim zavarovanjem.⁷⁵

Če bi sistemom UI dodelili pravno subjektiviteto, jim teoretično ne bi bilo treba podeliti vseh pravic, ki jih imajo fizične ali pravne osebe. Možnost, kolikor se zdi moralno sporna, bi bila, da se na pravno subjektiviteto sistemov UI vežejo le obveznosti.⁷⁶ Nekateri strokovnjaki menijo, da bi sistemi UI morali imeti sposobnost pravic in obveznosti že le zato, da bi jim lahko škodo pripisali, medtem ko bi bil odškodninsko odgovoren še vedno človek.⁷⁷

4.2. Pristop drseče tehtnice

Za sisteme UI, ki so zaradi omejene transparentnosti delovanja obravnavani kot t. i. »črne škatle«, je avtor Yavar Bathaee predstavil poseben pristop k odškodninski odgovornosti – pristop drseče tehtnice.⁷⁸ Odškodninska odgovornost bi se tako razlikovala od sistema do sistema, in sicer s prilagajanjem testov krivde in vzročne zveze glede na to, kolikšna stopnja avtonomnosti se dopušča sistemu UI (koliko je nadzorovan) in kako transparenten je. Potrebna bi bila torej vzpostavitev enotnega sistema značilnosti specifičnih sistemov UI na podlagi stopnje avtonomnosti in transparentnosti.

⁷² Giuffrida, str. 444.

⁷³ Jakšič, str. 3.

⁷⁴ Poročilo NTF (2019), str. 38.; Janal, str. 176; Giuffrida, str. 444.

⁷⁵ Janal, str. 176.

⁷⁶ Poročilo NTF (2019), str. 38.

⁷⁷ Navas, str. 166.

⁷⁸ Bathaee ta pristop imenuje *the sliding scale approach*.

Ko bi škodo povzročili najbolj nadzorovani sistemi, ki so obenem transparentni, bi se krivda in vzročna zveza lahko presojali po tradicionalnih testih. Manj nadzorovani in povsem ne-transparentni sistemi pa bi sprožili široko polje različnih podlag odškodninske odgovornosti. Uporabnik ali proizvajalec bi tako ob uporabi drugega primera odgovarjal za vsa tveganja, ki izhajajo iz pomanjkanja transparentnosti sistema UI. Med tema dvema skrajnima možnostma bi bili mogoči še situacija, v kateri je sistem UI manj nadzorovan, ampak transparenten – avtor za tak primer predlaga standard malomarnega principala, in situacija, v kateri je sistem UI manj transparenten, ampak bolje nadzorovan. V zadnjem primeru bi uporabnik ali proizvajalec odgovarjal le za škodo, ki jo je bilo mogoče predvideti.⁷⁹

4.3. Uvedba »črne skrinjice«

Naslednja možnost izboljšave sistema odškodninske odgovornosti za škodo, ki jo povzroči sistem UI, je obveznost proizvajalca, da z vstavitvijo »črne skrinjice« v sistem UI vodi neke vrste zapisnik glede delovanja podobno kot na letalih in ladjah. Tako bi oškodovanec lažje dokazal, da je šlo za napako na proizvodu. Takšna ureditev bi morala upoštevati zakonodajo glede varstva osebnih podatkov. Če bi bil dostop do podatkov, ki jih vodi »črna skrinjica«, onemogočen, bi se vzpostavila izpodbojna domneva, da se je dokazovani pogoj izpolnil. Če bi v takem primeru moral škodo plačati uporabnik, bi imel regresni zahtevek proti proizvajalcu.⁸⁰

4.4. Odgovornost upravljavca iz ozadja

Bolj ko napreduje tehnologija, več različnih entitet bo odgovornih za proizvodnjo na eni strani in avtonomno delovanje na drugi. Kdo je proizvajalec (dela) proizvoda, ki ima napako, zaradi katere je nastala škoda, bo tako oškodovancu zelo težko ugotoviti oziroma dokazati. Problematičen je tudi časovni vidik, saj bo nemogoče dokazati, da je napaka obstajala že v trenutku, ko je bil proizvod dan v promet, sploh glede na to, da lahko sofisticirani sistemi UI ves čas sami spreminjajo svoje algoritme.⁸¹

Ena od rešitev bi tako bila, da se vzpostavi odgovornost t. i. upravljavca iz ozadja (angl. *backend operator*). To je tisti, ki je odgovoren za delovanje avtonomnega sistema s tem, da ga optimizira, se zaveže, da bo posredoval prave podatke, in uporabnikom posreduje potrebne nadgradnje sistema. V praksi je to lahko ista oseba kot uporabnik ali proizvajalec, lahko pa so

⁷⁹ Bathaee, str. 933–937.

⁸⁰ Poročilo NTF (2019), str. 47; Weingerl, str. 5.

⁸¹ Janal, str. 202.

to tri različne osebe.⁸² Z vzpostavitvijo odgovornosti upravljavca iz ozadja bi olajšali oškodovančev pravni položaj.

4.5. Povrnitvene sheme

Zadnja predstavljena možnost se (vsaj z vidika oškodovanca) zdi najbolj pravična. Za primere, ko ne bi bilo mogoče dokazati, kdo je povzročitelj škode, bi bilo mogoče ustanoviti sklad, ki bi bil namenjen kompenzaciji takšnih žrtev. Tak primer je škoda, ki jo povzroči neidentificirana ali nezavarovana tehnologija, ali pa povzročitelja škode ni mogoče identificirati.⁸³

Druga možnost je povrnitvena shema, ki bi bila namenjena vsem žrtvam nesreč sistemov UI in ki bi jo financirali uporabniki in proizvajalci sistemov UI z davki ali prispevki.⁸⁴ Povrnitvene sheme drugače kot večina preostalih opisanih rešitev odgovornost umikajo od posamičnih sistemov UI, ki so škodo povzročili, predvsem zato, da bi se izognili zaviranju napredka, ki bi ga utegnile povzročiti prepogoste odškodninske tožbe. Pri povrnitvenih shemah bi se tveganje ustrezno porazdelilo med imetnike, uporabnike ali proizvajalce sistemov UI.⁸⁵

5. Sklep

Za učinkovito spopadanje s škodo, ki jo povzroči sistem umetne inteligence, ki vse bolj postaja resničnost in del našega vsakdana, sedanji režimi nepogodbene odškodninske odgovornosti torej potrebujejo nekatere spremembe. Glede na število belih knjig in priporočil evropskih institucij bi lahko ugotovili, da se Evropska unija delno zaveda izziva, ki ga prinaša umetna inteligenca. Zanimivo bo opazovati, kako se bodo spremembe, kakršnekoli že bodo, kazale na dejanski ravni in ali bo pravo uspelo pravočasno slediti razvoju novih tehnologij, kakršna je tudi umetna inteligenca. Vsekakor se zdi, da je umetna inteligenca tu že nekaj časa in da je pri nadaljnjem reguliranju na vseh pravnih področjih z njo treba računati.

⁸² Prav tam, str. 203.

⁸³ Poročilo NTF (2019), str. 62.

⁸⁴ Janal, str. 205.

⁸⁵ Giuffrida, str. 448.

Pregledni znanstveni članek
UDK 340.13:004.8

Umetna inteligenca: *cogito, ergo sum?*

EVA STOJAN
*diplomirana pravnica (UN),
študentka magistrskega študijskega
programa pravo 2. stopnje na Pravni
fakulteti Univerze v Ljubljani*

1. Uvod

S hitrim napredkom umetne inteligence (UI) in zlasti njeno vse večjo avtonomijo se pojavlja tudi naraščajoča potreba po normiranju tega področja. Teorija se z vprašanjem primerne ureditve ukvarja že več let ter ponuja raznolike poglede in predloge. Strokovnjaki si niso enotni glede vprašanja, kateri je pravi trenutek za pravno obravnavo nastajajočih problemov. Nekateri trdijo, da je zaradi hitrosti razvoja skrajni čas za pripravo pravnega terena, zato da se izognemo nezaželenim posledicam, spet drugi pa, da so ideje o ustvarjanju novih konceptov preuranjene in nepotrebne. Posledično je prisotnih vedno več pozivov zagovornikov, naslovljenih na nacionalne in nadnacionalne pravotvorce, za ureditev temeljnih vprašanj, med drugim tudi odškodninske odgovornosti za sisteme UI. V letu 2017 se je na pozive s sporočilom prvič odzvala Evropska unija, ki je do danes izdala več usmeritev in priporočil tudi na civilnopravnem področju, ter s tem nakazala nujnost prepoznavne potencialnih težav in mogoče rešitve.

V teoriji se – poleg dilem glede pravnega normiranja navedenega področja – mnenja krešejo tudi glede primernosti podelitve subjektivitete sistemom UI, kar bi lahko imelo nekatere prednosti zlasti v odškodninskem pravu. Ta bi v mnogih pogledih lahko rešila dileme, povezane s trenutno ureditvijo, a ji mnogi nasprotujejo, sklicujoč se na zadovoljivost uporabe uveljavljenih konceptov civilnega prava.

2. Umetna inteligenca in pravo

UI je v pravu za zdaj še tujek brez jasnega mesta v celotnem sistemu. Vzrok je dejstvo, da se doba UI šele začinja. Pravna pravila so odziv na probleme realnosti in glede na izkušnje se

ta oblikujejo za tem, ko se pokaže splošna potreba po regulaciji, najpogosteje zaradi zlorab ali nesreč. To, kar se dogaja zdaj, je zametek neizogibne tehnološke revolucije. V tem duhu nekateri vodilni akterji s področja UI apelirajo na nacionalne in nadnacionalne normodajalce, da to področje zaradi preventivnih razlogov uredijo še pred njegovo dokončno in polnovredno uveljavitvijo.¹ Zadnji so glede tovrstnih pritiskov sorazmerno zadržani ravno zaradi tega, ker ni jasno, kaj točno lahko pričakujemo. Argument teorije je tudi, da ne moremo regulirati nečesa, kar trenutno še ni del našega vsakdana.²

2.1. Definicija

Uradne in splošno sprejete definicije »umetne inteligence« do danes še ni. Obstaja več poskusov opredelitve, katerih osrednja točka so sposobnosti takšnih sistemov. Enotna predstava je, da sisteme UI odlikujejo kognitivne sposobnosti, ki posnemajo tiste, lastne človeku, s poudarkom na učenju in reševanju problemov. Ena od prvih preglednejših opredelitev je iz leta 1995.³ Avtorja v njej ilustrativno povzameta najpogostejše pristope k definiranju in jih razdelita v štiri skupine: (1) sistemi, ki razmišljajo kot ljudje, (2) sistemi, ki ravnajo kot ljudje, (3) sistemi, ki razmišljajo racionalno, in (4) sistemi, ki ravnajo racionalno. Ena od mogočih delitev oblik UI je delitev na šibko (ang. *weak AI*) in krepko (tudi pravo, ang. *strong AI*) UI. Šibka UI je oblika, ki se običajno pojavlja v našem vsakdanu. Njeni predstavniki so razni pametni asistenti, kot sta Applova Siri in Amazonova Alexa, ter preprostejši računalniški programi. Tem programom je skupno, da z okolico komunicirajo na podlagi algoritmov, ki predvidijo ukaz in nanj predhodno pripravijo odziv. Na dražljaje iz okolja se odzivajo po s strani programerja predvideni shemi, ne pa po lastni presoji. Krepka UI je nasprotno sposobna generirati nepredvidljive odzive na podlagi lastne presoje po vzoru ljudi. Ta je trenutno še na konceptualni ravni in v svoji popolnosti ne obstaja, vendar strokovnjaki ocenjujejo, da bi v prihajajočih desetletjih lahko postala del realnosti.

Pristop Slovenije do definiranja UI je pojasnjen v Nacionalnem programu spodbujanja razvoja in uporabe umetne inteligence v Republiki Sloveniji do leta 2025 (Nacionalni program). V njem je zavzeto stališče, da je potrebna čim širša in splošnejša definicija, ki bo mednarodno poenotena in ki jo bo pozneje po potrebi mogoče prilagoditi. V skladu s tem stališčem sledi definiciji, ki jo je pripravila OECD, saj naj bi bila ta edina dovolj široka in tehnično dosledna ter tudi vse bolj mednarodno sprejeta.⁴ Definicija je naslednja: »Sistem UI je sistem, ki temelji na strojih (ang. *machine based*), ki lahko za dani niz ciljev, opredeljenih s strani človeka,

¹ Na primer Musk v Domonoske.

² Wagner, str. 62, tudi Domonoske.

³ Russell, Norvig, str. 4.

⁴ OECD, str. 7.

pripravi napovedi, priporočila ali odločitve, ki vplivajo na realno ali virtualno okolje. To stori z uporabo vložkov (vhodnih podatkov) naprav in/ali človeka za: i) zaznavanje in/ali analizo realnega in/ali virtualnega okolja; ii) ročno ali samodejno abstrahiranje teh zaznav/analize v modele; in iii) uporabo modelov za oblikovanje variant rezultatov. Sistemi UI so zasnovani tako, da delujejo z različnimi stopnjami avtonomije.«⁵ (Nacionalni program 2020: 13). Kot splošna definicija je ta primerna, vendar se za potrebe civilnega prava zdi ustrežnejša bolj področno specifična in preprostejša opredelitev. Le tako se lahko ustrezno upoštevajo potrebe konkretne panoge in njena vsebina približa naslovljencem pravnih norm. Za potrebe tega prispevka kot sistem UI štejem tistega, ki mu UI omogoča sprejemanje podatkov iz okolja, njihovo obravnavo ter bolj ali manj avtonomen odziv nanje.

2.2. Prednosti in slabosti

UI je pomembno sredstvo tehnološkega razvoja, ki prinaša velik ekonomski in socialni napredek ter izrazito pozitivno vpliva na družbo kot celoto.⁶ Pričakovane prednosti so predvsem: učinkovitejše reševanje problemov, manj napak in nesreč (pod predpostavko ustreznega programiranja), transparentnost ukazov, predvidljivost, prevzem dejanskega tveganja, ki ga sicer prevzamejo ljudje, in prihranek časa. Ob tem se pojavljajo tudi določene slabosti, kot so na primer: nepredvidljivost in manjša možnost nadzora ob višji stopnji avtonomije, možnost manipulacije, netransparentnost (učinek črne škatle⁷), visoki stroški vzpostavitve, izpodrivanje ljudi pri zaposlovanju ter pomanjkanje kreativnosti in morale. Očitno je, da se nekatere lastnosti pojavljajo hkrati kot slabosti in prednosti, prav tako pa je mogoče številne od naštetih slabosti, kot so možnost manipulacije, nepredvidljivost, netransparentnost in ne nazadnje tudi pomanjkanje morale, pripisati tudi ljudem.

2.3. Aktualna pravna podlaga

Strokovne skupine in organi EU so do zdaj izdali več nezavezujočih priporočil, mnenj, smernic in poročil, kot denimo Pravila civilnega prava o robotiki,⁸ Belo knjigo o umetni inte-

⁵ To je poenostavljena definicija. Shema celotne definicije je dostopna na: <oecd.ai/ai-principles> (5. 2. 2021).

⁶ Evropski parlament, Pravila civilnega prava o robotiki, 2017, str. 2, in Evropska komisija, Liability for Artificial Intelligence, str. 32.

⁷ T. i. učinek črne škatle povzroči, da je včasih delovanje naprave težko oziroma nemogoče razumeti, kar oteži položaj oškodovanca, ker dokazovanje predpostavk odgovornosti zahteva veliko tehničnega znanja in sodelovanje nasprotne stranke (povzročitelja škode). Glej Evropska komisija, Poročilo o vprašanjih varnosti in odgovornosti, ki jih sprožajo umetna inteligenca, internet stvari in robotika, 2020, str. 9.

⁸ Resolucija Evropskega parlamenta z dne 16. februarja 2017 s priporočili Komisiji o pravilih civilnega prava o robotiki (2015/2103(INL)).

ligenci⁹ ter študijo Umetna inteligenca in civilna odgovornost.¹⁰ Na ravni EU obstaja tudi Deklaracija o sodelovanju na področju UI,¹¹ katere podpisnica je poleg 25 drugih držav tudi Slovenija. Na nacionalnih ravneh posamezne države izdajajo splošne strategije in načrte na tem področju. Slovenija se je priprave nacionalne strategije lotila v letu 2020.¹²

Konkretna vprašanja odškodninske odgovornosti države članice trenutno rešujejo z že ustaljenimi pravnimi mehanizmi, a z nastajajočimi tehnologijami in tveganji, ki jih te prinašajo, nastajajo pravne praznine. Težave je mogoče zaznati pri ugotavljanju pripisljivosti posledic ravnanja, pri katerem je udeležen sistem UI, kar povečuje stroške postopka in s tem oškodovancem dejansko otežuje dostop do sodnega varstva. Strokovna skupina Evropske komisije poudarja, da ni dopustno, da je oškodovanec na slabšem samo zato, ker škoda izhaja iz ravnanja sistema UI, in ne človeka.¹³

2.4. Potreba po regulaciji

Ob upoštevanju prednosti in slabosti UI se postavlja vprašanje smiselnosti njene vključitve v naš vsakdan in posledične prilagoditve oziroma reforme pravnih okvirov. Mnenje, da lahko UI na številnih področjih prinese znaten napredek in jo moramo zato pozdraviti z odprtimi rokami, je večinsko sprejeto. Eden osrednjih ciljev EU za prihodnje desetletje je digitalizacija in uporaba UI je njeno temeljno gibalno. Tudi Slovenija UI prepozna kot tehnologijo, ki je med ključnimi dejavniki gospodarske rasti in razvoja.¹⁴ Pravo mora poiskati ravnovesje med spodbujanjem inovacij in zagotovitvijo ustrezne zaščite ter tudi nadzorom nad UI in uživanjem njenih ekonomskih prednosti. Izčrpna regulacija tega področja je zato nujna zaradi več razlogov. Primarno zaradi potrebe po zaščiti uporabnikov v sklopu odškodninske odgovornosti (glej poglavje 3.3). Jasna pravila o odškodninski odgovornosti pa ne sledijo le interesu oškodovancev, temveč tudi potencialnih odgovornih za nastalo škodo, saj ustvarjajo temu primerno večjo ali manjšo motivacijo za defenzivno ravnanje. Regulacija ustvarja spodbude za inovatorje in investitorje, za nove poslovne modele in vnaša predvidljivost ter preglednost. S

⁹ Evropska komisija, Bela knjiga o umetni inteligenci – evropski pristop k odličnosti in zaupanju, 2020.

¹⁰ Evropski parlament, Artificial Intelligence and Civil Liability, 2020.

¹¹ Declaration on cooperation on Artificial Intelligence, 2018.

¹² Nacionalni program spodbujanja razvoja in uporabe umetne inteligence v Republiki Sloveniji do leta 2025 (NpUI) je osnutek, ki ga je pripravilo Ministrstvo za javno upravo in je bil po navedbah portala GOV.SI (na dan 27. 2. 2021) v drugi polovici januarja 2021 poslan v potrditev Vladi RS.

¹³ Na primer: oseba pri operaciji, ki jo je izvedel kirurški robot, utрпи škodo. Če bi isto škodo povzročil kirurg, bi zanjo odgovarjala bolnišnica oziroma on sam. Ker pa kirurškega robota ne moremo obravnavati po enakih temeljih odškodninske odgovornosti, je nejasno, proti komu lahko oškodovanec naperi odškodninski zahtevek, kar bistveno okrne njegove možnosti za sodno varstvo. Glej Evropska komisija, Liability for Artificial Intelligence, str. 35.

¹⁴ Glej Nacionalni program, str. 18.

pravno ureditvijo se zagotavlja tudi grajenje zaupanja uporabnikov, ki ga je nujno treba doseči za učinkovito implementacijo UI v naša življenja. Eden pomembnih razlogov za intervencijo je tudi konkuriranje preostalim akterjem na tem področju, kot sta Kitajska in Združene države Amerike.

Nedvomno je za ureditev te materije najprimernejša evropska raven, saj nacionalna ne ponuja ustreznih rešitev glede čezmejnega (oziroma praktično brezmejnega) elementa te tehnologije. Pomembno je, da države članice ustvarijo pogoje za poenotenje s sprejemanjem splošnih okvirov in načrtov. Najvišjo stopnjo harmonizacije bi zagotovile uredbe EU, ki bi omogočile maksimalno varstvo potrošnikov in preprečevale zlorabe trga.¹⁵ Nujna je tehnološko specifična ureditev, ki upošteva vse posebnosti posameznega sistema UI, in ne univerzalna ureditev. Kot alternativa podrobni zakonski regulaciji se v teoriji predlaga tudi ureditev s tehnološkimi standardi, ki bi učinkoviteje in podrobneje obravnavali specifične posamezne UI.¹⁶ Odlikujeta jih večja prožnost in udeležba strokovnjakov v postopku njihovega sprejemanja. Menim, da bi se lahko tehnološki standardi uporabili kot dopolnitev pravnega sistema v delih, v katerih se ta kaže kot preveč tog. Na tem področju so namreč pogosto potrebne hitre prilagoditve in spremembe, ki dohajajo nenaden tehnološki napredek, pri čemer so se tehnološki standardi praviloma sposobni prilagajati občutno hitreje kot pravne norme.

Kot je bilo omenjeno, se v teoriji pojavljajo številni pomisleki glede pre nagljenosti podrobne ureditve z argumentom, da za naslednjih 10 do 15 let zadošča prilagoditev že veljavnih pravil¹⁷ in da ni razloga za njeno pravno urejanje, dokler UI ne začne prihajati na trg v večjem obsegu.¹⁸ To glede na trenutno stopnjo razvoja UI drži, vendar hkrati ni popolnoma nesmiselno razmišljati v smeri priprave za čas, ko bo vseprisotna tudi krepka UI. Postopek oblikovanja pravnih pravil je dolgotrajen, zato se – upoštevajoč predvidene časovne okvire napredka – zdi že zdaj ustrezen trenutek za prvi korak v tej smeri. Položaj pravotvorcev je nedvomno nezavidljiv, saj je ta hip težko predvideti, kolikšen obseg regulacije bo omogočal pravo mero razvoja in hkrati zaupanja uporabnikov.

¹⁵ Evropski parlament, *Artificial intelligence and Civil Liability*, 2020, str. 67.

¹⁶ Zech, str. 195.

¹⁷ Lohmann, str. 171.

¹⁸ Wagner, str. 62.

3. Vloga umetne inteligence v civilnopravnih razmerjih

Sistemi UI v omejenem obsegu že danes vstopajo v pogodbeno razmerja v imenu pravnih subjektov¹⁹ in nastopajo kot povzročitelji škode.²⁰ Ravno iz teh za zdaj še redkih, a vedno pogostejših primerov izhaja potreba po odpravi negotovosti pravnega položaja udeležencev. Odgovore na določena vprašanja lahko najdemo že v sedanjih normativnih okvirih, a na nekaterih mestih ti ne dohajajo vedno novih dilem, ki jih odpira uporaba UI.

3.1. Umetnointeligentni sistem kot udeleženec v pogodbenih razmerjih

Prednost UI glede na pogodbeno pravo je, da omogoča njenemu uporabniku sklenitev pogodbe pod optimalnimi pogoji (na primer ob točno določenem času, ko je cena najnižja). V literaturi se v pogodbenih razmerjih sistemi UI pogosto označujejo z izrazom »*software agent*«. Ta izraz je nekoliko zavajajoč, saj bi lahko bil tolmačen kot agent v smislu agencijske pogodbe (807. člen Obligacijskega zakonika (OZ)).²¹ Da bi to držalo, bi moral imeti sistem UI položaj pravnega subjekta, ki je lahko nosilec pravic in obveznosti. Za uspešno agencijo oziroma zastopanje se predpostavlja sposobnost veljavne izjave volje. Zastopanje v kakršnikoli obliki povezujemo s svobodno voljo, samozavedanjem in razumom, ki jih sistem UI, ki nekritično sledi navodilom svojega uporabnika, nima. Videti je, da se za veljavnost zastopanja ni mogoče izogniti podelitvi subjektivitete, in še to ne katerekoli, temveč takšne, ki bi se približala naravni. Z drugačnim pristopom do dojetanja agencije oziroma zastopanja bi bilo mogoče obiti potrebo po priznanju naravne subjektivitete. Če bi se fokus z izjave volje preusmeril na sposobnost nadzora nad lastnim ravnanjem, bi lahko kot agent oziroma zastopnik nastopal tudi dovolj napreden sistem UI.²² Ta sicer res dobiva navodila od njegovega uporabnika, a točen postopek doseganja cilja ni določen, zato bi lahko rekli, da ravna namensko in na podlagi lastne presoje. Tako bi bila avtonomna ravnanja obravnavana kot prestop mej pooblastila in pogodba ne bi vezala zastopanega, prav tako bi bilo mogoče sanirati zmote.²³

¹⁹ Primer: Myibidder – programska oprema za eBay, ki namesto ljudi sodeluje na dražbah in s tem poveča možnosti uspešnega nakupa. Več na: <www.myibidder.com/> (16. 2. 2021).

²⁰ Primer: Nesreča, ki se je zgodila leta 2018 v Arizoni, ki velja za prvo prometno nesrečo z uporabo »avtopilota« s smrtnim izidom. Vozilo taksi službe Uber je avtonomno peljalo po cesti, pri čemer je bil prisoten tudi rezervni voznik, ki avtomobila ni upravljal. V trenutku njegove nepozornosti je vozilo do smrti povozilo peško. Leta 2020 je bil za kazensko odgovornega na podlagi malomarnosti spoznan rezervni voznik. Glej: Uber's self-driving operator charged over fatal crash, 2020.

²¹ Uradni list RS, št. 97/07 – uradno prečiščeno besedilo, 64/16 – odl. US in 20/18 – OROZ631.

²² Matthias, str. 45.

²³ Schirmer, str. 7.

Trenutno se v pogodbenih razmerjih sistem UI obravnava le kot orodje v rokah človeka, kot komunikacijski kanal in ne kot agent oziroma zastopnik v pravem smislu besede. Tako se ravnanje sistema vedno pripiše njegovemu uporabniku.²⁴ To bo v prihodnosti z naraščajočo stopnjo avtonomije vse težje utemeljiti, zato bi bila podelitev subjektivitete (glej poglavje 4) in s tem morebitna obravnava sistema UI kot agenta ali zastopnika v smislu OZ lahko ustrezna rešitev.

Podrobnejša analiza vprašanja položaja UI v pogodbenih razmerjih bi preseгла okvire tega prispevka. Menim pa, da odločilne potrebe po ureditvi tega konkretnega področja še ni, saj je odločitev za vstop v pogodbeno razmerje v sferi posameznika. Od področja odškodninskega prava se razlikuje v tem, da tam nastajajo škodne posledice, ki jih posamezniki niso želeli in predvideli, zato je regulacija na odškodninskem področju nujnejša.

3.2. Avtonomija

Dejstvo, da je UI delno avtonomna, je najpogosteje podlaga za pomisleke o pravnem statusu sistemov s to lastnostjo. Avtonomnost lahko opredelimo kot sposobnost pridobivanja informacij iz bolj ali manj kontroliranega okolja in njihovo uporabo kot podlago za nadaljnje odločitve glede ravnanja.²⁵ Za ohranjanje »intelligence« je treba sistem redno nadgrajevati in omogočati njegovo nenehno učenje. Več ko se lahko nauči, manj kontrole ima njegov proizvajalec, kar pomembno vpliva tudi na odškodninsko odgovornost. Popolnoma avtonomen sistem lahko svoje delovanje prilagodi brez posega človeka, kar lahko povzroči nejasnosti glede odgovornosti, ko na podlagi teh odločitev nastane škoda, saj na težavo naletimo pri vzpostavitvi vzročne zveze. Stopnja avtonomnosti sistemov, ki jih poznamo danes, je različna in tudi vpliv, ki ga ima avtonomna odločitev na končno posledico, je odvisna od konkretne situacije. Kot je že bilo omenjeno, krepka UI trenutno še ne obstaja, zato na delovanje sistema vedno delno vpliva človek. Ali si naj sploh prizadevamo za ustvarjenje sistema, inteligentnejšega od ljudi, ki bi lahko sledil lastnim ciljem, je vprašljivo.

3.3. Umetna inteligenca kot povzročitelj škode

Čeprav je ena glavnih prednosti UI ravno preprečevanje oziroma zmanjševanje morebitnega nastanka škode, se predvsem v njeni razvojni fazi, ki smo ji trenutno priča, pogosto zgodi, da nastanejo napake pri delovanju ali uporabi sistema, ki povzročijo škodo. Za vzpostavitev

²⁴ S tem je mišljen tisti, ki upravlja sistem UI, torej na primer voznik pametnega avtomobila, upravljavec drona. Za potrebe tega prispevka bo uporabljen izraz »uporabnik«, saj pojem »upravljavec« smiselno predpostavlja odsotnost popolne avtonomije.

²⁵ Comandé, str. 168.

odškodninske odgovornosti je treba identificirati vzrok škode. Napako je po izkušnjah največkrat mogoče pripisati proizvajalcu in na tej podlagi vzpostaviti objektivno odgovornost proizvajalca (oziroma uvoznika). Škoda je lahko tudi posledica neprimerne uporabe, kar je lahko podlaga za krivdno odgovornost uporabnika. Prav tako lahko škoda nastane kot posledica objektivno nepredvidljivega avtonomnega ravnanja sistema samega in v tem primeru ni pravično, da odgovornost prenesemo na proizvajalca ali uporabnika oziroma na oškodovanca. Odgovor, na koga naj se oškodovanci obrnejo z zahtevkom za povrnitev škode, je treba iskati ob upoštevanju vsega povedanega. Nekatere situacije se lahko rešijo z že znanimi mehanizmi, kot sta že omenjena odgovornost proizvajalca in odgovornost za produkt z napako, prav tako bi po analogiji z nevarnimi predmeti lahko utemeljili tudi uporabo pravil o objektivni odgovornosti uporabnika. Kaj pa odgovornost sistema UI samega?

Pripis odškodninske odgovornosti smiselno predpostavlja obstoj subjekta. Ta tematika je podrobneje obravnavana v nadaljevanju (glej poglavje 4). Za potrebe razprave predpostavljam, da je sistemom UI priznana neke vrste subjektiviteta, ki omogoča njihovo neposredno odškodninsko odgovornost.

V tem prispevku je pri argumentaciji odgovornosti sistema UI smiselno izhajati iz nepogodbene temelja odgovornosti, v sklopu tega pa obravnavati krivdno in objektivno odgovornost. Subjektu lahko pripišemo odgovornost na podlagi krivde, če so izpolnjene vse štiri predpostavke: protipravnost ravnanja, vzročna zveza, škoda in krivda. Predpostavki protipravnosti in škode se ne razlikujeta od situacij, ko je povzročitelj človek. Obstoj vzročne zveze bi bilo v primeru odgovornosti sistema UI predvidoma še lažje dokazati zaradi večje transparentnosti delovanja. V Sloveniji glede krivde velja obrnjeno dokazno breme. Kot problematična se kaže predvsem določitev ustreznega standarda skrbnosti. UI namreč ne moremo postavljati istih meril kot ljudem. Ne nazadnje malomaren sistem UI ne obstaja, temveč je to le sistem z napako.²⁶ Objektivna odgovornost se tako zdi ugodnejša, saj je njena odlika to, da ni treba oblikovati standardov ravnanja. Izpolniti je treba pogoje nevarne dejavnosti oziroma stvari, vzročne zveze in škode. Nekatere dejavnosti, ki jih opravlja UI, lahko opredelimo kot nevarne. Pri tem je bistveno, da dejavnosti ne označimo za nevarno le na podlagi subjekta, ki jo opravlja, temveč mora biti na splošno bolj tvegana. Iz dejavnosti same mora izhajati povečana nevarnost, mora se pričakovati velika škoda in da škode ni mogoče s skrbnim ravnanjem preprečiti. Po teh kriterijih lahko ugotovimo, da je dejavnost sistema UI nevarna, kadar govorimo na primer o avtonomnih vozilih, dronih ali robotih v zdravstvu. Ugotovitev, da je objektivna odgovornost v tem primeru vezana na nevarno stvar, ni mogoča, saj ni ustrezno trditi, da sistem UI uporablja sam sebe. Škoda tudi tu ni sporna, vzročnost pa še manj, saj 149. člen OZ vsebuje domnevo vzročnosti.

²⁶ Borghetti, str. 65.

Uvedba odškodninske odgovornosti sistema UI samega bi bila smiselna predvsem zaradi primerov, ko zaradi njegove avtonomije proizvajalcu ali uporabniku ni mogoče pripisati škodne posledice. Pri avtonomnem sistemu so določena nepredvidljiva ravnanja *per se* neizogibna. Ob vsem napisanem je ureditev odškodninske odgovornosti v zvezi z UI vprašanje kompleksne analize, pri čemer je treba upoštevati učinkovitost in usmerjenost v iskanje spodbud za vse udeležene akterje, ki hkrati omogoča tudi tehnološki napredek in ustrezno pot do restitucije oziroma kompenzacije za žrtve.²⁷

Namesto vzpostavitve sistema odškodninske odgovornosti se kompenzacija lahko doseže tudi z obveznim zavarovanjem ali vzpostavitvijo povrnitvenega sklada.

3.4. Obvezno zavarovanje

Zavarovanje v odškodninskem pravu ustvarja enake učinke kot objektivna odgovornost. Z njim je obravnavano tveganje plačilne nesposobnosti odgovornega za škodo in prealitivne stroškov na oškodovanca. Obvezno zavarovanje v našem pravnem sistemu srečamo pri motornih vozilih in tudi pri nekaterih dejavnostih, pri katerih obstaja večja verjetnost nastanka obsežnejše škode, kot na primer v notarskem poklicu, odvetništvu in revizijski dejavnosti.

Obvezno zavarovanje se zdi sorazmerno preprosta rešitev tudi za UI. Ideja izhaja iz same narave sistema UI, ki pomeni večje tveganje za nastanek obsežnejše škode, zato se preventivno v ta namen zagotovijo sredstva za poplačilo. Prednosti sta, da so sredstva torej že vnaprej zbrana in da lahko oškodovanec svoj zahtevek naslovi neposredno na zavarovalnico ter mu ni treba iskati konkretno odgovornega ter se ukvarjati z dokazovanjem vseh predpostavk. Breme je tako preloženo na zavarovalnico, ki ima kot strokovnjak boljše izhodišče.

Izhodiščno vprašanje v zvezi s tem je, kdo naj bo zavezanec za plačilo zavarovanja. Po načelu največje koristi bi zavarovanje morali plačati uporabniki sistema, po načelu obvladovanja tveganja pa njegovi proizvajalci. Po analogiji z motornimi vozili se zdi obveznost za uporabnika ustrežnejša. Drug pomemben vidik tega sistema je višina premije. Zaradi pomanjkanja izkušenj bi bilo (vsaj na začetku) sorazmerno težko ugotoviti primeren znesek, kar bi bilo mogoče sanirati podobno kot pri motornih vozilih. Zakon o obveznih zavarovanjih v prometu (ZO-ZP) v 20. členu predvideva omejitev jamstva zavarovalnice do višine zavarovalne vsote.²⁸ S tem se sledi interesom zavarovancev, zavarovalnice in tudi žrtev, kar je najoptimalnejša rešitev.

Nujno je poudariti, da je obvezno zavarovanje smiselno le, kadar obstaja dovolj velika verjetnost plačilne nesposobnosti odgovornega in tega, da bodo stroški povrnitve nastale škode

²⁷ Evropski parlament, AI and Civil Liability, 2020, str. 37.

²⁸ Uradni list RS, št. 93/07 – uradno prečiščeno besedilo, 40/12 – ZUJF, 33/16 – PZ-F in 41/17 – PZ-G.

nadpovprečno visoki.²⁹ Če kot odgovornega obravnavamo uporabnika ali proizvajalca, na prvi pogled kriterij predvidene plačilne nesposobnosti ni izpolnjen, saj so ti pretežno profesionalni gospodarski subjekti. A z naraščajočo dostopnostjo UI je pričakovati, da bodo – vsaj v vlogo uporabnikov – stopili tudi posamezniki, ki morda ne bodo plačilno sposobni, in v tem primeru bi se obvezno zavarovanje izkazalo kot koristno. Mnogi avtorji obvezno zavarovanje vidijo kot trenutno najboljšo izbiro za odgovornost, povezano z UI.³⁰ EU se temu stališču pridružuje, vendar z omejitvijo na specifične sektorje, kot so prevozna sredstva, dejavnosti z visokim tveganjem poškodb oseb ali škodovanja okolju, nevarne dejavnosti in določeni strokovni sektorji.³¹

Če bi bil odškodninsko odgovoren sistem UI sam, bi obvezno zavarovanje pomenilo učinkovito rešitev za zagotovitev sredstev za plačilo odškodnine (več o tem v točki 4.4).

3.5. Povrnitveni sklad

Za potrebe povrnitve škode, ki jo povzroči UI, bi lahko ustvarili poseben sklad. V njem bi bila sredstva, vezana na sistem UI, ki bi se v primeru nastanka škode porabila za poplačilo oškodovanca. Za tem je ideja, da subjekti proporcionalno z ekonomsko udeležbo prevzamejo tudi tveganje. Zasnovan bi bil kot subsidiarna možnost, ko so oškodovanci sicer upravičeni do povrnitve po pravilih odškodninske odgovornosti, a iz kakršnihkoli razlogov ostanejo brez poplačila.³² Evropski parlament v svoji resoluciji predlaga celo omejitev odgovornosti za osebe, ki prispevajo v ta sklad.

Podobne posledice bi povzročila vzpostavitev odgovornosti države po drugih povrnitvenih shemah.³³ Tak tip odgovornosti temelji na posebnem predpisu in ne predpostavlja protipravnega ravnanja, le nastanek škodne posledice. Tako je na primer urejena odškodnina žrtvam nasilnih kaznivih dejanj. Vendar velja opomniti, da je tak način socializacije tveganja dopusten le v izrazito upravičenih primerih, ko je nepravilno, da bi škodo nosil oškodovanec sam.

Prednosti sistema povrnitvenega sklada so večja fleksibilnost in izčrpnost v primerjavi z nepogodbeno odškodninsko odgovornostjo, možnost prispevanja več subjektov, ki jim je to v interesu (na primer uporabnik, proizvajalec, država, lastnik ...), in to, da ni treba dokazovati obstoja predpostavk odškodninske odgovornosti (zaobidemo težave v zvezi z dokazovanjem vzročne zveze, standardom skrbnosti). Sredstva, ki se v sistemu odškodninske odgovornosti

²⁹ Evropska komisija, *Liability for Artificial Intelligence*, 2019, str. 62.

³⁰ Wagner, str. 58.

³¹ Evropska komisija, *Liability for Artificial Intelligence*, 2019, str. 61.

³² Evropski parlament, *Pravila civilnega prava o robotiki*, 2017, str. 12.

³³ Več: Možina, D. *Odškodninska odgovornost države. V: Pravni letopis*, 2013, str. 158–164.

porabijo za namene sodnih postopkov, bi se v tem primeru učinkoviteje porabila za dejansko povrnitev škode.³⁴

Pomislek glede uvedbe sklada na zasebni ali državni ravni je povezan s prenosom stroškov na skupnost. Vprašanje je, ali je družba pripravljena sprejeti to tveganje ter, pomembneje, ali se vseh tveganj sploh zaveda. Prav tako je pričakovati visoke administrativne stroške zbiranja sredstev od več zavezancev, ki ne nazadnje morda niti ne bi bili nižji od stroškov ugotavljanja odškodninske odgovornosti. Argument v korist tega sistema je predvsem težnja EU po tehnološkem napredku, ki bo koristil celotni družbi. Glede na to ni pravično, da bi stroške prehoda na nov sistem nosili na primer le proizvajalci UI, temveč naj jih nosi družba, ki ima od tega korist.

4. Umetnointeligentni sistem kot objekt ali subjekt prava

Pravni red je človeška stvaritev, namenjena ljudem, in njegova odlika je, da lahko pravice in njihovo vsebino prilagaja lastnim potrebam. Zato ni sporno, ali je sposoben podeliti status subjekta nekemu novemu udeležencu, temveč le to, katere so prednosti podelitve in kakšna naj bo njena vsebina.

»Oseba v pravnem smislu predstavlja to, kar pravo določa, da predstavlja.«³⁵ Subjektiviteta je po slovenskem civilnem pravu sestavljena iz pravne in poslovne sposobnosti. Za pripis subjektivitete zadošča že priznanje pravne sposobnosti. Z drugimi besedami, kdor je sposoben biti nosilec pravic in obveznosti, je v očeh prava subjekt.³⁶ Poslovna sposobnost pomeni, da lahko posameznik samostojno nastopa v pravnih razmerjih, torej veljavno izjavlja voljo. Pravna sposobnost se pridobi z rojstvom, polna poslovna sposobnost pa s polnoletnostjo. Subjekti po slovenskem pravu so fizične in pravne osebe. Iz tega je torej očitno, da pravo subjektiviteto podeli na podlagi posebnih lastnosti subjekta ali na podlagi potreb prakse, kadar je to splošno koristno. Nasproti subjekta stoji objekt. Objekt civilnopravnega razmerja je tisti element pravnega razmerja, zaradi katerega pravni subjekti vstopajo vanj.³⁷ Objekti po slovenskem civilnem pravu so stvari, premoženje, izpolnitvena ravnanja in osebne nepremoženjske dobrine. Objekt torej nasprotno od subjekta nima svoje volje in namenov.

Obravnava sistema UI kot subjekta se zdi na prvi pogled utopična in nepremišljena. Hkrati pa se ga ne zdi ustrezno označiti le za objekt prava oziroma natančneje stvar, saj ga od stvari raz-

³⁴ Borges, str. 160.

³⁵ Dewey, str. 65. Izvirnik: »[...] *person* signifies what law makes it signify.« Prevod: Eva Stojan.

³⁶ Juhart in dr., str. 71.

³⁷ Prav tam, str. 127.

likuje sposobnost ravnanja in ustvarjanja pravnih posledic, delno neodvisno od človeka. Zato se je v teoriji razvila ideja o priznanju pravne subjektivitete UI. Že tu je nujno poudariti, da tega vprašanja ni mogoče obravnavati na splošno, saj so si sistemi UI in področja, na katerih se pojavljajo, med seboj preveč različni. Ta prispevek tematiko obravnava izhodiščno in splošno, zato bo pristop izjemoma poenostavljen.³⁸

4.1. Prednosti in slabosti podelitve subjektivitete

Podelitev neke vrste pravne subjektivitete sistemom UI bi bilo smiselno iz dveh razlogov: (1) za zapolnjevanje pravnih praznin v primeru nemožnosti vzpostavitve odgovornosti po klasičnih konceptih, (2) da bi oškodovancem olajšali položaj, ko ne bi vedeli, na koga se obrniti z odškodninsko tožbo. Poenostavitev sistema odgovornosti je nujna za zaščito in ustrezno varstvo oškodovancev.³⁹ To bi bilo lahko doseženo s podelitvijo subjektivitete, kar bi v odškodninskem pravu povzročilo olajšanje položaja žrtve, saj bi lahko povrnitev zahtevala od točno določenega subjekta, ne da bi bilo treba ugotavljati, na kateri ravni (proizvodni ali uporabni ravni, ravni aparata ali programa) je nastal vzrok za škodo in po kakšnem temelju odgovornosti naj zahteva povrnitev. To bi pomenilo velik korak v smeri predvidljivosti in znižanja stroškov za oškodovanca. Tako bi se izognili težavam, povezanim z avtonomnim ravnanjem sistemov UI (glej poglavje 3.3).

Po drugi strani se pojavljajo nekateri pomisleki, ki nasprotujejo ideji podelitve subjektivitete: (1) sistemi UI nimajo lastnih sredstev za plačilo odškodnine, (2) ščitijo se osebe, ki delujejo za njimi (najpogosteje proizvajalci in uporabniki). V literaturi je največkrat tarča kritike prav lastnost, da sistemi UI ne morejo pridobivati sredstev brez sodelovanja ljudi. Če temu pogoju ni zadoščeno, se subjektiviteta izkaže le za formalnost, saj se oškodovanci kljub morebitnemu zahtevku proti sistemu nimajo od kod poplačati. Da bi mu priznali sposobnost biti lastnik sredstev, bi to zahtevalo reformo številnih temeljnih konceptov trenutne pravne ureditve.⁴⁰ Se pa to pomanjkljivost lahko odpravi na primer z že poznanim institutom obveznega zavarovanja (glej poglavje 3.4).

Po mnenju kritikov preusmeritev fokusa odgovornosti s proizvajalcev in uporabnikov sistemov UI na njih same vodi v eksternalizacijo tveganj, kar povzroči ščitenje oseb za sistemom in pomanjkanje spodbud za njihovo skrbno ravnanje. Ta pomislek ima za seboj odvrnitveno funkcijo odškodninske odgovornosti. Sama menim, da ta očitek ni utemeljen. Vsa pravila

³⁸ Teorija poudarja, da je v zvezi s tem vprašanjem treba upoštevati različne značilnosti posamezne oblike čim bolj individualizirano glede na tržne strukture, usmeritve in prerazporeditev tveganj. Glej na primer Evropski parlament, *Artificial Intelligence and Civil Liability*, 2020, str. 38.

³⁹ Evropski parlament, *Artificial Intelligence and Civil Liability*, 2020, str. 44.

⁴⁰ Evropska komisija, *Liability for Artificial Intelligence*, 2019, str. 38.

delno omogočajo zlorabo in izigravanje, kar je *ex ante* obravnavano z načeli dobre vere in poštenja, dobrih poslovnih običajev ter razumnosti, *ex post* pa prek presoje sodišč. Prav tako preusmeritev odgovornosti na nov subjekt ne pomeni, da so osebe za njim popolnoma razbremenjene kakršnekoli odgovornosti.⁴¹ Človek bo namreč v vsakem primeru odgovoren za stvaritev in/ali programiranje sistema z določenimi značilnostmi oziroma sposobnostmi, za neprimerno uporabo sistema in za manipuliranje z njim. S podelitvijo subjektivitete se obravnavajo le situacije, ko škodljive posledice ne bi bilo pravično pripisati nobenemu drugemu subjektu.

4.2. Izenačenje z naravnimi osebami

Če se lotimo primerjave in iskanja vzporednic med ljudmi in sistemi UI, lahko ugotovimo, da smo si pravzaprav v marsičem podobni. Tudi sistemom UI lahko pripišemo sposobnosti, kot so logično razmišljanje, učenje, racionalnost itd. To je lahko zanimivo z dogmatičnega vidika, vendar z vidika utemeljevanja zahteve po podelitvi subjektivitete ni relevantno. Polemiziranje esence človeških bitij ni naloga prava niti namen tega prispevka, saj je nesporno, da pravo ljudi obravnava kot subjekte že na podlagi dejstva, da pripadamo vrsti *Homo sapiens*, ne glede na naše lastnosti. Navsezadnje obstajajo tudi primeri, ko ljudje sicer nimajo vseh lastnosti, ki bi jim jih običajno pripisali, a so v očeh prava še vseeno subjekti, le njihova poslovna sposobnost je omejena.⁴² Z obratnim sklepanjem bi lahko ugotovili, da bi tudi sisteme UI kljub pomanjkanju določenih lastnosti lahko obravnavali kot subjekte, a je glede na pravkar povedano to brezpredmetno. Čeprav bi z različnimi argumenti morda ugotovili, da sistemu UI lahko pripišemo pravno in poslovno sposobnost, s tem ne postane samodejno subjekt, ampak bi mu moralo tak status izrecno podeliti pravo. Vendar je podobnost lahko podlaga za razmislek tvorcev prava v smeri izenačenja statusa UI s statusom človeka. Pri tem opominjam, da podelitev subjektivitete ni dolžnost, ampak pravica prava.

Primer, ko je pravo naredilo korak od obravnave kot objekta k obrnavi kot subjekta, je ureditev statusa živali. Pravni položaj živali pri nas ureja Stvarnopravni zakonik (SPZ) v 15. a členu, ki določa, da te niso stvari, vendar se za njih v pretežnem obsegu uporabljajo pravila, ki veljajo za stvari.⁴³ Čeprav si živali in ljudje delimo določene lastnosti, pravo prvim polnega statusa subjekta ne priznava. Kljub temu pa to kaže, da imajo živali neke vrste vmesen status, med objektom in subjektom, kar bi morda lahko upoštevali tudi za primer UI.

⁴¹ Evropski parlament, *Artificial Intelligence and Civil Liability*, 2020, str. 37.

⁴² Na primer zarodki in duševno bolni ljudje.

⁴³ Uradni list RS, št. 87/02, 91/13 in 23/20.

Prepričljivih argumentov za priznanje subjektivitete, podobne naravni osebnosti, sistemom UI zaradi njihovih posebnih lastnosti ni. Kritiki zagovarjajo pristop do njih kot orodij v rokah človeka in se ob tem sklicujejo predvsem na pomanjkanje volje, subjektivno pogojenega ravnanja in na dejstvo, da ne nazadnje za njimi v vsakem primeru stoji človek, če ne drugega, da jih ustvari. Podelitev pravic in nalaganje dolžnosti se kažeta kot neprimerna tudi zaradi nedovzetnosti za grožnjo s sankcijami.⁴⁴ UI nima samoohranitvenega nagona in strahu pred kaznijo. Nazadnje bi kaznovanje ali uničenje sistema kot sankcija prizadelo osebe za njim, kar je v nasprotju s smislom priznanja subjektivitete. Glede na to, da kreпка UI, ki bi sistemu dajala sposobnost ravnati v skladu z naloženimi dolžnostmi, še ne obstaja, je pripis odgovornosti za zdaj še toliko neprimernejši. Hkrati je dejstvo, da je ta status med živimi bitji podeljen samo ljudem, tako elementarno zasidrano v pravni sistem, da bi se moral zgoditi velik miselni premik, da bi v kategorijo človeških subjektov enakovredno sprejeli tudi programske sisteme.

4.3. Izenačenje s pravnimi osebami

Pravne osebe, kot so korporacije, verska združenja, državne entitete itd., so skladno s pravom subjekti. Njihov položaj ni popolnoma izenačen s položajem ljudi, kar je smiselno utemeljeno z razlikami v njihovi dejanski sposobnosti izvajanja pravic. Pravne osebe pridobijo pravno sposobnost z vpisom v register, poslovno sposobnost pa zanje izvajajo zastopniki. Pravni red subjektivitete pravnim osebam kot enotnim skupnostim ljudi torej ne priznava zaradi njihovih človeških lastnosti, temveč zaradi praktičnosti. Glavni namen je spodbujanje investicij in podjetništva z možnostjo omejitve in porazdelitve tveganja.

Po tem zgledu bi sistemom UI podelili subjektiviteto kvečjemu zaradi potreb prakse. S tem bi jim bila priznana sposobnost biti toženi in biti lastniki premoženja (4. člen Zakona o gospodarskih družbah (ZGD)).⁴⁵ Po analogiji z gospodarskimi družbami bi voljo za njih izjavljali zastopniki, imeli bi lastno premoženje, ki bi ga prispevali kvazidružbeniki in bi bilo ločeno od njihovega zasebnega premoženja ter namenjeno plačilu odškodnine, v primeru zlorabe pa bi se uporabil institut »*piercing the electronic veil*«. Vendar obstaja temeljna razlika, ki sisteme UI ločuje od gospodarskih družb. Gospodarska družba, *per se*, ne more ravnati in ustvarjati pravnih posledic brez pomoči fizičnih oseb, UI pa ima to sposobnost. Pravne osebe kot tip subjektov niso bile ustvarjene z mislijo na UI in njene sposobnosti niso namenjene razširitvi nanjo, kar potrjuje tudi načelo tipske prisile (*numerus clausus*), ki onemogoča ustanavljanje pravnih oseb zunaj predvidenih oblik. Prav tako takšna oblika osebnosti ne bi rešila težave

⁴⁴ Evropski parlament, *Artificial Intelligence and Civil Liability*, 2020, str. 37.

⁴⁵ Uradni list RS, št. 65/09 – uradno prečiščeno besedilo, 33/11, 91/11, 32/12, 57/12, 44/13 – odl. US, 82/13, 55/15, 15/17, 22/19 – ZPosS, 158/20 – ZIntPK-C in 18/21.

pripisa odškodninske odgovornosti UI sami, saj so pravne osebe deliktno sposobne le v mejah ravnanja svojih organov – fizičnih oseb (148. člen OZ).

4.4. E-osebnost

Ideja o e-osebnosti je v javnosti dvignila veliko prahu leta 2017, ko je Evropski parlament sprejel Pravila civilnega prava o robotiki. V tem dokumentu je med drugim kot možnost obravnavanja problema odškodninske odgovornosti robotov omenjena »[...] uporaba elektronske osebnosti v primerih, ko bi roboti sprejemali samostojne odločitve ali drugače neodvisno vzajemno delovali s tretjimi osebami«. (Pravila civilnega prava o robotiki 2017: 12) Buren odziv javnosti je povzročil, da je Evropski parlament leta 2020 to podrobneje pojasnil. Glede na to, da se pojem e-osebnosti tudi v teoriji uporablja nedosledno in s tem nastaja terminološka zmeda, je ta ponudil dve možnosti interpretacije.⁴⁶ V skladu s stališčem EU je termin »e-osebnost« (ang. *electronic personhood*) torej mogoče tolmačiti na dva načina – kot novo vrsto pravne osebe *sui generis* ali kot tretjo obliko pravnih subjektov (poleg naravnih in pravnih oseb). Razlika je v tem, da se v skladu s prvim po načelu funkcionalnosti sistem UI obravnava kot fiktivna entiteta z drugačnimi lastnostmi, kot jih imajo prave pravne osebe (na primer gospodarske družbe), in se mu ne priznava posebnih pravic in obveznosti, saj so te še vedno vezane na ljudi za njim (kvazidružbenike), v skladu z drugim pa bi e-osebam priznali pravice in obveznosti ter sčasoma tudi naložili odgovornost za škodo.

Kot pravna oseba *sui generis* e-oseba ne bi bila subjekt, ne bi imela nobenih pravic in obveznosti ter hkrati tudi ne bi odgovarjala za škodo. Njena prednost bi bila, da bi omogočala obravnavo več potencialno odgovornih oseb (na primer programerjev, uporabnikov, proizvajalcev) hkrati, kar bi olajšalo položaj oškodovanca in hkrati omogočilo prerazporeditev tveganj ter koristi med udeleženci. Iz sredstev, ki bi jih v sorazmerju s prevzetimi tveganji zagotovile odgovorne osebe in bi bila lahko organizirana tudi kot obvezno zavarovanje, bi se plačevala odškodnina, kar bi omogočilo zaščito upnikov po zgledu pravil o stečaju. Ker bi se odškodnina plačala neposredno iz ločenega premoženja, bi to zagotovilo učinkovitejšo razporeditev bremena odškodninske odgovornosti med odgovornimi osebami (s prerazporeditvijo »deležev« ali sorazmerno manjšo udeležbo pri dobičku). Tu je pomembna koordinacijska vloga e-osebnosti, saj združuje vse, ki so na neki način pripomogli h končni posledici nastanka škode. Tako se za primere, ko je težko ugotoviti, na katerem področju in v čigavi sferi je nastala napaka, tveganje prerazporedi na vse, obratno pa se tudi v primeru pravic intelektualne lastnine sistemov UI koristi razporedijo med kvazidružbenike. Ločenost premoženja hkrati omogoča omejitev višine odškodnine, kar v civilnem pravu ni nepoznan (ali nedovoljen) koncept. V primeru UI bi bilo to celo nujno kot kompromis med socialno koristjo na eni in tveganjem za

⁴⁶ Glej Evropski parlament, 2020, str. 35–38.

obsežnejšo škodo na drugi strani.⁴⁷ Ta različica e-osebnosti se od prave pravne osebe razlikuje po tem, da pomeni fiktivno entiteto, katere status ni izenačen z zadnjo, temveč prilagojen potrebi olajšanja položaja oškodovanca ter ustrežnejši razporeditvi tveganj udeležencev. E-oseba ni subjekt s pravicami in dolžnostmi, zato ne more biti neposredno odškodninsko odgovorna, le omogoča, da so potencialno odgovorne osebe obravnavane enotno.

Druga različica e-osebnosti, v skladu s katero ta predstavlja subjekt prava – nosilca pravic in obveznosti, ob naravnih in pravnih osebah bi imela to prednost, da bi se vsebina njenih pravic in obveznosti lahko popolnoma prilagodila potrebam. Njihov obseg bi bil omejen na takšnega, ki bi ustrezal človeškemu nadzoru in zagotavljanju varnosti. Ni izključeno, da bi bila celo izključno nosilka obveznosti, brez podelitve pravic. Teoretično bi lahko e-osebi torej naložili samo odškodninsko odgovornost, tj. priznali deliktno sposobnost. Poudarja se, da bi bilo za potrebe odškodninske odgovornosti smiselno oblikovati register sistemov UI, ki bi zagotavljal transparentnost, in v povezavi z njim sistem obveznega zavarovanja. Tako bi na UI vezali sredstva, ki bi bila namenjena plačilu odškodnine, ne da bi jo hkrati obravnavali kot lastnico premoženja. Plačilo zavarovalne premije bi po načelu koristi bremenilo na primer uporabnike in proizvajalce UI. Zavarovanje bi tudi v tem primeru delovalo kot omejitev višine odškodnine.

Težava v zvezi s to teorijo se pojavi že pri utemeljitvi ustreznosti priznanja deliktne sposobnosti. Za to se zahteva sposobnost za razsojanje, ki pa jo UI na tej točki le težka pripišemo. Zahtevno je tudi iskanje temelja odgovornosti e-osebe – krivdna ali objektivna odgovornost? Teh vprašanj trenutno teorija niti ne obravnava, saj že vnaprej kategorično zavrača možnost priznanja e-osebnosti kot tretjega tipa subjekta. UI namreč ne glede na stopnjo avtonomije ne more ravnati v skladu z dolžnostmi, ki jih ji nalaga pravni red, saj je ta prepreden z elementi morale, ki so vezani na ljudi. To vprašanje je hkrati povezano s splošnim ciljem, ki mu sledi sistem odškodninske odgovornosti, ki je poleg reparacije tudi preventivna funkcija, UI pa se, kot že omenjeno, ne more odzvati na grožnjo s sankcijo.

Nemška teorija v zvezi z vprašanjem pravnega statusa sistemov UI predlaga zanimiv pristop. Kot možnost dopušča uporabo koncepta delne pravne sposobnosti (nem. *Teilrechtsfähigkeit*) pri sistemih UI.⁴⁸ Ta izhaja iz leta 1930 in predvideva pravno sposobnost omejeno le na določene izjemne primere brez priznanja celotnega spektra pravic in obveznosti, ki jih imajo sicer pravni subjekti. To je neke vrste vmesen status med objektom in subjektom, kot na primer status zarodka (*Nasciturus*), in že delujoče, a še neregistrirane gospodarske družbe (nem. *Vorgesellschaft*), ki ima pravni status *sui generis*. Tako bi sistemu UI priznali pravno sposobnost le v

⁴⁷ Glej Evropski parlament, *Artificial Intelligence and Civil Liability*, 2020, str. 41.

⁴⁸ Schirmer, str. 11.

omejenem obsegu, za potrebe funkcionalnosti, ne bi pa ga obravnavali kot subjekt. Poglavitni namen je priročnost prenosa pravic, in ne zaščita akterjev.

5. Sklep

Že dejstvo, da se v zvezi z ureditvijo odškodninske odgovornosti sistemov UI odpira toliko vprašanj in različnih predlogov odgovorov na njih, je zadosten razlog za ukrepanje tvorcev prava in razjasnitev položajev udeležencev teh razmerij. Države članice so svojo nalogo s sprejetjem nacionalnih strategij opravile, zdaj je na vrsti EU, da z uredbami, ki bodo upoštevale specifične različnih sistemov UI in potreb različnih pravnih panog, začne konkretno izvajati zastavljene cilje.

Priznanje subjektivitete sistemom UI, podobne naravni ali pravni osebnosti oziroma v sklopu e-osebnosti, po mnenju, ki ga tudi sama delim s teorijo, ni niti primerno niti potrebno. UI iz varnostnih razlogov ne gre podeliti pravic, prav tako ji ni ustrezno naložiti obveznosti, v skladu s katerimi ni zmožna ravnati. Obravnavo e-oseb v smislu pravnih oseb *sui generis* brez priznanja pravic in s tem subjektivitete z omejitvijo le na UI, ki nastopa v bolj tveganih panogah, načeloma podpiram. Jasno je, da je vse še na konceptualni ravni, ki zahteva veliko nadgradnje in konkretizacije. Smiselna se zdi uvedba registra in obveznega zavarovanja ter tudi subsidiarne možnosti povrnitvenega sklada za primere, ko žrtve ne bi dosegle pravične kompenzacije. E-osebnost je dober korak v smeri k jasnejši regulaciji UI, vendar menim, da je poskus umestitve v že obstoječ sistem napačen pristop, ki v družbi ne bo zlahka sprejet. Vprašljivo pa je, ali je na voljo dovolj časa za ustvarjanje novih razsežnosti sistema, ločenih od subjektivitete ter pravnih in naravnih oseb, ali je prilagoditev obstoječega vse, kar zakonodajalcem preostane.

Prevladujoče stališče teorije je, da je uvedba nove vrste subjektivitete oziroma njene izpeljave prezapletena in da je mogoče vprašanja odškodninske odgovornosti za sisteme UI učinkoviteje obravnavati z že znanimi koncepti. Tudi pri ravnanju bolj ali manj avtonomnih sistemov je po mnenju avtorjev v večini primerov škodo mogoče pripisati kateri izmed oseb, ki so povezane z njimi, za individualne primere, ko to ne bi bilo mogoče, pa zadostuje individualizirano iskanje rešitev, in ne ustvarjanje novega tipa subjektivitete.⁴⁹

Očitno je, da danes še ne poznamo enoznačnega odgovora na dileme, ki jih prinaša fenomen UI v povezavi z odškodninsko odgovornostjo. Pomemben prispevek teorije je to, da odpira debato v splošni in strokovni javnosti in s tem UI postopoma odpira vrata v naš vsakdan ter normodajalce sili k soočenju s tveganji, ki jih to prinaša. Zagotovo je bolje, da prvi korak k jasni ureditvi naredimo prej kot pozneje, saj bitko s časom bijemo na eni strani ljudje in na

⁴⁹ Glej Evropska komisija, *Liability for Artificial Intelligence*, 2019, str. 38.

drugi UI, ki je po izkušnjah nesporen favorit. Pravo je naš adut, ki ga moramo preiščeno uporabiti, da si priigramo prednost, ki jo bomo v prihodnosti še kako potrebovali. Družbene vrednote se iz dneva v dan spreminjajo in že čez petdeset ali sto let se lahko znajdemo v situaciji, ko se ne bomo spraševali o primerni podlagi za podelitev subjektivitete UI, temveč o upravičenosti njene omejitve.

Literatura

- Artificial Intelligence and Civil Liability* [online]. 2020 [ogled: 19.1.2021]. Bruselj: Evropski parlament. Dostopno na: <[www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2020/621926/IPOL_STU\(2020\)621926_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2020/621926/IPOL_STU(2020)621926_EN.pdf)>.
- Bela knjiga o umetni inteligenci- evropski pristop k odličnosti in zaupanju* [online]. 2020 [ogled 26.2.2021]. Evropska komisija. Dostopno na: <op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/ac957f13-53c6-11ea-aece-01aa75ed71a1/language-sl/format-PDF>.
- BORGES, Georg. *New Liability Concepts: the Potential of Insurance and Compensations Funds*. V: *Liability for Artificial Intelligence and the Internet of Things*. 1st edition, 2019, str. 145–163.
- BORGHETTI, Jean-Sébastien. *How can Artificial Intelligence be Defective?* V: *Liability for Artificial Intelligence and the Internet of Things*. 1st edition, 2019, str. 63–76.
- BROWN, R.D. *Property ownership and the legal personhood of artificial intelligence*. V: *Information & Communications Technology Law* [online]. 2020, vol. 30, str. 208–234 [ogled 1.2.2021]. Dostopno na: <doi.org/10.1080/13600834.2020.1861714>.
- CHESTERMAN, S. *Artificial Intelligence and the Limits of Legal Personality*. V: *International and Comparative Law Quarterly* [online]. 2020, vol. 69, str. 819–844 [ogled 28.1.2021]. Dostopno na: <doi.org/10.1017/S0020589320000366>.
- COMANDÉ, Giovanni. *Multilayered (Accountable) Liability for Artificial Intelligence*. V: *Liability for Artificial Intelligence and the Internet of Things*. 1st edition, 2019, str. 165–183.
- DEWEY, J. *The historic background of corporate legal personality*. V: *Yale L.J.* [online]. 1926, vol.35, št.6, str. 655–673 [ogled: 9.3.2021]. Dostopno na: <digitalcommons.law.yale.edu/ylj/vol35/iss6/1>.
- DE FRANCESCHI, A. in SCHULZE, R. *Digital Revolution- New Challenges for Law: Introduction*. V: *Digital Revolution- New Challenges for Law*, 2019, str. 1–15.
- DOMONOSKE, C. *Elon Musk Warns Governors: Artificial Intelligence Poses 'Existential Risk'*. V: *NPR* [online]. 2017 [ogled 13.3.2021]. Dostopno na naslovu: <www.npr.org/sections/thetwo-way/2017/07/17/537686649/elon-musk-warns-governors-artificial-intelligence-poses-existential-risk?t=1614332987567>.
- EU Declaration on Cooperation on Artificial Intelligence* [online]. 2018 [ogled 6.2.2021]. Evropska komisija. Dostopno na: <ec.europa.eu/digital-single-market/en/events/digital-day-2018>.

- GRAZIADEI, M. Personal autonomy and the digital revolution. V: *Digital Revolution- New Challenges for Law*, 2019, str. 16–17.
- GRINZINGER, J. *Der Einsatz Künstlicher Intelligenz in Vertragsverhältnissen*. V: *Privatrecht 2050- Blick in die digitale Zukunft*, 2019, 1. Auflage, str. 151–179.
- JAYNES, T.L. Legal personhood for artificial intelligence: citizenship as the exception to the rule. V: *AI & Society* [online]. 2019. [ogled 2.2.2021]. Dostopno na: <doi.org/10.1007/s00146-019-00897-9>.
- JUHART, M. et al. *Uvod v civilno pravo*. 1. natis. Ljubljana: Uradni list Republike Slovenije, 2011.
- KERNS, J. What's the Difference Between Weak and Strong AI? V: *Machine Design* [online]. 2017 [ogled 12.3.2021]. Dostopno na: <www.machinedesign.com/markets/robotics/article/21835139/whats-the-difference-between-weak-and-strong-ai>.
- Liability for Artificial Intelligence* [online]. 2019 [ogled: 19.1.2021]. Evropska komisija. Dostopno na: <ec.europa.eu/transparency/regexpert/index.cfm?do=groupDetail.groupMeetingDoc&docid=36608>.
- LOHMANN, M.F. Ein europäisches Roboterrecht – überfällig oder überflüssig? V: *Zeitschrift für Rechtspolitik: ZRP* [online]. 2017, vol. 6, str. 168–171 [ogled: 2.2.2021]. Dostopno na: <www.alexandria.unisg.ch/251579/>.
- LOHSEE, Sebastian in.dr. Liability for Artificial Intelligence. V: *Liability for Artificial Intelligence and the Internet of Things*. 1st edition, 2019, str. 11–23.
- MATTHIAS A. *Automaten als Träger von Rechten: Plädoyer für eine Gesetzesänderung*. 2. Auflage. Berlin: Logos-Verlag, 2010.
- MAZZINI, G. A system of governance for Artificial Intelligence through the lens of emerging intersections between between AI and EU law. V: *Digital Revolution- New Challenges for Law*, 2019, str. 245–297.
- Nacionalni program spodbujanja razvoja in uporabe umetne inteligence v Republiki Sloveniji do leta 2025* [online]. 2020 [ogled 26.2.2021]. Dostopno na: <www.gov.si/assets/ministrstva/MJU/DID/NpAI_SI_2020-08-20_draft.pdf>.
- Poročilo komisije evropskemu parlamentu, svetu in evropskemu ekonomsko-socialnemu odboru: Poročilo o vprašanjih varnosti in odgovornosti, ki jih sprožajo umetna inteligenca, internet stvari in robotika* [online]. 2020 [ogled: 18.1.2021]. Bruselj: Evropska komisija. Dostopno na: <op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/4ce205b8-53d2-11ea-aece-01aa-75ed71a1/language-sl/format-PDF>.
- Pravila civilnega prava o robotiki: Resolucija Evropskega parlamenta z dne 16. februarja 2017 s priporočili Komisiji o pravilih civilnega prava o robotiki (2015/2103(INL))* [online]. 2017 [ogled 19.1.2021]. Evropski parlament. Dostopno na: <eur-lex.europa.eu/legal-content/SL/TXT/PDF/?uri=CELEX:52017IP0051&from=EN>.
- Recommendation of the Council on Artificial Intelligence* OECD/LEGAL/0449 [online]. 2019 [ogled 5.2.2021]. OECD Council. Dostopno na: <legalinstruments.oecd.org/en/instruments/OECD-LEGAL-0449>.

- RUSSEL, S. J. in NORVIG P. *Artificial Intelligence: A Modern Approach* [online]. New Jersey: Prentice-Hall Inc., 1995 [ogled 7.1.2021]. Dostopno na: <www.cin.ufpe.br/~tf12/artificial-intelligence-modern-approach.9780131038059.25368.pdf>.
- SCHIRMER, JE. Artificial Intelligence and Legal Personality: Introducing Teilrechtsfähigkeit: A Partial Legal Status Made in Germany. V: *Regulating Artificial Intelligence*. Springer, Cham. [online]. 2019, str.123-142 [ogled 1.2.2021]. Dostopno na: <doi.org/10.1007/978-3-030-32361-5_6>.
- Uber's self-driving operator charged over fatal crash*. V: BBC [online]. 2020 [ogled 11.2.2021]. Dostopno na: <www.bbc.com/news/technology-54175359>.
- VINCENT, J. Giving Robots 'personhood' is actually about making corporations accountable. V: *The Verge* [online]. 2017 [ogled 4.2.2021]. Dostopno na: <www.theverge.com/2017/1/19/14322334/robot-electronic-persons-eu-report-liability-civil-suits>.
- WAGNER, Gerhard. Robot Liability. V: *Liability for Artificial Intelligence and the Internet of Things*. 1st edition, 2019, str. 27–62.
- Zakaj je ureditev področja umetne inteligence v Evropi pomembna? V: *Evropski parlament* [online]. 2020 [ogled 12.3.2021]. Dostopno na: <www.europarl.europa.eu/news/sl/headlines/society/20200213STO72575/zakaj-je-ureditev-podrocja-umetne-inteligence-v-evropi-pomembna>.
- ZECH, Herbert. Liability for Autonomous Systems: Tackling Specific Risks of Modern IT. V: *Liability for Artificial Intelligence and the Internet of Things*. 1st edition, 2019, str. 187–200.

Pregledni znanstveni članek
UDK 347.51:004.8:61

Civilnopravni vidiki umetne inteligence v zdravstvu

BARBARA PAVLEKOVIČ,
JERCA PETROVIČ
diplomirani pravnici (UN),
študentki magistrskega študijskega
programa pravo 2. stopnje na Pravni
fakulteti Univerze v Ljubljani

1. Uvod

Umetna inteligenca (UI) pomembno spreminja vsa področja našega življenja. V medicini so postale naprave, ki vsebujejo določeno stopnjo UI, povsem običajne za uporabo v skoraj vsaki fazi zdravljenja, od diagnostike, operacij do postoperativne nege in avtonomnih naprav za zdravljenje bolezni. Z napredkom UI se zdi, da bodo dnevi napačnih diagnoz in zdravljenje le simptomov namesto bolezni same kmalu za nami. Čeprav se nekateri algoritmi lahko kosajo z zdravniki in jih včasih celo prekašajo, človeškega dela nikakor ne moremo povsem nadomestiti. Čeprav lahko algoritmi pomembno vplivajo na medicino in izboljšajo medicinske posege, obstajajo številni regulativni problemi, ki preprečujejo popolno nadomestitev.¹

Zdravljenje je za pacienta izjemno intimen proces, ki zahteva njegovo privolitev. Pacient lahko veljavno privoli samo v posege, o katerih je v zadostni meri in obsegu informiran. Težava nastane, saj so algoritmi, ki delujejo v napravah, težavni (ali celo nemogoči) za razumevanje. Zaradi tega lahko na koncu celo sklepamo, da so kot nekakšne črne škatle (angl. *black box*), ki v sebi nosijo nerazložljive in nerazumljive procese.

Uporaba UI v medicini sproža zapletena pravna vprašanja v zvezi z odgovornostjo zdravstvenih delavcev in proizvajalcev tehnologije. Prispevek obravnava izbrana vprašanja s tega področja in vsebuje nekatere predloge rešitev za take težave. Poglavlja si smiselno sledijo glede na potek zdravljenja, torej od prve diagnoze, operacije in do morebitnih medicinskih pripomočkov.

¹ Glej: <<https://sitn.hms.harvard.edu/flash/2019/artificial-intelligence-in-medicine-applications-implications-and-limitations/>> (2. 3. 2021).

2. Umetna inteligenca v diagnostiki

UI v zdravstvu za namene medicinske diagnoze postaja običajno orodje zdravnikov po vsem svetu. Zdravniki zdaj ne uporabljajo le svojega osebnega medicinskega znanja, ampak tudi orodja UI, kot so IBM Watson, Watson for Oncology ali Deep Mind, ki sprejmejo informacije o zelenem pacientu, te podatke obdelajo in nato priporočijo oskrbo bolnika, kar zagotavlja natančnejšo diagnozo in izbiro zdravljenja.²

Kljub številnim prednostim uporabe te tehnologije je neizpodbitno, da ta način zdravljenja pomeni motnjo v klasičnem odnosu med strankami, ki sodelujejo pri zagotavljanju zdravstvenih storitev. Če je prej pacient, ki je utrpel škodo med diagnozo ali zdravljenjem, ki ga je predpisal zdravnik, še lahko identificiral, zoper koga naj naslovi odškodninski zahtevek (tj. proti zdravniku ali zdravstveni ustanovi, v kateri je zdravnik opravljal zdravstvene storitve), danes z uporabo orodij UI postaja ta identifikacija zamegljena. Poleg zdravnika se namreč pojavlja še ena entiteta, ki je lahko odgovorna za škodo, in to je rezultat algoritma, ki mu je zdravnik sledil.

Do nedavnega je bila zdravstvena programska oprema označena predvsem kot tehnologija, ki izvajalcem zdravstvenih storitev pomaga pri sprejemanju odločitev tako, da jim zagotavlja informacije ali analize, pri čemer je odločitev vedno ostala v rokah zdravnika.³ Zdaj je med najpogostejšimi aplikacijami UI v zdravstvu uporaba t. i. napovednih algoritmov. Te namreč omogočajo natančno diagnozo pacienta, izbiro zdravljenja in zdravlil, predvidevajo tveganja za bolnike ter celo bolnike prednostno delijo, da se uspešno razporedijo omejeni zdravstveni viri.⁴

Pomembno je razumeti, da mehanizmi za vsa ta dejanja niso znani in jih trenutno tudi ni mogoče odkriti. Algoritem, ki ne more prikazati poti do svojega sklepa, je navsezadnje »črna škatla«. Deluje po načelu tisočih simuliranih nevronov, razporejenih v desetine ali celo stotine zapletenih medsebojno povezanih slojev. Vzemimo za primer MRI-slikanje možganov. Algoritem dobi vhodni podatek, na podlagi katerega lahko nevronska mreža, usposobljena za predelavo velikega nabora podatkov, najde vzorec v podatkih in da rezultat, na primer klasifikacijo tumorjev, vendar ne more pojasniti razlogov za sklep. Simulirana nevronska mreža se po vzoru človeških možganov uči na podoben način kot človeški možgani, tudi s samoučenjem. Ko pridobi dodatne podatke, lahko nevronska mreža spremeni postopek odločanja in zagotovi natančnejši odziv, ne da bi pojasnila, kako je to storila. Z vsakim izboljšanjem

² Gonçalves, str. 14.

³ Prav tam.

⁴ Sullivan in dr.

postanejo algoritmi avtonomnejši, tako pa postanejo manj razumljivi uporabnikom in celo razvijalcem, ki so tehnologijo prvotno programirali.⁵

Na podlagi nedavnih raziskav ocenjujejo, da bodo strokovni sistemi UI v zdravstvu dosegli splošno natančnost nad 95 odstotki v svojih diagnostičnih zmožnostih, hkrati pa naj bi se ohranila vloga zdravnika kot izvajalca nege.⁶

Zaradi vse večje uporabe in samostojnosti sistemov UI se pojavlja vprašanje, ali so lahko in ali bi sploh morali biti izvajalci zdravstvenih storitev odgovorni za odločitve, ki jih predlagajo ali sprejmejo algoritmi črne škatle, ki jih ne razumejo ali ne morejo razumeti. Ali morajo ponudniki zdravstvenih storitev sami oceniti kakovost algoritmov črne škatle na podlagi postopkovnih ukrepov (izvedene validacije, statistike uspešnosti itd.), preden se pri zagotavljanju oskrbe zanesejo na te algoritme? In ali bi morale zdravstvene ustanove opraviti podrobne ocene, preden bi uvedle »*black box*« programsko opremo?⁷

Glede na nepregledno naravo »*black box*« UI se pri srečevanju z morebitnimi zdravniškimi napakami, ki jih povzroča takšna tehnologija, pojavijo številna pravna vprašanja. Zamislimo si lahko na primer situacijo, v kateri sistem črne škatle pomaga pri odkrivanju raka dojke z uporabo podatkov mamografije in predlaga napačno diagnozo, ki pacientki povzroči škodo. Navedeno prinaša več vprašanj glede razporeditve odgovornosti, zato bova v prispevku skušali prikazati, ali tej novi resničnosti ustrezajo tradicionalni koncepti odškodninske odgovornosti ali pa bi bilo treba to področje ustrezno dopolniti. V tem smislu bova tudi predstavili ali UI v zdravstvu tako močno poruši odnos med zdravnikom in pacientom, da je treba spore, ki nastanejo na tem področju, oblikovati izključno v skladu z režimi odgovornosti za izdelke – proizvajalčeve odgovornosti.

2.1. Tradicionalna odškodninska odgovornost

Za zdaj ne obstajajo nobena posebna pravila za odškodnino, ki bi izhajala iz uporabe tehnologije UI, ne v zdravstvenem sektorju in ne na kateremkoli drugem področju uporabe. Pravna in znanstvena skupnost še vedno razpravljata o tem, ali bi morala odgovornost, ki izhaja iz uporabe UI, biti urejena posebej ali zadošča, da je podrejena zakonodaji, ki jo je posamezna država že sprejela v zvezi z zasebnostjo in varstvom podatkov, varstvom potrošnikov, pravili o medicinskih pripomočkih, civilni odgovornosti ali kazenski odgovornosti.⁸

⁵ Prav tam.

⁶ Artificial Intelligence and Civil Liability, str. 114.

⁷ Price, str. 10–12.

⁸ Gonçaves, str. 8.

V tem smislu se spori o odgovornosti, ki nastanejo na tem področju, urejajo in odločajo bodisi s pravili o zdravniški napaki bodisi v skladu s trenutno veljavno zakonodajo, ki velja za izdelke z napako.⁹

Odgovornost za zdravniške napake je večinoma urejena po splošnih načelih krivdne odgovornosti (v praksi praviloma zaradi malomarnosti), tako bo zdravnik odgovoren za povzročeno škodo, če je krivdno kršil zahtevan zdravstveni standard. Pacient pa bo kot oškodovanec lahko zahteval odškodnino za škodo, ki jo je povzročil zdravnik s svojim krivdnim ravnanjem. Pacienti lahko odškodnino zahtevajo od zdravnikov in tudi od zdravstvenih organizacij ter proizvajalcev. Od zdravstvene ustanove lahko oškodovanec zahteva odškodnino po načelu odgovornosti delodajalca za ravnanje delavca,¹⁰ od proizvajalca pa takrat, kadar je škoda nastala zaradi napake proizvoda.¹¹ Tako tipične odškodninske tožbe na področju medicine in zdravja vključujejo zdravniško napako, odgovornost nadrejenega in odgovornost proizvajalca (odgovornost za izdelke).¹²

2.1.1. *Odgovornost zdravnika*

Kot navedeno temelji odgovornost za zdravniške napake na krivdi. V praksi bo zdravnik praviloma odgovarjal, ker je pri zdravljenju ravnal malomarno. Navadna malomarnost (*culpa levis*) pomeni zanemarjanje skrbnosti, ki se zahteva od posebno skrbnega in pazljivega človeka. Pri strokovnjakih pa je treba upoštevati njihovo znanje in sposobnosti, ki so v stroki večje od znanja povprečnega človeka. Kadar je strokovnjak storil dejanje, ki terja njegovo posebno znanje, mora odgovarjati strožje.¹³

O strokovni napaki zdravnika govorimo, če ta ne ravna z večjo skrbnostjo, po pravilih zdravniške znanosti in stroke ter po običajih in če ne prepreči škode za pacienta oziroma povzroči, da se pacientu zdravje poslabša. V prvem delu gre za pravni standard skrbnosti dobrega strokovnjaka, ki je opredeljen v Obligacijskem zakoniku. Njegova vsebina je odvisna od okoliščin konkretnega primera in od izoblikovanih standardov vedenja in ravnanja, ki so tako raznoliki in vsebinsko soodvisni od spreminjajočih se dejanskih okoliščin, da jih ni mogoče relativno določno opredeliti. V primeru skrbnosti zdravnika se sklicujejo na strokovne, poklicne standarde vedenja in ravnanja, ki veljajo v medicini.¹⁴

⁹ Prav tam, str. 29.

¹⁰ Več v poglavju 2.1.2 – Odpovornost zdravstvenih organizacij.

¹¹ Več v poglavju 2.1.3 – Odpovornost proizvajalcev orodij umetne inteligence.

¹² Sullivan in dr.

¹³ Sklep Višjega sodišča v Mariboru I Cp 963/2012 z dne 23. 10. 2012.

¹⁴ Sklep Vrhovnega sodišča RS II Ips 302/2011 z dne 26. 4. 2012.

Tako sodišča presojuje zdravnikova dejanja glede na ravnanja razumnega zdravnika z istim strokovnim znanjem in spretnostmi v podobnih okoliščinah. Pridobiti je treba strokovno pričevanje usposobljenih zdravnikov, da se določi standard oskrbe oziroma da se določi, kaj je bilo smiselno pričakovati od strokovnjaka glede na stanje medicinskega znanja med obravnavanim zdravljenjem.¹⁵

Problem pa nastane, ker se medicinske odločitve vedno pogosteje sprejemajo z uporabo algoritmov črne škatle, katere način delovanja je nepoznan in ga zdravnik ni sposoben razumeti. V zdravstvenem okviru uporaba tehnologije črnih škatel prinaša dodatne pomisleke, ker medicinske odločitve ne bi smele temeljiti na avtonomnih sredstvih, ki jih zdravniki ne morejo razumeti, pogosto pa niti razvijalci programske opreme ustrezno obrazložiti. Zato nekateri menijo, da bi moral zdravnik, da bi zadostil standardu skrbnega ravnanja, vsako odločitev algoritma kritično presoditi.¹⁶ Več teoretikov trdi, da glede na to, da ima UI namen razširiti in izboljšati zdravnikovo sedanje znanje, ne pa ga nadomestiti, mora zadnja beseda vedno ostati pri zdravniku.¹⁷ V tem primeru bi zadoščali klasični koncepti standarda oskrbe, saj zadnjo odločitev sprejme zdravnik sam.¹⁸

Po drugi strani je treba omeniti, da je zdravstveni standard omejen s stanjem medicinske znanosti med zdravljenjem, kar pomeni, da če zdravniki uporabljajo tehnologijo, ki vsebuje algoritme in sredstva delovanja, ki ga niti oblikovalci in razvijalci tehnologije ne zmorejo povsem razumeti, predvsem zaradi samoučenja algoritma, potem tudi zdravniku ne moremo očitati malomarnosti, če je ravnal v skladu z rezultatom, ki ga je zagotovil algoritem.¹⁹ Seveda, če ni bilo v skladu s standardom razumnega zdravnika ugotovljeno, da predpisana diagnoza ali zdravljenje ne ustreza profilu pacienta. Opisana, t. i. krepka UI se že uporablja na trgu, vendar ta še ni dosegla vseh pričakovanj.

2.1.2. *Odgovornost zdravstvenih organizacij*

Poleg odgovornosti zdravnika za napake poznamo tudi odgovornost nadrejenega oziroma odgovornost delodajalca. Obligacijski zakonik v 147. členu določa, da za škodo, ki jo povzroči delavec pri delu ali v zvezi z delom tretji osebi, odgovarja pravna ali fizična oseba, pri kateri je delavec delal takrat, ko je bila škoda povzročena, razen če dokaže, da je delavec v danih

¹⁵ Sullivan in dr.

¹⁶ Gonçalves, str. 20.

¹⁷ Prav tam.

¹⁸ Prav tam.

¹⁹ Prav tam.

okolščinah ravnal tako, kot je bilo treba.²⁰ V skladu s to doktrino so bolnišnice odgovorne za dejanja svojih zaposlenih, vključno z zdravniki, ki storijo zdravniško napako.

Druga možnost odgovornosti zdravstvene organizacije pa je, da so bolnišnice in drugi izvajalci zdravstvenih storitev ločeno odgovorni za malomarnost, ker niso ustrezno skrbeli pri zaposlovanju, usposabljanju ali nadzoru zaposlenih ali ker niso ustrezno vzdrževali prostorov in opreme.²¹

2.1.3. *Odgovornost proizvajalcev orodij umetne inteligence*

Proizvajalci odgovarjajo na podlagi odgovornosti za izdelke. Bistvo proizvajalčeve odgovornosti je, da mora proizvajalec odgovarjati za posledice, ki jih imajo kupci in uporabniki zaradi napak v proizvodni. Direktiva o proizvajalčevi odgovornosti je temeljni okvir odgovornosti proizvajalca v EU, uvaža namreč okvir in obveznost poplačila določenih oblik škode.

Vprašanje je, ali se lahko orodja UI uvrstijo med produkte. Če orodja (krepke) UI štejejo za medicinske pripomočke, bi za te izdelke z napako veljala Direktiva Sveta 85/374/EGS²² z dne 25. julija 1985 o odgovornosti za napake proizvodov, ki predvideva strožjo odgovornost za proizvajalce. Če bi torej sprejeli, da se orodja UI v zdravstvu štejejo za medicinski pripomoček, bodo za proizvajalca veljala strožja pravila v skladu z ureditvijo odgovornosti za izdelke z napako, kar pomeni, da bi bili dovezetnejši za odškodninske zahtevke. Vendar je takšno kvalificiranje orodij UI sporno, saj so ta precej bolj zapletena kot klasični medicinski pripomočki prav zaradi narave črne škatle. Problem je predvsem v tem, da tudi sam ustvarjalec kode algoritma ne bo znal pojasniti, kako je algoritem prišel do rezultata in kje je nastala napaka.²³

Tu velja omeniti tudi zanimivo ameriško pravno doktrino učenega posrednika. Doktrina učenega posrednika se nanaša predvsem na uporabo farmacevtskih izdelkov in medicinskih pripomočkov, pri čemer zdravniki posredujejo med proizvajalcem in končnim potrošnikom. Doktrina učenega posrednika dejansko preprečuje, da bi oškodovanci neposredno tožili proizvajalce medicinskih pripomočkov. V skladu s to doktrino se zdravnik, in ne pacient, šteje za končnega potrošnika medicinskih pripomočkov. Ponudnik zdravstvenih storitev naj bi bil v najboljšem položaju, da oceni tveganja glede na mogoče prednosti uporabe naprave. To, da se zdravnik obravnava kot končni potrošnik, pomeni, da lahko proizvajalec izpolni svojo dolžnost opozarjanja na potencialne nevarnosti svojih izdelkov z opozorilom zdravnika, ki bo izdelek uporabljal. Če zdravnik pozneje ne bo pravilno opozoril pacienta in ustrezno razkril

²⁰ Uradni list RS, št. 97/07 in nasl.

²¹ Sullivan in dr.

²² UL L 210, 7. 8. 1985.

²³ Gonçalves, str 12.

tveganj ter koristi, povezanih z izdelkom, je zdravnik tisti, ki bo odgovoren.²⁴ Vprašanje je, ali se mora pravna doktrina učenega posrednika prilagoditi temu, da zdravniki ne morejo v celoti razumeti vseh tehnologij, ki jih uporabljajo.²⁵ In temu primerno tudi ne odgovarjati na podlagi te doktrine.

2.2. Uporaba sedanjih doktrin o odgovornosti za umetno inteligenco v zdravstvu

Če navedene koncepte odškodninske odgovornosti poskušamo uporabiti za UI v zdravstvu, naletimo na težavo, ki pretežno izhaja ravno iz nepregledne narave in nepredvidljivih rezultatov črne škatle. Če niti oblikovalci UI ne morejo predvideti, kako bodo izdelki delovali po sprostitvi v promet, kako lahko potem očitamo odgovornost njim ali zdravnikom, ki to UI uporabljajo? In če pravni sistem oblikovalce oprosti odgovornosti, ker so ukrepi UI nepredvidljivi, kako zagotoviti, da bo oškodovani pacient prišel do pravične odškodnine?

Težava pri umestitvi črne škatle v sedanje sisteme odgovornosti je povečana avtonomija. Večja ko je avtonomija, bolj rahla postane meja razdeljevanja pravne odgovornosti med udeleženci. Bolj ko je sistem UI samostojen, vse manj je strank, ki dejansko nadzorujejo delovanje sistema. Pravni standardi, ki temeljijo na posredovanju, nadzoru in predvidljivosti, neposredno vplivajo na možnosti izterjave škode. Poleg tega je težko najti odgovorno stranko, saj toliko različnih subjektov sodeluje že samo na strani proizvajalcev, na primer razvijalci programske opreme, inženirji strojne opreme, oblikovalci in korporacije.²⁶

Del pravne skupnosti zagovarja stališče, da zdravniki ne bi smeli biti odgovorni za zdravniške napake, ki so nastale z uporabo diagnoze oziroma z izbiro zdravljenja, ki ga predlaga programska oprema UI. Še vedno pa obstajajo tudi teoretiki, ki trdijo, da intervencija programske opreme UI pri zdravstveni odločitvi ne izključuje odgovornosti zdravnika. Ta skupina zagovarja, da lahko zdravnika še vedno štejemo za malomarnega, če dokažemo, da je ta sledil rešitvi algoritma brez ustrezne strokovne presoje le-te. Tu pa ni jasno, kakšen mora biti standard skrbnosti zdravnika, ki uporablja programsko opremo UI.²⁷ Poleg vprašanja, ali je zdravnik naredil zdravniško napako pri upoštevanju algoritma in ali mora za to odgovarjati, se zdaj pojavlja tudi nekoliko ironično vprašanje, ali bi moral zdravnik, ki je sledil lastni presoji, odgovarjati v primeru neupoštevanja orodij UI.²⁸

²⁴ Prav tam, str. 23.

²⁵ Price, str. 10–12.

²⁶ Rankin in dr.

²⁷ Gonçalves, str. 23.

²⁸ Prav tam.

Če si spet pogledamo navedeni primer pacientke, ki je utrpela škodo zaradi napačne diagnoze raka dojke s strani »black box« algoritma na podlagi podatkov mamografije, ugotovimo, da ima pacientka več možnosti za izterjavo odškodnine. To bi lahko zahtevala od zdravnika, zdravstvene ustanove in od proizvajalca sistema UI, saj delitve odgovornosti med navedenimi udeleženi še ni. Kogarkoli bi se odločila tožiti, bi se pri vsakem srečala s problematiko dokaznega bremena in težavnosti dokazovanja odgovornosti za algoritem. Navedeno pomeni tveganje za negotovost odškodninske odgovornosti in s tem povezane pridobitve pravične odškodnine. Navedeno govori v prid določenim posodobitvam pravnega sistema, saj se zdi, da s tradicionalnimi doktrinami ta vprašanja niso dovolj obravnavana in pacientom ne dajejo zadostnega varstva v primeru nastanka škode.

2.3. Mogoče pravne rešitve

Glede na navedeno problematiko uporabe dosedanjih oblik odškodninske odgovornosti za UI so v nadaljevanju predstavljene mogoče inovativne rešitve ureditve pravnih razmerij.

Med bolj kontroverznimi idejami je predlog, da bi se vzpostavila t. i. osebnost UI. Avtonomna orodja UI bi obravnavali kot samostojen pravni subjekt, ki bi lahko samostojno odgovarjal za morebitno nastalo škodo,²⁹ kar bo podrobneje obravnavano v nadaljevanju prispevka. Prednost te oblike odgovornosti bi bila, da se ne bi več ukvarjali z vprašanjem, kdo je odgovoren za škodo, temveč bi tožili subjekt UI, ki bi bil kot kvazipravna oseba. Ta bi bil lahko zavarovan (podobno kot so zdravniki zavarovani za zdravniške napake) in bi se morebitni odškodninski zahtevki izplačali iz zavarovanja.³⁰

Kot mogoča rešitev se kaže tudi skupna odgovornost vseh udeležencev zdravljenja. Namesto da bi posamezni osebi ali subjektu pripisali krivdo ter poskušali ugotoviti, ali je napaka sploh nastala, bi v primeru, ko je sistem UI povzročil pacientu škodo, vse skupine, ki sodelujejo pri uporabi in izvajanju sistema UI, skupaj prevzele odgovornost za nastalo škodo. Korist te rešitve je, da si vse vpletene strani delijo breme in da ni potrebno nobeno odkrivanje napak, kar bi bilo morda nemogoče zaradi narave UI.³¹ Namesto tega se odgovornost deli med vsemi ustreznimi strankami, kar oškodovancem omogoča lažjo izterjavo odškodnine za povzročeno škodo. Finančno breme odškodninskih zahtevkov pa se ustrezno razporedi med vse udeležene in ga ne prevzema le en subjekt.

Prav tako bi bila mogoča rešitev sprememba standarda oskrbe. Standard bi bilo treba ustrezno preoblikovati, tako da bi zahteval, da ustanove in zdravstveni delavci izvajajo potrebno

²⁹ Ranking in dr.

³⁰ Gonçalves, str. 23.

³¹ Sullivan in dr.

skrbnost pri postopkovnem ocenjevanju in izvajanju algoritmov črne škatle. V skladu s tem standardom oskrbe bi morali ustanove in zdravniki oceniti algoritme črne škatle in potrditi algoritmični rezultat. Po tem modelu so zdravstveni delavci odgovorni za škodo, če niso ustrezno ukrepali pri pravilni oceni tehnologij črne škatle, ki se uporabljajo pri oskrbi pacienta.³²

Meniva, da je zaradi porasta UI v zdravstvu, zlasti pri diagnosticiranju, in zaradi njenega velikega potenciala ter hitrega razvijanja treba ustrezno in hitro preoblikovati veljavno odškodninsko zakonodajo, saj ta ne zadošča za obravnavo novih tehnologij. Navedene možnosti novih pravnih rešitev, ki oblikujejo nove pravne standarde in modele, so potrebne za pošteno in predvidljivo pravno doktrino za zdravniške napake, povezane z UI. Pri določitvi novih pravnih pravil je treba misliti tudi na to, kako bo določitev odgovornosti vplivala na razvoj UI v prihodnosti. Zato se nama zdi najbolj smiseln sistem skupne odgovornosti vseh udeležencev, saj ta omogoča finančno razporeditev tveganja in tudi lažjo pridobitev odškodnine s strani oškodovanca, saj temu ne bi bilo treba dokazovati napake posameznega subjekta.

3. Robotske operacije

V nasprotju z vedno bolj avtonomnimi napravami, ki se uporabljajo v diagnostiki, v kirurgiji še ne moremo govoriti o napravah z UI v pravem pomenu besede. Kirurški posegi so vendarle veliko »delikatnejše« področje, saj je večina napak ireverzibilne narave. Upava si trditi, da bomo nekoč, čez mnoga leta, tudi v kirurgiji poznali povsem avtonomne robote, ki bodo operacijo opravljali povsem neodvisno od prisotnosti kirurga, vendar meniva, da bo to področje eno od zadnjih, ki se bo razvilo v to smer. Uporaba tovrstne tehnologije je zaradi hitrega razvoja, številnih priložnosti in mnogo prednosti namreč neizbežna.

Ko danes govorimo o robotski operaciji, s tem mislimo kirurški poseg, pri katerem je med kirurga in pacienta postavljen računalnik oziroma računalniška tehnologija, ki jo nadzoruje kirurg. Operacijo z asistenco robota je prvotno razvil Nato za potrebe zagotovitve kirurškega zdravljenja vojakov na vojnem območju.³³ Pozneje je takšen način operiranja najbolj zaživel v urologiji, ginekologiji, kardiologiji, zdaj pa vedno bolj tudi v splošni kirurgiji.³⁴

Robota za opravljanje operacij pri nas uporabljajo v Splošni bolnišnici Celje in Univerzitetnem kliničnem centru Ljubljana. Robot se imenuje Da Vinci, sicer pa kot že omenjeno ta ni povsem pravi robot, saj ga ne upravlja neposredno računalnik, temveč ga nadzira za to uspo-

³² Prav tam.

³³ Pande, str. 636–640.

³⁴ Glej: <<https://www.omicsonline.org/open-access/telesurgery-and-robotic-surgery-ethical-and-legal-aspect-2376-0214-1000355.php?aid=54752#1>> (3. 3. 2021).

sobljen kirurg.³⁵ Sistem sestavljajo tri komponente: kirurška konzola, robot s štirimi rokami in sistem za prenos tridimenzionalne slike. Kirurški instrumenti so povezani z rokami robota in so v telo vstavljeni skozi majhne odprtine. Prednosti robotske operacije v primerjavi z odprto metodo (tj. klasično operacijo) so med drugim krajša hospitalizacija, manjša izguba krvi, manj bolečin, manjše brazgotine, manjše tveganje za vnetje, hitrejša vrnitev v normalno aktivnost itd.³⁶ Pri nas za zdaj še ni podatkov o tem, da bi med robotsko operacijo nastali neželeni zapleti, je pa z uporabo Da Vincija v ZDA povezanih vsaj 144 primerov smrti.³⁷

3.1. Informirana privolitev

Ena temeljnih pacientovih pravic skoraj povsod v razvitem svetu je njegova pravica do privolitve po vnaprej pridobljenem ustreznem pojasnilu. Izvorno se je ta pravica razvila iz anglosaške doktrine »*informed consent*«. ³⁸ Žnidaršič Skubic v monografiji Civilno medicinsko pravo pojasni, da je vsebina avtonomije pacienta sestavljena iz pravice, da je pacient seznanjen z vsemi relevantnimi informacijami, pravice, da sprejme ali zavrne konkretni zdravstveni poseg, in pravice, da vnaprej izrazi voljo za tiste zdravstvene primere, ko ne bo več sposoben odločati o samem sebi.

Pacientova pravica, da je seznanjen z vsemi relevantnimi informacijami, na drugi strani pomeni zdravnikovo dolžnost, da mu na ustrezen način in v ustreznem obsegu predstavi vse relevantne okoliščine v zvezi s posegom. Samo ustrezno pojasnilo lahko namreč pacienta postavi v položaj aktivnega subjekta v procesu zdravljenja. Pomembno je tudi poudariti, da pojasnilna dolžnost zdravnika ni le enkratna dolžnost, temveč pomeni zahteven, nepretrgan in dolgotrajen proces, ki traja ves čas zdravljenja pacienta.³⁹

Informirano soglasje oziroma neobstoj le-tega ima za posledico odškodninsko odgovornost zdravnika. Ni namreč podane zdravnikove odgovornosti, če nastanejo med zdravljenjem, za katero je pacient dal veljavno privolitev, zapleti. Odgovornost je zaradi ozaveščene privolitve »prevaljena« na bolnikova ramena. Če pa zdravnik v okviru pojasnilne dolžnosti bolnika ni opozoril na morebitne zaplete in nesrečne posledice ter ta ni privolil v tako zdravljenje, do prenosa odgovornosti ne pride. Zdravnikova odgovornost je tako lahko podana tudi, če je sicer zdravljenje potekalo strokovno neoporečno. V situacijah, ko bolnikovega soglasja za poseg

³⁵ Glej: <<https://www.ostro.si/si/zgodbe/operacija-vsadki/da-vinic-robotski-sistem>> (2. 3. 2021).

³⁶ Glej: <<https://www.sb-celje.si/oddelki-in-ambulante/uroloski-oddelek/robotska-kirurgija/robotsko-asistira-na-kirurgija/kaj-je-robotska-kirurgija>> (1. 3. 2021).

³⁷ Glej: <<https://www.ostro.si/si/zgodbe/operacija-vsadki/da-vinic-robotski-sistem>> (2. 3. 2021).

³⁸ Žnidaršič, str. 53.

³⁹ Prav tam, str. 54.

ni mogoče dobiti takoj, ogroženo pa je njegovo življenje ali mu grozi težka poškodba zdravja, se lahko uporabi institut domnevne privolitve. V takšnem primeru se pomanjkanje soglasja, ki bi ga bolnik dal, če bi vedel za medicinsko nujnost posega, odpravi na podlagi hipotetične volje.⁴⁰

Na tej točki se zastavi vprašanje, kakšen je ustrezen način in ustrezen obseg predstavitve relevantnih okoliščin v primeru, da operacijo v celoti ali le v manjšem obsegu opravi robot.⁴¹ Postavlja se vprašanje, kako pacientu predstaviti tveganja in statistične možnosti za napake brez posebnega spodbujanja za odločitev o posegu. Ustrežno informiranje vključuje informacije o zdravljenju, njegove koristi, tveganja in možnosti za alternativno zdravljenje. Neizogibno je, da uporaba tehničnih naprav z UI postavlja dodatne zahteve v postopek informirane privolitve. Kadar se takšna naprava uporablja pri posegu, je informiranje še dodatno zapleteno zaradi morebitnih strahov pacienta, predsodkov do naprav in na splošno nerazumevanja njihovega delovanja. Od zdravnika se pričakuje, da dovolj razumljivo razloži pacientu, kako naprava deluje, in da to stori v čim bolj »enostavnem« jeziku. Vendar se tu odpira povsem novo poglavje, ali je zaradi zapletenosti algoritmov sploh mogoče zares razložiti in zares razumeti delovanje teh naprav.⁴²

Na informirano privolitev zelo vpliva tudi pacientova percepcija robota. Raziskava, ki je bila izvedena leta 2016 med 12.000 prebivalci evropskih, bližnjevzhodnih in afriških držav, je pokazala, da bi le 47 odstotkov vprašanih bilo pripravljenih soglašati z manj zahtevno operacijo, ki bi jo izvedel robot. Ta številka se je še dodatno zmanjšala na 37 odstotkov, ko bi šlo za večje in bolj invazivne operacije.⁴³

Mnogi avtorji so poskušali določiti jasna merila informiranega soglasja v primeru robotskih operacij. Susan J. Lee predlaga, da pojasnilna dolžnost zdravnika vsebuje generični opis posega z vsemi tehničnimi podrobnostmi, potencialnimi tveganji, izkušnjami zdravnika in uspešnost že izvedenih posegov ter na koncu tudi oceno zdravnika samega o primernosti posega.⁴⁴ Poleg naštetega predlagava, da je pacient informiran tudi o postopkih, ki so predvideni, če med operacijo nastanejo kakršnekoli tehnične težave.

⁴⁰ Sklep VSL I CP 4295/2009 z dne 19. 5. 2010.

⁴¹ Na tem mestu se »robot« lahko razume tako v sedanjem pomenu kot tudi v prihodnosti, ko bo deloval povsem avtonomno.

⁴² Več v poglavju 2.1.1 – Odgovornost zdravnika, str. 5.

⁴³ Müller, str. 555–572.

⁴⁴ Lee Char, str. 473–480.

3.2. Odgovornost za škodo, nastalo z robotsko operacijo

Načela odškodninske odgovornosti, ki sva jih opisali pri uporabi UI za diagnozo, veljajo tudi pri odškodninski odgovornosti za napake pri operacijah z roboti.⁴⁵ O robotski operaciji razmišlja tako, kot se jo razume sedaj in jo bomo razumeli tudi v prihodnosti, ko bodo kirurški roboti bolj avtonomni.

Kdo prevzame odgovornost, je odvisno od primera do primera. V sodnih postopkih glede takšnih sporov bi lahko našli nekakšno povezavo med dokazovanjem zdravniške malomarnosti in odgovornostjo za izdelke, čeprav sta ti področji historično gledano nepovezani.⁴⁶

Ko gledamo z vidika oškodovanca, zagotovo velja, da bi bila najboljša rešitev solidarna odgovornost vseh vpletenih v poseg (torej zdravstvena ustanova, kirurg, proizvajalec robota ...), saj bi v tem primeru moral le dokazati, da mu je nastala škoda, ne pa, kdo je odgovoren za njo. Takšen sistem omogoča zaščito šibkejših oseb, saj bi bilo v nasprotnem primeru zanj vse *probatio diabolica*. Pri čemer pa se zavedava, da bi v praksi nastajale težave z regresnimi zahtevki med udeleženi.

Tradicionalno zdravstvene ustanove in njihovi zaposleni ponujajo storitve, ne pa izdelkov, zato običajno niso povezani z odgovornostjo za produkte. Medicinski pripomočki, ki se med operacijo uporabljajo ali celo vsadijo v telo, se štejejo za postranske pri zdravstvenem posegu.⁴⁷

3.3. Odgovornost zdravnika

Kot že povedano, odgovornost zdravnika obstaja, če zdravljenja ni izvajal po standardu najboljše oskrbe, ki temelji na običajni praksi, in je to njegovo ravnanje neposredni vzrok za znatno poslabšanje stanja pacienta. Seveda to velja ob predpostavki, da je pacient informirano soglašal s posegom. Zdravnik je odgovoren za vse vidike lastne prakse, vključno z indikacijami za diagnostične in terapevtske postopke, sprejemanjem odločitev in nadaljnjim ukrepanjem ter vzdrževanjem najvišje ravni usposobljenosti (tj. stalno izobraževanje in usposabljanje). Če zdravnik dokaže, da je ravnal kot dober strokovnjak, ki je izvedel metodo oziroma tehniko posega, ki je sprejemljiva v medicinskih krogih, škodljiv izid ne bo pomenil njegove odgovornosti. Težava pa nedvomno ostaja, da je robotska kirurgija šele v svojih povojih, zato je včasih težko presoditi, ali je določena metoda oziroma tehnika sprejemljiva v medicinski družbi in potrjena v klinični praksi.

⁴⁵ Več v poglavju 2.1.1 – Odgovornost zdravnika, str. 5.

⁴⁶ Glej: <<https://www.pulj.org/the-roundtable/litigation-robotic-surgery-product-liability-or-medical-malpractice#>> (1. 3. 2021).

⁴⁷ Saceanu.

Pri robotskih operacijah, kot jih poznamo danes, je kirurg še vedno tisti, ki upravlja napravo in je zato dolžan zagotoviti pravilno uporabo instrumenta. Njegova odgovornost bi bila tako podana, če se dokaže, da kirurg robota ni upravljal v skladu s skrbnostjo dobrega strokovnjaka.⁴⁸ Kirurg se najlažje razbremeni odgovornosti, tako da je na vsakem koraku izredno pazljiv in upošteva vse razumne preventivne ukrepe. Ob tem razmišlja, da bi bilo morda smiselno razmisliti o snemanju tovrstnih operacij, predvsem v obsegu, da se lahko pozneje preverijo kirurгови ukazi robotu.

Dokazovanje odgovornosti bi postalo še zlasti kompleksno, če bi pacient trdil, da usposabljanje kirurga, ki ga je zagotovil proizvajalec robota, ni zadostovalo za učinkovito upravljanje robota med operacijo. Ne obstajajo namreč globalno sprejeti standardi o tem, katero usposabljanje je zadostno za akreditacijo kirurga za upravljanje naprave z robotom. Vsaka institucija določi svoj postopek preverjanja usposobljenosti. Zato je težko prepoznati različne dolžnosti in odgovornosti vpletenih subjektov.

3.4. Odgovornost proizvajalca robota

Proizvajalec je dolžan kupce (v našem primeru so to zdravstvene ustanove) opozoriti na nevarnosti svojih izdelkov. Te nevarnosti in tveganja morajo nato zdravniki prenesti na paciente v okviru informirane privolitve.

Tukaj lahko spet govorimo o doktrini »učenega posrednika«.⁴⁹ Če torej proizvajalec zdravniku oziroma zdravstveni ustanovi zagotovi ustrezno izobraževanje, ji prenese navodila in opozorila, potem je proizvajalec razbremenjen dolžnosti nadaljnjega opozarjanja pacienta, saj se ta obveznost prenese na zdravnika.⁵⁰

Na splošno bi bil sodni postopek v primeru napake, storjene med operacijo z robotom, izredno zapleten zaradi prepletanja razmerja med odgovornostjo proizvajalca in odgovornostjo kirurga. Zato spet predlagava rešitev solidarne odgovornosti med zdravstveno ustanovo, ki odgovarja za delo svojega delavca (kirurga), in proizvajalcem.⁵¹ Rešitev vidiva tudi v posebnem zavarovanju bolnišnice, v kateri se izvajajo robotske operacije in ki bi v ta namen posebej zavarovala škodo, nastalo pri zapletih iz tovrstnih posegov.

⁴⁸ Nekateri avtorji se s tem ne strinjajo in pravijo, da mora pacient dokazati, da bi bilo tveganje za tako napako znatno manjše, če bi poseg opravil drug kirurg v drugi bolnišnici, glej: <<https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC5329842/>> (2. 3. 2021).

⁴⁹ Več v poglavju 2.1 – Tradicionalna odškodninska odgovornost, str. 4

⁵⁰ Saceanu.

⁵¹ Več na str. 4

4. Avtonomni medicinski pripomočki

Pojem medicinski pripomoček je za vse vrste pripomočkov predlagala Svetovna zdravstvena organizacija in jih opredelila kot sredstvo, potrebno za zdravljenje in medicinsko rehabilitacijo, ki osebi: omogoči izboljšanje osnovnih življenjskih funkcij, omogoči samostojno življenje, omogoča premagovanje ovir v okolju, prepreči bistveno poslabšanje njenega zdravstvenega stanja ali celo smrt.⁵²

Kot aktivne medicinske pripomočke Zakon o medicinskih pripomočkih (ZMedPri)⁵³ obravnava tiste izdelke, ki za svoje delovanje potrebujejo vir električne ali druge energije. Posebej obravnava še aktivne medicinske pripomočke za vsaditev (ti se delno ali v celoti, kirurško ali z drugim medicinskim posegom vsadijo v človeško telo ali z zdravstvenim posegom vstavijo v naravno odprtino človeškega telesa in po tem postopku tam ostanejo).⁵⁴

Aktivni medicinski pripomočki vsebujejo strojno in/ali programsko opremo, lahko so mišljeni kot vmesniki za povezovanje različnih naprav oziroma pripomočkov, nekateri tudi komunicirajo med seboj. Nekateri lahko podatke pridobijo prek različnih vhodnih enot (senzorji) ter so jih zmožni obdelovati ali izmerjene vrednosti pošiljajo prek izhodnih naprav različnim akterjem.⁵⁵ To je širok spekter izdelkov, mednje med drugim štejemo defibrilatorje, inzulinske črpalke, srčne spodbujevalnike itd.

Zakon o medicinskih pripomočkih ne omenja napake izdelka, temveč uvede pojem zaplet. Pod pojem zaplet uvršča »vsako nepravilno delovanje ali poslabšanje lastnosti ali zmogljivosti medicinskega pripomočka z medicinskega ali tehničnega vidika, pa tudi vse neskladnosti pri označevanju oziroma pri navodilih za uporabo, ki bi lahko povzročile ali so že povzročile smrt ali resno poslabšale zdravstveno stanje bolnika, uporabnika ali tretjih oseb« (24. točka 9. člena).

Zaplet je pojem, ki se med drugim uporablja v zvezi z zdravnikovo odgovornostjo in opredeljuje situacijo, v kateri zdravniku ni mogoče pripisati odgovornosti za škodo, ki je nastala kot posledica zapleta. Zdravnik odgovarja subjektivno, če pacienta ni opozoril na mogoče zaplete, ki se lahko nastanejo ob posegu.⁵⁶ Zato je pomembno omeniti tudi informirano privolitev, ki jo lahko pacient poda po tem, ko ga zdravnik v primernem obsegu informira o pomembnih lastnostih posega.

⁵² Maren, str. 4.

⁵³ Uradni list RS, št. 98/09.

⁵⁴ Dreven, str. 7.

⁵⁵ Prav tam.

⁵⁶ Maren, str. 26.

Tako je tudi sodišče odločilo, da se za izvajalce zdravstvenih storitev zahteva, da ravnajo z večjo skrbnostjo v skladu s sodobno medicinsko doktrino, strokovnimi standardi, normativi in z razvitostjo zdravstvenega sistema v Republiki Sloveniji. Ena njihovih dolžnosti je tudi ta, da medicinske (tehnične) pripomočke in naprave pravilno uporabljajo v skladu z navodili in relevantno strokovno literaturo. Še zlasti to velja za obratovanje tehničnih naprav, ki so za paciente bistvene, z njimi naj bi se seznanili, kolikor je pri ljudeh, odprtih in dojemljivih za tehniko in naravoslovje, mogoče in razumno. Medicinske tehnične pripomočke naj bi toliko obvladali, da lahko z njimi pravilno delajo in da tudi preprečijo morebitno škodo za pacienta, če bi se ti pokvarili. Ker uporaba teh pripomočkov ni brez nevarnosti za pacientovo življenje in zdravje, so tudi zahteve glede skrbnosti pri njihovi uporabi (tudi glede nadzora in varnostnih ukrepov) zelo visoke.⁵⁷

Tako je lahko zdravnik odgovoren predvsem glede podajanja ustreznih informacij in pridobitve informiranega soglasja. Glede programskih napak pa se predvsem postavlja vprašanje odgovornosti proizvajalca ter morda odgovornosti posrednika.

Za medicinske pripomočke kot navedeno velja Direktiva Sveta 85/374/EGS z dne 25. julija 1985 o odgovornosti za napake proizvodov, ki predvideva režim stroge odgovornosti za proizvajalce.⁵⁸

Prav tako je Sodišče EU v zadevi *Boston Scientific Medizintechnik GmbH proti AOK Sachsen-Anhalt – Die Gesundheitskasse*⁵⁹ marca 2015 poudarilo, da morajo medicinski pripomočki, kot so srčni spodbujevalniki in vsadni defibrilatorji, glede na svojo naravo in občutljivo funkcijo ter posebno ranljivost bolnikov izpolnjevati visoke zahteve glede varnosti, ki jo taki bolniki lahko upravičeno pričakujejo. Določilo je tudi, da kadar se na takih proizvodih, ki spadajo v isto skupino ali serijo proizvodnje, ugotovi napaka, je mogoče vse proizvode istega modela, skupine ali serije opredeliti kot proizvode z napako, ne da bi bilo treba dokazati napako posameznega proizvoda.

Zdi pa se, da avtonomnost medicinskih pripomočkov še ni dosegla takšne stopnje, kot so algoritmi pri diagnostiki, zato se vprašanje odgovornosti rešuje predvsem na podlagi proizvajalčeve odgovornosti. Poglejmo si le primer inzulinske črpalke. Medtronicova inzulinska črpalčka 670G uporablja podatke senzorja za neprekinjeno merjenje glukoze (CGM), ki ga nosi bolnik, da dosledno spremlja dovajanje inzulina. Pretok podatkov, ki ga zagotavlja CGM, omogoča algoritmu, ki je vgrajen v inzulinsko črpalčko, da samodejno dovaja manj ali več inzulina glede na to, ali pacientu glukoza v krvi raste ali pada. Ta tehnologija je pomemben korak

⁵⁷ Sodba Vrhovnega sodišča RS II Ips 288/2012 z dne 21. 3. 2013.

⁵⁸ Gonçalves, str. 12.

⁵⁹ Sodba Sodišča EU v zadevi C-503/13.

naprej pri zdravljenju sladkorne bolezni tipa 1 in mnogi jo vidijo kot predhodnico »umetne trebušne slinavke«, ki jo poskušajo znanstveniki sestaviti že leta. T. i. sistem zaprte zanke bi samostojno uravnaval krvni sladkor brez številnih posegov bolnikov.⁶⁰

Čeprav je ta nova tehnologija za dovajanje inzulina pomemben korak naprej za bolnike in zdravnike, še ni toliko avtonomna, da bi samostojno delovala brez nadzora pacienta. Črpalka 670G prav tako uporablja strojno učene algoritme, vendar pacient še vedno sam sprejema večino pomembnih odločitev. Dejansko sistem morda nikoli ne bo dovolj »pameten«, da bi bil resnično avtonomen v nekaterih okoliščinah zaradi velike količine spremenljivk, ki jih ni mogoče predvideti. Nosljiva tehnologija, kot je inzulinska črpalka z zaprto zanko 670G, vključuje veliko notranjih in zunanjih spremenljivk, ki močno vplivajo na vrednosti glukoze v krvi in omejujejo stopnjo avtonomije, ki jo je mogoče doseči v tem kontekstu zdravljenja.⁶¹ Kot navedeno je za brezhibno delovanje algoritma predvsem odgovoren proizvajalec, ki odgovarja po navedenih pravilih. K sreči takih zapletov – nepravilnega delovanja algoritma in s tem na primer čezmernega dovajanja inzulina, ki pacientu povzroči škodo, v Sloveniji še ni bilo. Če bi lahko inzulinske črpalke (in preostali medicinski pripomočki) dosegle večjo avtonomnost, se znova zastavlja vprašanje nadzora in stopnje avtonomnosti algoritma ter že omenjena vprašanja, torej kdo ima dejansko nadzor nad algoritmom in kdo bi za njegove morebitne napake odgovarjal.

Drug sklop vprašanj, ki jih zastavlja medicinska UI, sta kibernetska varnost in zasebnost podatkov. Vdori v medicinske pripomočke zajemajo vse od le zlorabe pripomočka za dostop do podatkov do nadzora nad pripomočkom in upravljanja pripomočka, vendar bi navedeno vprašanje preseglo okvire tega prispevka.⁶²

5. Mogoče rešitve *de lege ferenda*

Uporaba UI v zdravstvu ima brez dvoma pozitivne lastnosti in možnosti za razvoj v prihodnosti. Hkrati je nedvomno tudi dejstvo, da njena prisotnost v medicini zaplete uporabo sedanjih struktur odškodninske odgovornosti pri reševanju zahtevkov zaradi napak. Tovrstni modeli pogosto ne zadoščajo za obravnavanje novonastalih situacij. Razviti bo treba nove pravne standarde in modele, ki obravnavajo uporabo UI v medicini in pacientu olajšajo položaj, kadar mu v postopku zdravljenja z UI nastane škoda. Pravila o odgovornosti ne določajo le tega, kdo čuti ekonomske posledice škodnega dogodka (ali je to žrtev, ki ne dobi odškodnine, ali lastnik naprave z UI, njen oblikovalec, proizvajalec ali distributer), temveč povzročijo tudi

⁶⁰ Reyes in dr.

⁶¹ Prav tam.

⁶² Več v Dreven.

druge pomembne posledice, s čimer pravzaprav oblikujejo tehnološki razvoj. Pravila o odgovornosti vplivajo na razvoj produktov in tudi na racionalno odločitev za sprejetje tehnološko naprednejših rešitev v primerjavi s tradicionalnejšimi na drugi strani.⁶³

V članku sva že omenili možnost vzpostavitve UI kot samostojnega pravnega subjekta, vzpostavitev skupne odgovornosti⁶⁴ in uveljavitev posebnega zavarovanja, zdaj bova te modele še podrobneje predstavili.

5.1. »Osebnost umetne inteligence«

Pod pravne subjekte uvrščamo nosilce pravic in dolžnosti, ki so lahko udeleženci določene pravnega razmerja. Pravna sposobnost je lastnost pravnih subjektov, da lahko pridobivajo pravice in hkrati prevzemajo odgovornost. V modernih pravnih sistemih poznamo dve vrsti pravnih subjektov, to sta fizična in pravna oseba. Fizične osebe so posamezniki, ki pridobijo pravno sposobnost z rojstvom in jo izgubijo s smrtjo. Pravne osebe pa so subjekti, ki jim pravni red ob izpolnjevanju določenih pogojev priznava pravno sposobnost. Če se ozremo v zgodovino, vidimo, da vedno ni bilo tako. V rimskem pravu so sužnji veljali za stvari in niso imeli pravne subjektivitete. To je argument, ki kaže, da je pravna subjektiviteta umetni konstrukt, ki temelji na aktivnem dejanju (ureditvi v zakonodaji), ki osebo opredeljuje za pravni subjekt.

Na podlagi tega ugotovimo, da lahko pozitivno pravo načeloma pravno subjektiviteto pripiše katerikoli entiteti, odvisno od tega, ali zakonodajalec meni, da je taka dodelitev potrebna za zaščito pravno relevantnih pravic, svoboščin in interesov.⁶⁵ Navsezadnje ni razloga, zakaj takšnim napravam ne bi podelili določene pravnega statusa, če bi to narekovala potrebe prakse. Podrobnejša ureditev te možnosti je zelo obsežna in presega meje najinega prispevka.

Povedati velja tudi, da bi bile prednosti takšnega modela velike, saj se ne bi bilo več treba spraševati, kdo je odgovoren, temveč bi bila v primeru škodnega dogodka pasivno legitimirana kar UI kot taka. Ta bi bila zavarovana, podobno kot so zdravniki zavarovani za svoje napake. Ob tem se seveda zastavi vprašanje, kdo bi plačeval zavarovalne premije, morda je najlažji odgovor kar lastniki teh naprav, vendar je to v nekakšnem nasprotju z idejo o subjektiviteti. Pri tem obstaja nevarnost za upočasnjevanje napredka tehnologije, saj bi odgovornost UI kot pravnega subjekta pomenila hkrati odgovornost njegovega razvijalca, ti pa bi se verjetno bali velikih finančnih bremen, ki jih takšna odgovornost prinese.

⁶³ Artificial Intelligence and Civil Liability, str. 66.

⁶⁴ Več v poglavju 2.1.3 – Odgovornost proizvajalca orodij umetne inteligence, str. 6.

⁶⁵ Glej: <<https://lawforcomputerscientists.pubpub.org/pub/4swyxh5/release/5>> (2. 3. 2021).

5.2. Solidarna odgovornost vseh udeležencev

Zanimiva je tudi ideja o solidarni odgovornosti vseh udeležencev zdravljenja. Ti udeleženci so torej razvijalec UI, proizvajalec, distributer, bolnišnica, ki takšno napravo kupi, in kirurg (za katerega po pravilih odgovornosti za delavca odgovarja njegov delodajalec). Po tem modelu bi, namesto da osebi ali subjektu pripisujemo krivdo (ali poskušamo ugotoviti, ali je napaka sploh nastala), ko sistem UI povzroči škodo, samodejno vse skupine, ki sodelujejo pri uporabi in izvajanju, prevzele določeno stopnjo odgovornosti.⁶⁶ Takšen model bi oškodovancem omogočal lažjo izterjavo odškodnine za nastalo škodo, saj bi oškodovanec po pravilih o solidarni odgovornosti lahko tožil enega od odgovornih, ta pa bi pozneje imel regresni zahtevek do vseh preostalih. Finančno breme bi se porazdelilo med vse udeležence, kar bi pozitivno vplivalo na razvoj UI, saj razvijalci ne bi bili pretirano obremenjeni z morebitnimi napakami.

Z vidika oškodovanca je to zagotovo najboljša rešitev.

5.3. Obvezno zavarovanje

Kot je že bilo omenjeno, bi k reševanju problema odgovornosti za napake UI v zdravstvu lahko prispevali tudi novi modeli zavarovanja za orodja UI, ki bi lahko pomagali ublažiti tveganja novih tehnologij. Zdravstvene ustanove bi tako lahko sklenile zavarovalne police zaradi zdravniške malomarnosti, da bi zaščitile podjetje pred potencialnimi tveganji in obveznostmi, ki bi izhajale iz uporabe UI. Uporaba takega kritija bi lahko bila tudi obvezna.⁶⁷

Kot morebitna rešitev se kaže tudi možnost vstopa države kot regulatorja. Ta bi ocenila tveganje za določen izdelek UI in nato posameznemu razvijalcu podelila pravico trženja izdelka v zameno za plačilo ustrezne provizije za tveganje. Morebitna dosojena odškodnina za nastalo škodo, ki bi bila posledica uporabe takega izdelka, bi se nato plačala iz bazena teh prispevkov.⁶⁸

6. Sklep

Trenutno ne poznamo posebnih pravil odškodninske odgovornosti, ki izhajajo iz uporabe tehnologije UI, ne v zdravstvu ne na kateremkoli drugem področju. Pravna skupnost še vedno razpravlja o tem, kakšna bi bila najprimernejša ureditev, ali bi morala biti tovrstna odškodninska odgovornost urejena posebej ali zadošča veljavna zakonodaja, ki jo ima posamezna država

⁶⁶ Vladeck, str. 117–150.

⁶⁷ Gonçalve, str. 30.

⁶⁸ Prav tam.

v zvezi s civilno odgovornostjo. Zdaj se spori, ki nastanejo na tem področju, urejajo ali po pravilih o zdravniški napaki ali po pravilih, ki veljajo za izdelke z napako.

Ko poskušamo te oblike odškodninske odgovornosti prenesti na UI, naletimo na težavo, saj te temeljijo na pravnih doktrinah, ki so osredotočene na človeško ravnanje in vedenje.

Meniva, da bo v prihodnje treba posodobiti to pravno področje, pri čemer je zaslediti tudi precej kontroverzne rešitve, kot je podelitev pravne subjektivitete napravi z UI, ali povsem znane institute, kot so posebne zdravstvene police, regulacija države ali pa, kot v prispevku predlagava, vzpostavitev solidarne odgovornosti vseh udeležencev v procesu zdravljenja. Takšna rešitev se nama zdi dober kompromis, saj ne zavira razvoja novih tehnologij, hkrati pa oškodovancu omogoča lažje izplačilo odškodnine.

Razvoj UI v prihodnosti je neizbežen, saj so prednosti, ki jih prinaša, revolucionarne. Splošno gledano ima njena uporaba v medicini veliko več prednosti kot slabosti, vendar je treba z ustrezno reformo prava urediti ta mali delež neželenih izidov.

Literatura

- Artificial Intelligence and Civil Liability*. Legal Affairs, STUDY Requested by the JURI committee. July 2020.
- ČAKARIĆ, Maja. Tudi roboti imajo včasih slab dan. Dostopno na: <<https://www.ostro.si/si/zgodbe/operacija-vsadki/da-vinic-robotski-sistem>> (2. 3. 2021).
- DREVEN, Maša. *Vdori v medicinske pripomočke*. Diplomsko delo, Ljubljana 2018.
- GREENFIELD, Daniel. Artificial Intelligence in Medicine: Applications, implications, and limitations. Dostopno na: <<https://sitn.hms.harvard.edu/flash/2019/artificial-intelligence-in-medicine-applications-implications-and-limitations/>> (2. 3. 2021).
- GONÇALVE, Mariana Alpalhão. *Liability arising from the use of Artificial Intelligence for the purposes of medical diagnosis and choice of treatment: who should be held liable in the event of damage to health?*. Tilburg Law School, 2018.
- HILDEBRANDT, Mireille. Legal Personhood for AI?. Dostopno na: <<https://lawforcomputer-scientists.pubpub.org/pub/4swyxh5/release/5>> (3. 3. 2021).
- Kaj je robotska kirurgija?* Dostopno na: <<https://www.sb-celje.si/oddelki-in-ambulante/urološki-oddelek/robotska-kirurgija/robotsko-asistirana-kirurgija/kaj-je-robotska-kirurgija>> (1. 3. 2021).
- LEE CHAR, Susan J. Informed consent for innovative surgery: a survey of patients and surgeons. *Surgery*, 2013, letn. 153, št. 4, str. 473–480.
- Malfunctions of robotic system in surgery: role and responsibility of surgeon in legal point of view*. Dostopno na: <<https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC5329842/>> (2. 3. 2021).
- MARN, Mitja. *Objektivna odgovornost in medicinski pripomočki*. Diplomsko delo, Maribor 2011.

- MÜLLER, Vincent C., BOSTROM, Nick. Future progress in artificial intelligence: a survey of expert opinion. V: Müller, V. C. (ed.), *Fundamental Issues of Artificial Intelligence*. Cham: Springer, 2016, str. 555–572.
- PANDE, Ravi U., PATEL, Yatin, POWERS, Colin J., D'ANCONA, Giuseppe, KARAMANOUKIAN, Hratch L. The telecommunication revolution in the medical field: present applications and future perspective. *Curr Surg.*, 2003, letn. 60, št. 6, str. 636–640.
- PRICE, W. Nicholson, II. Artificial Intelligence in Health Care: Applications and Legal Implications. V: *The SciTech Lawyer*, no. 1, 2017. Dostopno na: <<https://repository.law.umich.edu/articles/1932>> (3. 3. 2021).
- RANKIN, Andrew, CARR, Christian. AI and the potential liability issues arising from use in a clinical setting. Dostopno na: <<https://www.digitalhealth.net/2019/08/ai-and-the-potential-liability-issues-arising-from-use-in-a-clinical-setting/>> (4. 3. 2021).
- REYES, Carla L., NELSON, Victoria R. Legal Issues Raised by Medical AI: An Introductory Exploration. Dostopno na: <https://www.americanbar.org/groups/business_law/publications/blt/2019/12/medical-ai/> (2. 3. 2021).
- ROZBRUCH, Libby. Litigation & Robotic Surgery: Product Liability or Medical Malpractice?. Dostopno na: <<https://www.pulj.org/the-roundtable/litigation-robotic-surgery-product-liability-or-medical-malpractice#>> (2. 3. 2021).
- SACEANU, S. M., ANGELESCU, C., VALERIU, S., PATRASCU, A. Telesurgery and Robotic Surgery: Ethical and Legal Aspect. *Journal of Community Medicine & Health Education*, July 7, 2015. Dostopno na: <<https://www.omicsonline.org/open-access/telesurgery-and-robotic-surgery-ethical-and-legal-aspect-2376-0214-1000355.php?aid=54752#1>> (3. 3. 2021).
- SULLIVAN, Hannah R., SCHWEIKART, Scott J. Are Current Tort Liability Doctrines Adequate for Addressing Injury Caused by AI?. Dostopno na: <https://journalofethics.ama-assn.org/article/are-current-tort-liability-doctrines-adequate-addressing-injury-caused-ai/2019-02?utm_effort=0> (2. 3. 2021).
- VLADECK, D. C. Machines without principles: liability rules and artificial intelligence. *Wash Law Rev.*, 2014, letn. 89, št. 1, str. 117–150.
- ŽNIDARŠIČ SKUBIC, Viktorija. *Civilno medicinsko pravo*. Ljubljana: Uradni list RS, 2018.



Digitalizacija civilnega prava

III.

MASHA KOROŠEC

*Jamčevalni zahtevki pri pogodbah o dobavi digitalnih
vsebin ali digitalnih storitev: novosti Direktive (EU) 2019/770*

LEONARDO ROK LAMPRET

Ali je pravo pripravljeno na pametno pogodbo

Pregledni znanstveni članek
UDK 339.13:004.738.5:347.42

Jamčevalni zahtevki pri pogodbah o dobavi digitalnih vsebin ali digitalnih storitev: novosti Direktive (EU) 2019/770

MASHA KOROŠEC
diplomirana pravnica (UN),
študentka magistrskega študijskega
programa pravo 2. stopnje na Pravni
fakulteti Univerze v Ljubljani

1. Uvod

Potreba po vzpostavitvi enotnega digitalnega trga je posledica digitalizacije družbe, katere pomen in vplive lahko primerjamo z industrijsko revolucijo, ki je zaznamovala prehod iz ročne v strojno industrijo. Tehnološki razvoj ne vpliva le na gospodarstvo, ampak se kaže tudi v obnašanju potrošnikov, ki vse pogosteje uporabljajo spletne transakcije. Z novimi izzivi se srečujejo tudi zakonodajalci, katerih naloga je uvesti pravno ureditev, ki bo na eni strani spodbujala razvoj digitalnega trga, hkrati pa zagotovila ustrezno varstvo potrošnikov. Najučinkovitejša rešitev bi bila celostna ureditev digitalnega področja.

S tem namenom je Evropska komisija 6. 5. 2015 sprejela Strategijo za enotni digitalni trg za Evropo, v sklopu katere je napovedala zakonodajno pobudo o usklajenih pravilih za dobavo digitalnih vsebin in spletno prodajo blaga, ki jo sestavljata (a) predlog o nekaterih vidikih pogodb o dobavi digitalnih vsebin¹ in (b) predlog o nekaterih vidikih pogodb o spletni ter drugi prodaji blaga na daljavo.² Njun namen je bil maksimalna harmonizacija področja in odprava zadržanosti potrošnikov pri čezmejnem trgovanju v EU. Na podlagi teh predlogov sta bili 20. 5. 2019 sprejeti dve direktivi, ki se med seboj dopolnjujeta, in sicer Direktiva 2019/770 o nekaterih vidikih pogodb o dobavi digitalne vsebine in digitalnih storitev (v nadaljevanju

¹ Predlog direktive Evropskega parlamenta in Sveta z dne 9. 12. 2015 o nekaterih vidikih pogodb o dobavi digitalne vsebine, COM(2015) 634.

² Predlog direktive Evropskega parlamenta in Sveta z dne 9. 12. 2015 o nekaterih vidikih pogodb o spletni in drugi prodaji blaga na daljavo, COM(2015) 635.

Direktiva),³ ki je izhodišče tega prispevka, ter Direktiva 2019/771 o prodaji potrošniškega blaga.⁴

Splošni cilj Direktive je prispevati k hitrejši rasti enotnega digitalnega trga ter z enotno in jasno ureditvijo odpraviti ključne ovire čezmejnega trgovanja, povezane s pogodbenim pravom. Glavni razlogi negotovosti potrošnikov in podjetij pri spletnem poslovanju so ravno zapletenost pravnega sistema in stroški, ki jih povzročijo razlike v ureditvi pogodbenega prava držav članic.⁵ Škodo, ki jo imajo potrošniki, je mogoče pripisati pomanjkanju jasnih pogodbenih pravic v digitalnem pravu. Skupna vrednost finančne škode, ki je posledica opisanih težav, s katerimi se v zadnjem času srečujejo potrošniki, je bila za leto 2014 ocenjena na približno 10 milijard evrov.⁶

Področje digitalnega trga je bilo do nedavnega neurejeno na ravni Evropske unije (v nadaljevanju EU) in na ravni držav članic. Pravno ureditev digitalnih vsebin sta poznali le Nemčija in Nizozemska, ki sta veljavno zakonodajo razširili in prilagodili tako, da je zajela tudi področje digitalizacije.⁷ Pomanjkljiva ureditev na ravni držav članic se je pokazala kot priložnost za evropskega zakonodajalca, da uvede enoten sistem pravil, saj možnosti za nasprotja med pravom držav članic in evropsko ureditvijo dejansko ni,⁸ kar olajša implementacijo Direktive v nacionalne pravne rede. S tem namenom se trenutno na Ministrstvu za gospodarski razvoj in tehnologijo pripravlja nov zakon, ki bo implementiral med drugim tudi obe omenjeni direktivi.

Kljub nujnosti zapolnitve pravne vrzeli na tem področju je med njenim predlogom in sprejetjem Direktive preteklo kar precej časa. Gre za novo in še nerazvito pravno področje, na katerem se odpirajo številna teoretična in praktična vprašanja. Ena ključnih zagat, na katero je evropski zakonodajalec naletel pri sprejemanju Direktive, je vprašanje ustreznih jamstev, ki so na voljo potrošniku v primeru kršitve pogodbe, saj niso vsa jamstva, ki so nam znana iz dosedanjih ureditev, prilagojena digitalnemu trgu. Temeljni razlog za to je, da digitalne vsebine

³ Direktiva (EU) 2019/770 Evropskega parlamenta in Sveta z dne 20. maja 2019 o nekaterih vidikih pogodb o dobavi digitalne vsebine in digitalnih storitev, UL L 136.

⁴ Direktiva (EU) 2019/771 Evropskega parlamenta in Sveta z dne 20. maja 2019 o nekaterih vidikih pogodb za prodajo blaga, spremembi Uredbe (EU) 2017/2394 in Direktive 2009/22/ES ter razveljavitvi Direktive 1999/44/ES, UL L 136.

⁵ Obrazložiteni memorandum Predloga direktive Evropskega parlamenta in Sveta o nekaterih vidikih pogodb o dobavi digitalne vsebine, COM(2015) 634.

⁶ Giliker, str. 301.

⁷ Obrazložiteni memorandum Predloga direktive Evropskega parlamenta in Sveta o nekaterih vidikih pogodb o dobavi digitalne vsebine, COM(2015) 634.

⁸ Giliker, str. 301.

niso stvarni in oprijemljivi predmeti,⁹ ampak podatki, ki se nenehno spreminjajo in posodabljaajo. Namen tega prispevka je predstaviti jamstva, ki jih Direktiva zagotavlja potrošnikom pri pogodbah o dobavi digitalnih vsebin, pojasniti okoliščine, ki utemeljujejo njihovo sprejetje, ter ugotoviti, katere novosti je Direktiva prinesla na to področje.

2. Pojem digitalne vsebine in digitalne storitve v direktivi

Direktiva vsebuje zelo široko definicijo digitalnih vsebin in s tem vzpostavlja široko področje svoje uporabe, ki naj bo, kot izhaja iz uvodnih pojasnil, tehnološko nevtralnno in primerno za prihodnost (10. uvodna izjava Direktive). Pojem digitalne vsebine je nadpomenka za vse podatke, ki so proizvedeni in dobavljeni v digitalni obliki in so v zameno za protidajatev dobavljeni potrošniku ali z enkratnim ali trajajočim izpolnitvenim ravnanjem. To so elementi klasične prodajne pogodbe ali storitve. Kot primer digitalne vsebine so navedeni računalniški programi, aplikacije, videodatoteke, zvočne in glasbene datoteke, digitalne igre in elektronske knjige.¹⁰ V strahu, da je ne bi prehitel tehnološki napredek, se je že predlog Direktive izogibal kakršnemukoli razlikovanju med pogodbami, na primer med prodajnimi in storitvenimi pogodbami. Prav tako so razlog za to tudi različni pristopi držav k pojmom, obravnavanim v tej direktivi.¹¹

Digitalno vsebino moramo ločevati od pojma digitalne storitve, ki pomeni storitve, ki omogočajo potrošniku, da ustvarja, obdeluje in hrani podatke v digitalni obliki in dostop do njih. Tu so mišljene predvsem storitve v oblaku, zajete pa so tudi storitve, ki omogočajo izmenjavo podatkov in druge oblike medsebojne interakcije v digitalni obliki ter ki jih naložijo ali ustvarijo potrošniki, kar pomeni družbena omrežja ter storitve v oblaku, kjer lahko drugi uporabniki dostopajo do podatkov tretjih oseb (19. uvodna izjava Direktive).¹²

Direktiva opredeljuje tudi pojem blago z digitalnimi elementi kot premični materialni predmet z lastnostmi blaga ter digitalno vsebino, ki je naložena na napravo in omogoča delovanje pametne naprave ter je podrejena blagu. Za takšne izdelke, pri katerih je digitalna vsebina že integrirana v izdelek (na primer pametna ura), se Direktiva ne uporablja, ampak se uporabljajo določbe o prodaji blaga iz Direktive 2019/771 (četrti odstavek 3. člena Direktive).

Če povzamem, se Direktiva 2019/770 uporablja za dobavo digitalne vsebine, tudi če je ta dobavljena na materialnem nosilcu podatkov, kot so DVD-ji, CD-ji in USB-ključki, pa tudi

⁹ Prav tam, str. 302.

¹⁰ Prav tam.

¹¹ Spindler, str. 283.

¹² V nadaljevanju bo uporabljena beseda digitalne vsebine kot pojem, ki zajema tudi digitalne storitve.

za materialni nosilec podatkov, če deluje izključno kot nosilec digitalne vsebine. Direktiva 2019/771 pa se uporablja za pogodbe o prodaji blaga, vključno z blagom z digitalnimi elementi.

Izjema uporabe določb Direktive za digitalne vsebine, dobavljene na fizičnem mediju (CD, USB itd.), je predvidena le v določbah o dobavi in zahtevkih v primeru nedobave, ko se uporabijo določbe za blago Direktive o pravicah potrošnikov (20. uvodna izjava Direktive). Poleg tega se Direktiva ne uporablja za storitve, ki niso digitalne, ali če trgovec uporablja le digitalno obliko za dobavo oziroma prenos in storitve, ki jih urejajo druge direktive, kot so elektronske komunikacijske storitve, storitve zdravstvenega varstva, igre na srečo, finančne storitve itd. Prav tako je uporaba Direktive izključena za javne projekcije, kot so kinematografske predstave, ali za digitalne vsebine, ki jih zagotavljajo organi javnega sektorja (31. uvodna izjava Direktive).

3. Različne oblike kršitev pogodb

To je prva direktiva, ki obravnava pravice potrošnika v primeru nedobave in tudi v primeru neskladnosti. Dosedanje potrošniške direktive tega razlikovanja niso poznale, saj na primer Direktiva o nekaterih vidikih prodaje potrošniškega blaga¹³ obravnava le neskladnost, medtem ko Direktiva o pravicah potrošnikov¹⁴ obravnava le primere nedobave.¹⁵

Slovenska ureditev podobno kot Direktiva ločuje med različnimi oblikami kršitev potrošniških pogodb. Skladno s kontinentalno pravno tradicijo razlikujemo neizpolnitev pogodbe, ki takoj vodi v zamudo, od nepravilne izpolnitve,¹⁶ ki pomeni, da je prodajalec pogodbeno obveznost izpolnil in zamude ne bo, vendar izpolnitev ne ustreza dogovoru med strankama (na primer trgovec dobavi blago slabše kakovosti).

4. Nedobava digitalne vsebine

Dobava je temeljna obveznost trgovca, ki v zameno za kupnino oskrbi potrošnika z digitalno vsebino. Pojem dobave je bil opredeljen v predlogu Direktive kot zagotavljanje dostopa do

¹³ Direktiva 1999/44/ES Evropskega parlamenta in Sveta z dne 25. maja 1999 o nekaterih vidikih prodaje potrošniškega blaga in z njim povezanih garancij, UL L 171.

¹⁴ Direktiva 2011/83/EU Evropskega parlamenta in Sveta z dne 25. oktobra 2011 o pravicah potrošnikov, UL L 304.

¹⁵ Fervers, str. 224.

¹⁶ Možina (2012), str. 85.

digitalnih vsebin ali zagotavljanje digitalnih vsebin,¹⁷ vendar sprejeta Direktiva neposredno pojma dobava ne opredeljuje.

Šteje se, da je trgovec izpolnil obveznost, ko je digitalna vsebina na voljo potrošniku (drugi odstavek 5. člena Direktive), v nasprotnem primeru, tj., če trgovec ne dobavi digitalne vsebine, Direktiva v 13. členu od potrošnika zahteva, da trgovca pozove k izpolnitvi obveznosti. S tem mu omogoči dodatno priložnost za izpolnitev pogodbene obveznosti, če to ne zaleže, potrošniku vedno omogoča odstop od pogodbe (prvi odstavek 13. člena Direktive). Podobna ureditev trgovčeve zamude izhaja tudi iz določb Zakona o varstvu potrošnikov (ZVPot),¹⁸ ki nalaga potrošniku obveznost, da trgovcu postavi dodatni rok za izpolnitev. Če po preteku roka trgovec obveznosti še vedno ni izpolnil, lahko potrošnik odstopi od pogodbe (drugi odstavek 25.a člena ZVPot).

Določba na eni strani varuje potrošnika in mu pod določenimi pogoji omogoča, da od pogodbe odstopi, po drugi strani spodbuja trgovca k pravočasni izpolnitvi obveznosti. Prvotna ideja predloga Direktive je bila, da bi se potrošniku omogočil takojšni odstop brez kakršnekoli predhodne obveznosti, kot je na primer poziv trgovca k izpolnitvi obveznosti (11. člen predloga Direktive). Takšna ureditev naj bi bila utemeljena s spoznanjem, da gre v primeru nedobave za resno kršitev temeljne pogodbene obveznosti trgovca.¹⁹ Kljub temu je bil ta del predloga Direktive deležen številnih kritik, med drugim tudi ker gre v večini primerov le za zamudo in ne dokončno neizpolnitev obveznosti. Za zamudo pa ne morejo veljati strožji ukrepi kot za neskladnost digitalne vsebine. Torej bi ob upoštevanju predlagane ureditve nastalo neutemeljeno razlikovanje med pogoji za odstop od pogodbe v primeru nedobave ter pogoji za odstop v primeru neskladnosti digitalne vsebine, ki bodo podrobneje obravnavani v nadaljevanju. V primeru nedobave bi potrošnik lahko odstopil od pogodbe takoj, medtem ko bi bil v primeru neskladnosti digitalne vsebine odstop pogojen s strožjimi zahtevami.²⁰ Zaradi tega je bila opustitev ideje o takojšnjem odstopu iz predloga Direktive smiselna.

4.1. Pravica potrošnika zahtevati izpolnitev pogodbene obveznosti

V teoriji sta se oblikovali dve različni stališči glede interpretacije 13. člena ter morebitnega obstoja pravice potrošnika, da zahteva izpolnitev pogodbene obveznosti v primeru nedobave digitalne vsebine. Po prvem stališču je treba prvi odstavek omenjenega člena razumeti širše,

¹⁷ Deseti odstavek 2. člena Predloga direktive Evropskega parlamenta in Sveta z dne 9. 12. 2015 o nekaterih vidikih pogodb o dobavi digitalne vsebine, COM (2015) 634.

¹⁸ Uradni list RS, št. 98/04.

¹⁹ Fervers, str. 223 in 224.

²⁰ Prav tam.

in ne le kot pogoj za odstop od pogodbe, ampak kot pravico potrošnika zahtevati izpolnitev trgovčeve obveznosti. Takšna razlaga naj bi bila tudi skladna z določbami CISG, ki prav tako daje potrošniku pravico zahtevati izpolnitev obveznosti. Prevladujoče stališče se sklicuje na razliko med 13. členom Direktive in 46. členom CISG, saj iz slednjega posebej izhaja, da lahko potrošnik zahteva izpolnitev, medtem ko tega na podlagi besedila 13. člena ni mogoče sklepati. Poleg tega je naslov 13. člena v izvornem besedilu »*Remedy for the failure to supply*«, iz česar izhaja, da gre le za eno od jamstev, ki ga ima potrošnik na voljo, in to je odstop od pogodbe, ne pa pravica zahtevati njeno izpolnitev. Drugače kot izvirna edninska oblika zapisa pojma »*remedy*« slovenska različica Direktive naslavlja to določbo kot »Zahtevki v primeru nedobave«. ²¹ Menim, da lahko uporaba množinske oblike v tem primeru povzroči določeno nejasnost glede števila zahtevkov, ki jih ima potrošnik v tem primeru na voljo, vendar ob upoštevanju pravkar povedanega se pomisleki glede obstoja pravice do izpolnitve trgovčeve obveznosti ne bodo pojavili. Kljub ugotovitvi, da potrošnik na podlagi Direktive nima pravice zahtevati izpolnitve trgovčeve obveznosti, to ne pomeni, da države članice tega vprašanja ne smejo urediti na nacionalni ravni, saj ta pravica presega predmet urejanja Direktive. ²²

4.2. Odstop

Kot omenjeno dopušča Direktiva potrošniku v primeru neizpolnitve obveznosti (nedobave digitalne vsebine) odstop od pogodbe, vendar morata biti zato izpolnjena dva pogoja. Le v posebej določenih primerih, ki so predstavljeni v nadaljevanju, je odstop od pogodbe mogoč tudi takrat, ko ti pogoji niso izpolnjeni.

Glavna obveznost, ki jo ima potrošnik v primeru nedobave digitalne vsebine, je, da trgovec pozove k izpolnitvi pogodbe in mu tako zagotovi dodatno možnost za izpolnitev dogovorjenega. Za poziv ni predpisanih obličnostnih zahtev, kar pomeni, da lahko potrošnik trgovca pozove ali po elektronski pošti ali tudi ustno. Pomembno je le, da trgovec ve, na katero digitalno vsebino se poziv nanaša. ²³ Iz Direktive ne izhaja, da bi moral potrošnik trgovcu postaviti časovno omejitev, ²⁴ s katero bi omejil trgovca, kot je to razvidno iz 25.a člena ZVPot. Kljub temu mora trgovec po pozivu ukrepati brez nepotrebnega odlašanja, saj dobava poteka po spletu, ki omogoča hitrejšo poslovanje in komunikacijo med strankama. Kot izhaja iz 61. uvodne izjave Direktive mora trgovec zagotoviti podatke takoj, vendar se mora termin »*immediately*« razlagati restriktivno. ²⁵ Razlog za to je spet primerjava med ureditvijo nedobave in

²¹ Prav tam, str. 226 in 227.

²² Prav tam, str. 226.

²³ Prav tam, str. 229.

²⁴ Prav tam.

²⁵ Prav tam.

neskladnosti digitalnih vsebin. Zaradi raznolikosti digitalnih vsebin ni primerno, da nacionalni zakonodajalec določi natančne roke za uveljavljanje pravic ali izpolnjevanje obveznosti, saj takšni roki ne bi upoštevali te raznolikosti in bi bili lahko bodisi prekratki bodisi predolgi, odvisno od posameznega primera (64. uvodna izjava Direktive). Zaradi tega je primerneje zahtevati vzpostavitev skladnosti digitalne vsebine v razumnem roku. Povedano se nanaša le na neskladnost digitalne vsebine, v primeru nedobave pa se sodeč po določbah Direktive od trgovca zahteva, da izpolni obveznost takoj. To kaže na neutemeljeno razlikovanje med kršitvama pogodb.

Omeniti velja tudi možnost, da se lahko stranki v okviru poziva dogovorita za dodatno obdobje, v katerem mora trgovec izpolniti svojo obveznost. Takšen dogovor izključuje zahtevo po nepotrebem odlašanju, saj mora trgovec obveznost opraviti v času, za katerega sta se stranki dogovorili, in ne brez nepotrebega odlašanja. Iz določbe ne izhaja, ali mora biti v tem primeru dogovorjen tudi poseben rok ali se stranki lahko dogovorita, da bo obveznost izpolnjena na primer »takoj, ko je to mogoče«.²⁶ Menim, da je tu vseeno smiselno, da stranki določita rok za izpolnitev obveznosti, saj bi bila v nasprotnem primeru interpretacija takšne pogodbene določbe v rokah sodišča.

4.3. Takojšnji odstop

Direktiva v drugem odstavku 13. člena predvideva dve izjemi, ko potrošniku ni treba pozvati trgovca k izpolnitvi, temveč lahko takoj odstopi od pogodbe. Prvi tovrstni primer se nanaša na situacije, ko trgovec izjavi ali je iz okoliščin očitno, da ne bo dobavil digitalne vsebine, vseeno pa ne zadošča, da trgovec naznani, da obstaja le možnost, da izpolnitve ne bo.²⁷ Podrobnejše ureditve glede tega vprašanja ni, vendar velja, da mora obstajati prepričanje potrošnika, da izpolnitve ne bo.²⁸ Povedano se nanaša tudi na primere, ko se stranki dogovorita ali je iz okoliščin ob sklenitvi pogodbe očitno, da je določen čas dobave bistven za potrošnika. Poudariti velja, da se v teh primerih kot kršitev šteje tudi prezgodnja dobava digitalne vsebine.²⁹

Podobne izjeme splošnega pravila so predvidene tudi v tretjem odstavku 25.a člena ZVPot, in sicer v primerih, (a) kadar podjetje zavrne dostavo blaga, (b) iz okoliščin ob sklenitvi pogodbe je dogovorjeni rok bistvena sestavina pogodbe ali (c) potrošnik pred sklenitvijo pogodbe podjetje obvesti, da je dogovorjeni rok bistvena sestavina pogodbe, lahko potrošnik odstopi od pogodbe brez postavitve dodatnega roka.

²⁶ Prav tam, str. 230.

²⁷ Prav tam, str. 231.

²⁸ Prav tam.

²⁹ Prav tam, str. 232.

Takojšnji odstop brez predhodnega poziva k izpolnitvi pogodbe se v skladu s teorijo omogoča tudi v primerih, ko zahteve iz drugega odstavka še niso izpolnjene, a je očitno, da bodo v prihodnje podane.³⁰ Iz besedila določbe, ki obravnava možnost odstopa, tega ne moremo sklepati, vendar bi bilo v teh primerih nesmiselno od potrošnika zahtevati, da čaka, da se te okoliščine pojavijo, ter šele zatem odstopi od pogodbe. Naj kot primer navedem pogodbeni dogovor med potrošnikom in trgovcem, iz katerega izhaja, da je bil določen čas dobave bistven za potrošnika, vendar je trgovec pozneje sporočil, da dobave ne bo mogel opraviti v dogovorjenem času. Ta primer ne izpolnjuje pogojev iz drugega odstavka 13. člena, ki bi potrošniku omogočali takojšnji odstop od pogodbe. Prvič, trgovec ni izjavil, da digitalne vsebine sploh ne bo dobavil, ampak le to, da bo z dobavo zamudil. Drugič, kljub temu da gre za primer, ko je čas bistvena sestavina pogodbe, trgovec še ni prišel v zamudo, kakor je to zahtevano v drugi točki drugega odstavka 13. člena. Če povzamem, v tem primeru bi moral potrošnik počakati, da trgovec preide v zamudo, in šele takrat bi lahko odstopil od pogodbe, saj bi bili takrat pogoji drugega odstavka 13. člena izpolnjeni. Ker je v teh primerih jasno, da bodo pogoji za odstop od pogodbe izpolnjeni v bližnji prihodnosti, se zdi primerno domnevati, da ima potrošnik tudi v teh primerih pravico odstopiti od pogodbe takoj.³¹

4.4. Nemožnost izpolnitve

Direktiva ne ureja nemožnosti izpolnitve, zato je to v rokah držav članic. To je mogoče razbrati tudi iz 14. uvodne izjave Direktive, po kateri naj bi bilo državam članicam še naprej prepuščeno, da na primer urejajo posledice nedobave ali neskladnosti digitalne vsebine ali digitalne storitve, kadar je razlog za nedobavo ali neskladnost ovira, na katero trgovec ne vpliva, in kadar od njega ne bi bilo mogoče pričakovati, da bi to oviro ali njene posledice preprečil ali odpravil, kot je v primeru višje sile. Takšna ureditev postavlja pod vprašaj cilj Direktive glede maksimalne harmonizacije, saj po eni strani uvaja enotno ureditev digitalnega trga, hkrati pa določena vprašanja ostajajo v rokah držav članic.³²

Ker ureditev glede nemožnosti izpolnitve ostaja v pristojnosti držav članic, bo od našega zakonodajalca odvisno, ali bo ta institut dodatno uredil ali pa se bodo tudi za digitalne pogodbe uporabljala pravila Obligacijskega zakonika (OZ).³³ Posledice naknadne nemožnosti izpolnitve so v OZ uvrščene v poglavje o dvostranskih pogodbah, poleg tega so tu relevantne

³⁰ Prav tam, str. 233.

³¹ Prav tam.

³² Prav tam, str. 234 in 235.

³³ Uradni list RS, št. 83/01 in nasl.

še številne preostale določbe kot na primer določbe o odškodnini zaradi kršitve obveznosti, nastopu nemožnosti v dolžnikovi zamudi itd.³⁴

5. Zahtevki v primeru neskladnosti digitalne vsebine

Direktiva posebej ureja tudi jamčevalne zahtevke potrošnika v primeru nepravilne izpolnitve pogodbe o dobavi digitalnih vsebin. Pri presoji, ali je trgovec pravilno izpolnil svojo pogodbeno obveznost, pomagajo merila, ki jih pri pojmu skladnosti digitalnih vsebin opredeljuje Direktiva. To je natančna razmejitev med objektivnimi in subjektivnimi pogoji skladnosti digitalnih vsebin,³⁵ ki je nedvomno ena najpomembnejših novosti na tem področju. Objektivni pogoji skladnosti so tisti, ki so normativno določeni (vnaprej predpisani), drugače pa je pri subjektivnih pogojih, saj so ti predmet dogovora med strankami.³⁶ Predlog Direktive si je prvenstveno prizadeval za uporabo subjektivnih pogojev, objektivni pa naj bi se uporabili le, kadar subjektivni ne bi bili določeni. Slednje bi se lahko izražalo v izgubi pravnega varstva potrošnika zoper neskladnost digitalne vsebine, kadar te ne bi mogel dokazati na podlagi sklenjene pogodbe.³⁷ Skladno z veljavnim 6. členom Direktive morata biti izpolnjeni obe vrsti pogojev hkrati (če pogodba določa dodatne, tj. subjektivne pogoje).³⁸

Natančnejša opredelitev subjektivnih meril skladnosti je v 7. členu Direktive, in sicer seznam kriterijev, ki jih lahko razdelimo v dve skupini. Najprej so opredeljeni pogoji, ki so primerljivi s tistimi, ki jih pozna tudi Direktiva o potrošniški prodaji v 2. členu, tem pa sledijo tudi nekateri drugi, ki so odraz posebnosti digitalnih vsebin.³⁹ V prvo skupino spadajo ustrezen opis, količina ter kakovost, druga skupina pa se nanaša na funkcionalnost, združljivost in interoperabilnost,⁴⁰ vendar določba ohranja možnost za določitev tudi drugih kriterijev.⁴¹

Skladnost v okviru subjektivnih meril se nanaša tudi na morebiten poseben namen, za katerega potrošnik potrebuje digitalno vsebino. V tem primeru mora biti trgovec s tem seznanjen

³⁴ Možina (2008), str. 185.

³⁵ Edina druga direktiva, ki pozna tako delitev, je Direktiva 1999/44.

³⁶ Staudenmayer, str. 113.

³⁷ Prav tam, str. 114.

³⁸ Prav tam, str. 115.

³⁹ Prav tam, str. 123.

⁴⁰ Pojem funkcionalnosti se nanaša na načine, na katere se digitalna vsebina lahko uporablja, kot je na primer odsotnost ali prisotnost kakršnihkoli tehničnih omejitev, kot je zaščita prek upravljanja digitalnih pravic. Interoperabilnost pove, ali in koliko lahko digitalna vsebina deluje s strojno ali programsko opremo, ki se razlikuje od tiste, s katero se digitalna vsebina iste vrste običajno uporablja. Pojem združljivost pa obravnava zmožnost digitalne vsebine za izmenjavo informacij z drugo tovrstno programsko ali strojno opremo in za uporabo izmenjanih informacij.

⁴¹ Prav tam, str. 127.

najpozneje ob sklenitvi pogodbe. Naslednje subjektivno merilo skladnosti zajema dodatke, navodila in pomoč v skladu s pogodbo. Nazadnje je trgovec glede na subjektivne zahteve za skladnost odgovoren tudi za zagotovitev posodobitev, če je tako določeno v pogodbi (7. člen Direktive).

Objektivni pogoji na drugi strani tvorijo pomembnejši del pogojev skladnosti digitalne vsebine. Večina jih je bila prevzeta iz CESL, vendar so nekoliko prilagojeni potrebam digitalnega trga.⁴² V prvem odstavku 8. člena Direktive je najprej določena obveznost, da digitalna vsebina ustreza namenom, za katere bi se običajno uporabljala. Pojem nameni je treba razumeti tako, da izpolnjevanje le enega od več namenov pomeni neskladnost digitalne vsebine.⁴³ V naslednji točki 8. člena je zahtevano, da je digitalna vsebina zagotovljena v določeni količini (na primer ustrezno število posredovanih datotek) in da mora imeti značilnosti ter zmožljive lastnosti,⁴⁴ ki so običajne za digitalno vsebino iste vrste in ki jih lahko potrošnik razumno pričakuje. Kar zadeva količino, velja, da tako večja kot manjša količina digitalne vsebine, kot je bilo sprva dogovorjeno, kažeta na neskladnost digitalne vsebine.⁴⁵ Naslednje vprašanje je, ali razvoj boljše in zmožljivejše vsebine lahko vodi v neskladnost dobavljene digitalne vsebine. Splošno pravilo iz 6. člena Direktive je, da če se stranki nista dogovorili drugače, mora biti digitalna vsebina dobavljena v najnovejši različici, ki je bila na razpolago ob sklenitvi pogodbe. Kljub temu poznejši razvoj ne vodi v neskladnost že dobavljene digitalne vsebine.⁴⁶

Poleg tega se pri objektivnih zahtevah za skladnost uvaja obveznost dobave skupaj z vsemi dodatki in navodili, za katere lahko potrošnik razumno pričakuje, da jih bo prejel, kadar je to ustrezno (8. člen Direktive). Sem uvrščamo ne glede na obliko, v kateri se nahajajo, vse dodatke, ki bi lahko kakorkoli vplivali na dostop ali uporabo digitalne vsebine, kot so na primer različna PIN-gesla, ki jih potrošnik potrebuje za dostop do vsebine.⁴⁷ Kot pri subjektivnih tudi med objektivnimi zahtevami za skladnost najdemo določbo glede dobave posodobitev za digitalno vsebino, vendar se drugače kot pri subjektivnih zahtevah obravnavajo le posodobitve, ki so ključne za vzdrževanje skladnosti digitalne vsebine. Med subjektivnimi zahtevami pa so večinoma mišljene predvsem nadgradnje digitalne vsebine, ki presegajo standard »normalne« uporabe. Predlog Direktive je to zahtevo vseboval le med subjektivnimi pogoji skladnosti, torej le pri pogodbenem dogovoru med strankama.⁴⁸

⁴² Prav tam, str. 133.

⁴³ Prav tam, str. 136.

⁴⁴ Vključno v zvezi s funkcionalnostjo, združljivostjo, dostopnostjo, kontinuiteto in varnostjo.

⁴⁵ Staudenmayer, str. 140.

⁴⁶ Prav tam.

⁴⁷ Prav tam, str. 147.

⁴⁸ Prav tam, str. 154.

Opaziti je mogoče, da se dikciji, ki obravnavata subjektivne in objektivne pogoje, v določenih delih vsebinsko prekrivata. Pa vendar obstaja nekaj ključnih razlik, ki jih velja poudariti. Prvič, objektivni pogoji so določeni na normativni ravni, drugače je pri subjektivnih, ki so predmet dogovora. To pomeni, da se lahko s subjektivnimi pogoji zagotovi višji standard, kot je predviden z objektivnimi merili. Obenem velja tudi obratno, saj se lahko stranki dogovorita tudi za nižji standard skladnosti.⁴⁹ Tukaj gre za izjemo splošnega pravila, ki določa, da morajo biti objektivni pogoji vedno izpolnjeni, vendar je to mogoče le ob upoštevanju petega odstavka 8. člena Direktive, v katerem je zahtevano, da je bil potrošnik ob sklenitvi pogodbe izrecno obveščen, da posamezna lastnost digitalne vsebine odstopa od objektivnih zahtev za skladnost, ter je ob sklenitvi pogodbe izrecno sprejel to odstopanje.⁵⁰

Poudariti velja tudi t. i. IKEA-klavzulo, ki jo Direktiva ureja v 9. členu in ji pripisuje enak pomen pri zahtevah za skladnost, kot velja za subjektivne in objektivne zahteve. Vzrok neskladnosti bo v tem primeru napačna namestitev digitalne vsebine na napravo, ki bo opravljena ali s strani trgovca ali po njegovih pomanjkljivih navodilih. Bistveno je, da se namestitev, ki je izvedena nepravilno, kaže v neskladnosti digitalne vsebine. Če so samo navodila napačna ali pomanjkljiva, vendar je integracija kljub temu pravilna, to ni zadostna podlaga za uporabo jamčevalnih zahtevkov.⁵¹ Kar zadeva navodila, morajo biti namenjena integraciji, in ne upravljanju programa (če so ta netočna, lahko to povzroči neskladnost v smislu subjektivnih ali objektivnih zahtev).⁵²

Evropsko potrošniško pravo je odgovornost prodajalca za napake uredilo z Direktivo 1999/44 ES o prodaji potrošniškega blaga in garancijah, ki je narekovala ureditev tudi slovenskemu zakonodajalcu. Vendar že iz opredelitve potrošniškega blaga⁵³ izhaja, da omejitev na materialne predmete izključuje digitalne vsebine, ki niso dobavljene na oprijemljivem materialnem mediju. Vseeno je iz 8. člena Direktive 1999/44 mogoče razbrati, da lahko države članice na tem področju sprejemajo strožjo ureditev, ki potrošnikom zagotovi višji standard varnosti. Z novelo F je bila v ZVPot vnesena definicija blaga, ki za blago po novem šteje tudi digitalno vsebino, kar lahko glede na 8. člen Direktive 1999/44 razumemo kot zagotavljanje višjega standarda varnosti potrošnika in v tem primeru lahko določbe ZVPot, ki se nanašajo na stvarne napake, uporabimo tudi glede digitalnih pogodb.⁵⁴

⁴⁹ Prav tam, str. 115.

⁵⁰ Prav tam, str. 116.

⁵¹ Rosenkranz, str. 173 in 174.

⁵² Prav tam, str. 178.

⁵³ V 1. členu Direktive 1999/44 je navedeno, da potrošniško blago pomeni premične materialne predmete, razen blaga, prodanega v okviru izvršbe ali drugih sodnih ukrepov, vode in plina, če se ne prodajata v omejeni prostornini ali določeni količini, in elektrike.

⁵⁴ Damjan, str. 77 in 78.

Ne glede na povedano prodajalec za napake digitalne vsebine kupcu odgovarja po splošnih pravilih OZ, na uporabo katerega napotuje ZVPot v četrtem odstavku 37. člena. Razlika je predvsem v rokih za grajanje napak, ki so po določbah OZ za potrošnika manj ugodni v primerjavi z roki, določenimi v ZVPot.⁵⁵

5.1. Jamčevalni zahtevki

Člen 14 Direktive ureja jamstva, ki jih ima potrošnik na voljo v primeru neskladnosti digitalne vsebine, in sicer ureditev narekuje tri zahtevke, ki so med seboj v hierarhičnem razmerju. Potrošnik je najprej upravičen do vzpostavitve skladnosti digitalne vsebine, razen če bi bilo to nemogoče oziroma bi trgovcu vzpostavitev skladnosti povzročila nesorazmerne stroške. Trгоvec mora od trenutka kupčevega obvestila o napaki v razumnem času odpraviti napako brezplačno in brez znatnih nevšečnosti za potrošnika. Ker lahko potrošnik šele zatem uveljavlja sorazmerno znižanje cene ali odstop od pogodbe, govorimo o tako imenovanih sekundarnih pravnih jamstvih.⁵⁶

Opozoriti je treba na razliko med neskladnostjo digitalne vsebine in njeno nedobavo, ki je bila obravnavana v prejšnjem poglavju. To je pomembno predvsem z vidika pravnih posledic in postopkov, ki se med seboj razlikujejo. Velikokrat se potrošniki znajdejo v situacijah, ko trgovec dobavi manjšo količino digitalne vsebine, kot je bilo dogovorjeno. Na prvi pogled je videti, da gre za nedobavo določenega dela predmeta pogodbe, vendar Direktiva pojasni, da ne gre za nedobavo, ampak za neskladnost digitalne vsebine. Enako velja za primere, ko dobavljena digitalna vsebina ne ustreza opisu predmeta iz pogodbe ali kadar imamo opraviti s storitvijo, ki jo mora trgovec zagotavljati daljše časovno obdobje (na primer dostop do storitev v oblaku).⁵⁷ Med trajanjem pogodb, sklenjenih za daljše obdobje, lahko pride do kratkoročnih prekinitev dobave vsebine in tudi tu velja, da se mora potrošnik ravnati po pravilih, ki veljajo za neskladnost, in ne nedobavo. Nazadnje velja omeniti dogovore glede zagotavljanja posodobitev digitalnih vsebin. Če trgovec ne zagotovi dogovorjene posodobitve, bi sprva sklepali, da te ni dobavil, vendar je enako kot v prej opisanih primerih tudi tu relevantna dikcija, ki ureja jamstva potrošnika v primeru neskladnosti digitalne vsebine, tj. 14. člen Direktive (44. uvodna izjava Direktive).

⁵⁵ Prav tam.

⁵⁶ Gsell, str. 256.

⁵⁷ Fervers, str. 228.

5.2. Časovne omejitve za vzpostavitev skladnosti digitalne vsebine

Pri vzpostavljanju skladnosti digitalne vsebine je trgovec časovno omejen, saj mora neskladnost odpraviti v razumnem roku od trenutka, ko je bil o njej obveščen. V primerjavi s potrošniško direktivo Direktiva ne zahteva od potrošnika postavitve roka, v katerem mora trgovec neskladnost odpraviti, saj zaradi raznolikosti digitalne vsebine ni primerno, da zakonodajalec določi natančne roke za uveljavljanje pravic ali izpolnjevanje obveznosti v zvezi z digitalno vsebino – tovrstni roki ne bi upoštevali pravkar omenjenih razlik (64. uvodna izjava Direktive). To bi se kazalo v prekratkih ali predolghih rokih, ki bi ovirali potrošnike in trgovce pri uresničevanju pravic. Vseeno zaradi dejstva, da se digitalna vsebina dobavi v digitalni obliki, v večini primerov ni potreben dodaten čas za dobavo. Za dokončno odločitev, ali je bila v konkretnem primeru spoštovana zahteva po razumnem roku, sta odločilni predvsem naslednji dve okoliščini. Prvič, pri presoji se upošteva vrsta digitalne vsebine in drugič, upoštevati moramo tudi sam namen, za katerega je potrošnik digitalno vsebino potreboval. Interesi potrošnikov so običajno kratkotrajni, zaradi česar ne gre pričakovati, da bi lahko potrošnik čakal na vzpostavitev skladnosti na primer več tednov ali celo mesecev. Ker je treba presojati vsak primer posebej, je lahko v določenih situacijah že ena ura preveč. Primeroma naj navedem sklenitev pogodbe za prenos nekega športnega dogodka, ki ga potrošnik namerava spremljati po spletu. V primeru neskladnosti (na primer slabša kakovost slike, kot je bilo dogovorjeno) ne more potrošnik več ur čakati na odpravo napake, saj se bo prireditve takrat že končala. V tem primeru bi moral razumni rok pomeniti zelo kratko obdobje.⁵⁸

5.3. Odgovornost trgovca za neskladnost in domneva o obstoju neskladnosti digitalne vsebine ob dobavi

Člen 14 je treba brati skupaj z 11. členom, ki v drugem odstavku ureja časovni vidik trgovčeve odgovornosti za neskladnost.⁵⁹ Direktiva ločuje med pogodbami, pri katerih gre za enkratno dobavo oziroma niz posameznih dobav, ter pogodbami z nepretrgano dobavo za določeno obdobje. V prvem primeru je trgovec odgovoren za vsako neskladnost, ki obstaja ob dobavi. Takšna ureditev ustreza ureditvi prodajne pogodbe po določbah OZ, pri čemer prodajalec odgovarja za vsako stvarno napako, ki obstaja ob izročitvi, tj. v trenutku prehoda nevarnosti naključnega uničenja (prvi odstavek 458. člena OZ v povezavi s 436. členom OZ). Kadar gre za nepretrgano dobavo, trgovec odgovarja za neskladnost, ki nastane ali se pokaže v obdobju, v katerem je treba v skladu s pogodbo dobaviti digitalno vsebino (tretji odstavek 11. člena Di-

⁵⁸ Gsell, str. 294.

⁵⁹ Prav tam, str. 247.

rektive). To ustreza ureditvi zakupne (najemne) pogodbe iz 589. člena OZ, ko je zakupodajalec dolžan skozi celotno obdobje trajanja pogodbe stvar vzdrževati in jo po potrebi popravljati.

Poleg tega Direktiva določa tudi domnevo o obstoju neskladnosti ob dobavi. Znova loči med enkratno dobavo oziroma nizom posameznih dobav ter nepretrgano dobavo. Pri enkratni dobavi drugi odstavek 12. člena Direktive določa omenjeno domnevo za obdobje enega leta od trenutka dobave. To pomeni, da je dokazno breme na trgovcu, da dokaže obstoj skladnosti ob dobavi. Trenutna ureditev v 37.b členu ZVPot predvideva krajše šestmesečno obdobje. V primeru nepretrgane dobave pa čas obstoja domneve sovпада s trajanjem pogodbe (tretji odstavek 12. člena Direktive).

5.4. Način vzpostavitve skladnosti digitalne vsebine

Kot izhaja iz tretjega odstavka 14. člena, mora trgovec vzpostaviti skladnost digitalne vsebine brezplačno in brez znatnih nevšečnosti za potrošnika. Takšne določbe ne gre pojmovati kot novost v pravu varstva potrošnikov, saj najdemo enako zahtevo tudi v 3. členu Direktive 1999/44. Kot je Sodišče Evropske unije (SEU) že poudarilo, je *ratio* takšne dikcije predvsem v varstvu potrošnika pred finančnimi bremenami, ki bi lahko nastala zaradi uveljavljanja njegovih pravic,⁶⁰ poleg tega pa se s tem spodbujajo čezmejni nakupi.⁶¹ Med stroške se uvršča tudi morebitna zahteva po dodatnih osebnih podatkih, ki bi jih potrošnik moral zagotoviti za vzpostavitev skladnosti, saj je ena od novosti, ki jih prinaša Direktiva, izenačitev klasičnih pogodb o dobavi digitalnih vsebin s tistimi, pri katerih potrošnik namesto kupnine kot protidajatev zagotovi osebne podatke.⁶² Izjemo zahteve po brezplačni vzpostavitvi skladnosti pomenijo stroški, ki nastanejo v potrošnikovem lastnem digitalnem okolju, na primer plačilo za omrežno povezavo, saj niso posebej povezani s pridobitvijo vsebine. Nazadnje naj potrošnik tudi ne bi nosil nobenih finančnih bremen, povezanih z razvojem posodobitev digitalne vsebine (64. uvodna izjava Direktive).

Takšna ureditev trgovcu onemogoča, da bi od potrošnika zahteval kakršnokoli povračilo za zagotovljeno digitalno vsebino, ki ni skladna. Kot je poudarilo SEU, v teh primerih potrošnik ni neupravičeno obogatel, saj trgovec ni pravilno izvršil obveznosti, h kateri se je zavezal, in mora zato trpeti posledice nepravilne izvršitve pogodbe.⁶³

⁶⁰ Sodba SEU C-52/18, *Füllä*, ECLI:EU:C:2019:447, točki 34 in 51.

⁶¹ Sklepni predlogi generalnega pravobranilca Nilsa Wahla, predstavljeni 15. 1. 2019, zadeva C-52/18, ECLI:EU:C:2019:22, točka 34.

⁶² Schulze, Staudenmayer, str. 251.

⁶³ Sodba SEU, *Quelle*, ECLI:EU:C:2008:231, točka 41.

Drugi pogoj, ki ga mora trgovec upoštevati, je, da do vzpostavitve skladnosti pride brez znatnih nevšečnosti za potrošnika. Natančnejšo opredelitev, kaj to dejansko pomeni, lahko najdemo v praksi SEU, ki je sprejelo stališče, da tega ne gre razumeti kot nikakršne neprijetnosti za potrošnika, ampak ne sme pomeniti bremena, ki bi potrošnika odvrnilo od uveljavljanja njegovih pravic.⁶⁴ Sodišče glede na to tudi poudarja, da je to način vzpostavitve pravičnega ravnotežja med interesi potrošnika in interesi prodajalca s tem, da se potrošniku kot šibkejši pogodbeni stranki zagotovi popolno in učinkovito varstvo pred nepravilno izpolnitvijo pogodbenih obveznosti prodajalca, pri čemer je treba upoštevati ekonomske interese prodajalca.⁶⁵

5.5. Nesorazmerni stroški za trgovca in nemožnost vzpostavitve skladnosti digitalne vsebine

Potrošnikova pravica zahtevati odpravo neskladnosti digitalne vsebine je izključena v primerih, ko bi takšno ravnanje za trgovca pomenilo nesorazmerne stroške ali je nemogoče. V tem primeru ima potrošnik pravico do sorazmernega znižanja kupnine ali odstopa od pogodbe (65. uvodna izjava Direktive).

Nemožnost izpolnitve se nanaša na pravno in dejansko nemožnost izpolnitve,⁶⁶ ki je lahko subjektivna (dolžnik obveznosti ne more izpolniti, nekdo tretji pa bi jo lahko) ali objektivna (nihče ne bi mogel izpolniti te obveznosti). Ker iz 14. člena ne izhaja, da bi ta posebej obravnavan trgovec položaj, velja uporaba objektivnega pojmovanja nemožnosti izpolnitve.⁶⁷ Takšno ozko pojmovanje je povsem utemeljeno, saj kadar trgovec zaradi osebnih okoliščin ne bi mogel izpolniti obveznosti, bi lahko za pomoč prosil nekoga drugega in tako še vedno izpolnil svojo obveznost.⁶⁸ Ker takšna pomoč v večini primerov ne bo brezplačna, bo končni rezultat dejansko odvisen od finančne sposobnosti trgovca, ki vselej spada v njegovo sfero tveganja. Gre za splošno pravilo, da se dolžnik ne more sklicevati na pomanjkanje finančnih sredstev, potrebnih za izpolnitev. Raziskovanje razlogov, zakaj posameznik nima zadostnih finančnih sredstev, bi se po vsej verjetnosti izražalo v arbitrarni porazdelitvi tveganj,⁶⁹ hkrati pa bi z upoštevanjem finančne zmogljivosti posameznika zaobšli tudi temeljno načelo pogodbenega prava – *pacta sunt servanda*.⁷⁰

⁶⁴ Sodba SEU C-52/18, *Filla*, ECLI:EU:C:2019:447, točka 40.

⁶⁵ Sodba SEU C65/09 in C87/09, *Weber in Putz*, EU:C:2011:396, točka 75.

⁶⁶ Gsell, str. 252.

⁶⁷ Prav tam.

⁶⁸ Prav tam.

⁶⁹ Možina (2008), str. 189.

⁷⁰ Gsell, str. 252.

Druga omejitev, ki potrošniku onemogoča zahtevati vzpostavitev skladnosti digitalne vsebine, se nanaša na nesorazmernost stroškov, ki bi pri tem nastali trgovcu, ter kaže na vzporednico z že veljavno ureditvijo varstva potrošnikov.⁷¹ Razlog takšne zahteve se tudi tu nahaja v želji po vzpostavitvi pravičnega ravnotežja med interesi potrošnika in interesi prodajalca.⁷²

5.6. Znižanje cene ali odstop od pogodbe

V določenih primerih lahko potrošnik zaradi neskladnosti digitalne vsebine odstopi od pogodbe ali zahteva od trgovca sorazmerno znižanje cene. Ti dve jamstvi sta potrošniku praviloma na voljo le, če je pred tem zahteval odpravo neskladnosti in bil pri tem neuspešen.⁷³

Uporabo teh dveh jamstev lahko razdelimo v dve skupini. Najprej ima potrošnik to možnost, ko je pred tem že zahteval vzpostavitev skladnosti digitalne vsebine, ampak trgovcu to ni uspelo. Drugi primeri se nanašajo na položaje, ko ima potrošnik takojšnjo možnost odstopa od pogodbe oziroma sorazmernega znižanja cene in torej pomenijo izjemo hierarhične ureditve jamstev v primeru neskladnosti digitalne vsebine.⁷⁴

Kot predstavljeno potrošnik ne more zahtevati vzpostavitve skladnosti, kadar bi to pomenilo nesorazmerno finančno breme za trgovca ali to sploh ni mogoče. V tem primeru ima potrošnik možnost, da od pogodbe odstopi takoj, saj odprava neskladnosti ni smiselna. Trgovec je tako *ex lege* oproščen svoje prvotne obveznosti in se, če potrošnik takoj odstopi od pogodbe, ne more sklicevati na to, da bi moral potrošnik najprej uporabiti primarno jamstvo, tj. zahtevo po vzpostavitvi skladnosti digitalne vsebine.⁷⁵ Poleg tega je sorazmerno znižanje kupnine oziroma odstop od pogodbe mogoč, kadar trgovec ni vzpostavil skladnosti digitalne vsebine, čeprav ga je potrošnik k temu pozval, kadar neskladnost ostaja kljub poskusu trgovca, da bi to odpravil, poleg tega tudi, kadar je narava neskladnosti tako resna, da upravičuje takojšnje znižanje kupnine ali odstop od pogodbe, in kadar trgovec izjavi ali je iz okoliščin očitno, da ne bo vzpostavil skladnosti v razumnem roku ali brez znatnih nevšečnosti za potrošnika (četrti odstavek 14. člena Direktive).

Pri tem se upošteva, da mora biti znižanje kupnine sorazmerno zmanjšanju vrednosti digitalne vsebine, dobavljene potrošniku, v primerjavi z vrednostjo, ki bi jo imela, če bi bila skladna. Kadar se digitalna vsebina dobavlja v določenem obdobju proti plačilu kupnine, se kupnina

⁷¹ Tudi v tretjem odstavku 3. člena Direktive 1999/44.

⁷² Sodba SEU C65/09 in C87/09, *Weber in Putz*, EU:C:2011:396, točka 58 in 75.

⁷³ Gsell, str. 256.

⁷⁴ Prav tam.

⁷⁵ Gsell, str. 257.

zniža le za obdobje, ko skladnost vsebine ni bila zagotovljena (peti odstavek 14. člena Direktive).

5.7. Odstop zaradi spremembe digitalne vsebine

Zaradi hitrega tehnološkega napredka in razvoja so nadgradnje in posodobitve digitalnih vsebin nujne za ohranjanje njihove skladnosti v smislu subjektivnih in objektivnih pogojev skladnosti. Vendar morajo biti za takšne posege v digitalno vsebino kumulativno izpolnjeni naslednji pogoji. Najprej Direktiva v 19. členu zahteva, da je s pogodbo določeno, da se digitalna vsebina dobavlja potrošniku v določenem časovnem obdobju. To izključuje pogodbe, ki so sklenjene za enkratno dobavo. Poleg tega mora pogodba omogočati takšne spremembe, ki jih je treba tudi ustrezno utemeljiti.⁷⁶

Potrošnik mora biti na jasn in razumljiv način obveščen o sami spremembi. Kadar ima potrošnik zaradi spremembe digitalne vsebine pravico do odstopa, mora biti tudi v razumnem roku vnaprej obveščen o tej pravici oziroma o možnosti, da obdrži digitalno vsebino brez take spremembe (prvi odstavek 19. člena Direktive).

Pravico do odstopa ima potrošnik le, kadar takšna sprememba digitalne vsebine nanj negativno učinkuje, na primer da mora zaradi takega posega zagotoviti dodatne osebne podatke, ki pred tem niso bili potrebni.⁷⁷ Sočasno pa povzročeni negativni učinek ne sme biti neznamen. Z drugimi besedami, objektivno je treba ugotoviti, koliko spremembe negativno učinkujejo na potrošnikovo uporabo digitalne vsebine, ter pri tem upoštevati naravo in namen digitalne vsebine ter kakovost, funkcionalnost, združljivost in druge glavne lastnosti, ki so običajne za digitalno vsebino iste vrste. Ob izpolnitvi omenjenih pogojev je potrošnik upravičen do brezplačnega odstopa od pogodbe v 30 dneh po prejemu obvestila ali od trenutka, ko trgovec spremeni digitalno vsebino, kar se zgodi pozneje (drugi odstavek 19. člena Direktive).

6. Pogodbe z osebnimi podatki

Naslednja novost, ki jo prinaša Direktiva, je ureditev sklenitve pogodbe o dobavi digitalne vsebine ali storitve, pri kateri potrošnik namesto kupnine trgovcu zagotovi svoje osebne podatke. Takšno poslovanje postaja v današnjem svetu ekonomsko vse pomembnejše, saj so osebni podatki postali vrsta plačilnega sredstva. Ključna sprememba, ki jo Direktiva predstavlja, je, da lahko potrošnik v primeru kršitve pogodbe tudi pri plačilu z osebnimi podatki poseže po jamčevalnih zahtevkih. V tem delu se Direktiva prepleta s pravom varstva osebnih podatkov,

⁷⁶ Wendland, str. 319.

⁷⁷ Wendland, str. 320.

ki je urejen v Uredbi (EU) 2016/679 Evropskega parlamenta in Sveta z dne 27. aprila 2016 o varstvu posameznikov pri obdelavi osebnih podatkov in o prostem pretoku takih podatkov ter o razveljavitvi Direktive 95/46/ES (Splošna uredba o varstvu osebnih podatkov).⁷⁸ Poudariti velja, da v primeru nasprotij med Direktivo in Splošno uredb o varstvu osebnih podatkov prevlada slednja. Podrobnejša analiza tega vprašanja presega namen prispevka.

7. Odškodninski zahtevki

Potrošnik mora imeti pravico zahtevati nadomestilo za škodo, povzročeno zaradi neskladnosti ali nedobave digitalne vsebine, saj je načelo odškodninske odgovornosti trgovca bistven sestavni del pogodbe o dobavi digitalne vsebine (73. uvodna izjava Direktive). Namen nadomestila je, da bi potrošnika postavil v položaj, v katerem bi bil, če bi bila digitalna vsebina ustrezno dobavljena in skladna. Vendar zaradi dejstva, da je pravica do odškodnine že urejena v vseh državah članicah, Direktiva ne posega v nacionalne ureditve o nadomestilu za škodo.

Predlog Direktive je sprva vseboval pravico potrošnika, da lahko zaradi kršitve pogodbe uveljavlja odškodninski zahtevek, če mu nastane gospodarska škoda v digitalnem okolju (14. člen predloga Direktive). Zaradi razlik med anglosaško in kontinentalno ureditvijo instituta ter mnenja stroke, ki je predlagala prepustitev tega področja nacionalnim pravnim ureditvam, je bil člen o pravici do odškodnine črtan.⁷⁹ Povedano se kaže v tem, da relevantno pravno podlago v zvezi z odškodninskimi zahtevki pomenijo splošna pravila obligacijskega ter potrošniškega prava glede odgovornosti za izdelek. Kadar se kršitev nanaša na področje varstva osebnih podatkov potrošnika, je pravica do odškodnine urejena v Uredbi o varstvu osebnih podatkov, ki predvideva pravico do odškodnine, ko oseba utрпи materialno ali nematerialno škodo in jo lahko oškodovanec zahteva od zbiralca ali obdelovalca osebnih podatkov (82. člen Uredbe o varstvu osebnih podatkov).

8. Regresni zahtevki trgovca

V veliki večini primerov končni trgovec ni tudi prvotni oblikovalec vsebine in gre dejansko za več transakcij v prodajni verigi. Zato je lahko razlog neskladnosti digitalne vsebine pogosto povezan z eno prejšnjih transakcij, ki so nastale pred končno, tj. med potrošnikom in trgovcem. S tega vidika je zato pomembno trgovcu zagotoviti ustrezne pravice v razmerju do različnih oseb v pogodbeni verigi (78. uvodna izjava Direktive). Določba želi preprečiti situacije,

⁷⁸ UL L 119, 4. 5. 2016.

⁷⁹ Machinowski, str. 150–153.

ko bi potrošnik jamčevalne zahtevke naperil proti trgovcu, ki ne bi mogel zahtevati povračila od prejšnjih udeležencev proizvodnega procesa.

9. Obveznosti trgovca in potrošnika v primeru odstopa od pogodbe

V primeru odstopa potrošnika od pogodbe določa Direktiva v prvem odstavku 16. člena dolžnost trgovca, da nemudoma vrne vse zneske, ki so bili plačani na podlagi pogodbe. To mora storiti brez nepotrebnega odlašanja in najpozneje v štirinajstih dneh od dneva, ko je bil obveščen o potrošnikovem odstopu ali znižanju kupnine. Če je bila sklenjena pogodba za določeno obdobje ter je bila pred odstopom od pogodbe nekaj časa zagotovljena skladnost digitalne vsebine, se potrošniku povrne le sorazmerni del plačane kupnine, ki ustreza obdobju, ko skladnost digitalne vsebine ni bila zagotovljena, ter morebiten del kupnine, ki ga je potrošnik plačal vnaprej.⁸⁰

Potrošnik se je na drugi strani dolžan v primeru odstopa od pogodbe vzdržati uporabe digitalne vsebine in je ne sme dati na voljo tretjim osebam (prvi odstavek 17. člena Direktive). Prav tako mora, če je bila digitalna vsebina dobavljena na materialnem nosilcu podatkov, tega na zahtevo in stroške trgovca vrniti. Trgovec mora to zahtevati od potrošnika v štirinajstih dneh od dneva, ko je bil obveščen o odločitvi potrošnika, da odstopi od pogodbe (drugi odstavek 17. člena Direktive).

V primeru odstopa od pogodbe je treba posebno pozornost nameniti predvsem osebnim podatkom potrošnika, ki jih je pridobil trgovec. Glede tega mora trgovec izpolnjevati veljavne obveznosti iz Uredbe o varstvu osebnih podatkov (EU) 2016/679.⁸¹ Enako velja tudi v primerih, ko potrošnik plača kupnino in da osebne podatke. Kljub temu lahko trgovec osebne podatke uporablja še naprej, če pridobi za to soglasje potrošnika (prva točka prvega odstavka 6. člena Uredbe o varstvu podatkov).

10. Sklep

Zaradi vedno hitrejšega tehnološkega razvoja se je izkazalo, da dosedanja ureditev potrošniškega prava ne zadošča potrebam digitalnega trga. Spletne transakcije so še pomembnejše postale med epidemijo COVID-19, kar se kaže v povečanem povpraševanju po digitalnih vsebinah, kot so e-knjige, filmi, glasba itd. Poleg tega velja internet za hiter in cenovno ugoden način sklepanja pogodb. Ker se je digitalni trg razvijal postopoma, se je to kazalo v nakna-

⁸⁰ Prav tam.

⁸¹ Uredba (EU) 2016/679 Evropskega parlamenta in Sveta z dne 27. aprila 2016 o varstvu posameznikov pri obdelavi osebnih podatkov in o prostem pretoku takih podatkov ter o razveljavitvi Direktive 95/46/ES, UL L 119.

dnem urejanju potrošniške zakonodaje, kar je vodilo do neenotnosti pravnih sistemov in zato tudi do fragmentacije trga ter številnih drugih težav, s katerimi se potrošniki srečujejo ob sklepanju tovrstnih čezmejnih pogodb.

Direktiva, ki je bila obravnavana v prispevku, naj bi pomenila iztočnico za enotno ureditev digitalnega trga, saj z maksimalno harmonizacijo zagotavlja minimum, ki ga bodo morale sprejeti vse države članice. Kot izhaja iz povedanega, je temelj Direktive dosedanja ureditev varstva potrošnikov, kljub temu pa je mogoče opaziti kar nekaj novosti, ki so odraz posebnosti digitalnega trga. Zagotovo je to ureditev pogodb, pri katerih kupnino pomenijo osebni podatki, saj to pomeni priznanje lastnosti plačila tudi osebnim podatkom potrošnika, kar do zdaj ni bilo urejeno. Poleg tega velja kot pomembna novost poudariti tudi zahteve za skladnost, ki jih Direktiva razvršča na subjektivne in objektivne, pri čemer z zahtevo po kumulativni izpolnitvi obojih omogoča višjo raven varstva potrošnika. Prav tako ne gre prezreti dejstva, da je zakonodajalec s to direktivo upošteval nenehni tehnološki napredek in spreminjanje digitalnih vsebin, kar je razvidno na primer iz zahteve po zagotavljanju posodobitev, ki bi lahko vplivale na skladnost digitalne vsebine. Vseeno je mogoče opaziti, da z Direktivo digitalno področje ni urejeno celostno in na nekaterih delih ostajajo vprašanja, ki jih bo treba še naknadno urediti. To postavlja pod vprašaj doseg enotnega digitalnega trga, ki je bil eden od ciljev pri sprejemanju nove ureditve.

Literatura

- DAMJAN, Matija. Prodaja digitalnih vsebin po elektronski poti. *Varstvo potrošnikov pri spletnem poslovanju*, 2017, str. 59–82.
- FERVERS, Matthias. Article 13. V: Schulze R. in Staudenmayer D. (ur.), *EU Digital Law Article-by-Article Commentary*, Baden-Baden: Nomos, 2020, str. 221–241.
- GILIKER, Paula. Adopting a Smart Approach to EU Legislation: Why Has It Proven So Difficult to Introduce a Directive on Contracts For Supply of Digital Content? V: Synodinou T. in dr. (ur.), *EU Internet Law in the Digital Era*, New York: Springer, 2019, str. 299–320.
- GSELL, Beate. Article 14. V: Schulze R. in Staudenmayer D. (ur.), *EU Digital Law Article-by-Article Commentary*, Baden-Baden: Nomos, 2020, str. 241–271.
- MACHINOWSKI, Piotr. Regulation of Damages on National or European Level. V: Schulze in dr. (ur.), *Contracts for the Supply of Digital Content: Regulatory Challenges and Gaps*, Baden-Baden: Nomos, 2017, str. 141–154.
- MOŽINA, Damjan. Pravice kupca na podlagi stvarne napake pri prodajni pogodbi. *Pravni letopis*, 2012, št. 1, str. 85–104, 234–235.
- MOŽINA, Damjan. Naknadna nemožnost izpolnitve obveznosti in njen pomen za obligacijsko pravo. *Zbornik znanstvenih razprav*, 2008, letn. LXVII, str. 175–201.

- ROSENKRANZ, Frank. Article 9. V: Schulze R. in Staudenmayer D. (ur.), *EU Digital Law Article-by-Article Commentary*, Baden-Baden: Nomos, 2020, str. 168–183.
- SPINDLER, Gerald. Contracts for the Supply of Digital Content – The proposal of the commission for a directive on contracts for the supply of digital Content. V: Grundmann S. (ur.), *European Contract Law in The Digital Age*, Cambridge; Antwerp; Portland: Intersentia, 2018, str. 282–312.
- STAUDENMAYER, Dirk. Article 6. V: Schulze R. in Staudenmayer D. (ur.), *EU Digital Law Article-by-Article Commentary*, Baden-Baden: Nomos, 2020, str. 107–118.
- STAUDENMAYER, Dirk. Article 7. V: Schulze R. in Staudenmayer D. (ur.), *EU Digital Law Article-by-Article Commentary*, Baden-Baden: Nomos, 2020, str. 118–131.
- STAUDENMAYER, Dirk. Article 8. V: Schulze R. in Staudenmayer D. (ur.), *EU Digital Law Article-by-Article Commentary*, Baden-Baden: Nomos, 2020, str. 131–168.
- WENDLAND, Matthias. Article 19. V: Schulze R. in Staudenmayer D. (ur.), *EU Digital Law Article-by-Article Commentary*, Baden-Baden: Nomos, 2020, str. 316–321.

Pregledni znanstveni članek
UDK 347.44:004

Ali je pravo pripravljeno na pametno pogodbo

LEONARDO ROK LAMPRET
*študent LLM na Northwestern Pritzker
School of Law,
magistrski študent na Ekonomski
fakulteti Univerze v Ljubljani,
doktorski študent na Pravni fakulteti
Univerze v Ljubljani*

1. Uvod

V sedanjem poslovnem prometu se je pojavila nova tehnologija poslovanja, ki se imenuje pametne pogodbe. To je posebna oblika pogodbe, ki deluje na tehnologiji verižnih blokov in je zapisana v obliki računalniške kode ter se samodejno izvrši ob izpolnitvi določenega pogoja ali roka. Namen članka sta predstavitev osnove delovanja pametne pogodbe in pravna analiza pametne pogodbe glede na slovenski pravni red, pri čemer bom pozornost posvetil osnovnim konceptom obligacijskega prava.

Članek je sestavljen iz štirih delov. V prvem delu so predstavljene osnove delovanja pametnih pogodb. Namen je predvsem predstaviti delovanje pametnih pogodb na tehnologiji verižnih blokov. Tako bo bralec v nadaljevanju članek lažje razumel. Nato članek na kratko obravnava oblike pametnih pogodb. V tretjem delu so glede na obligacijsko pravo predstavljeni posamezni instituti pametne pogodbe, in sicer ali pametna pogodba vsebuje vse predpostavke, da ji pravni red prizna pravno veljavo; obveznosti, ki so lahko zapisane v obliki algoritemske kode; ničnost ter izpodbojnost pametne pogodbe; jezik pametne pogodbe in obravnavanje zmotne pri sklepanju pametne pogodbe. Članek potem podrobneje obravnava primerjalnopravno ureditev pametnih pogodb, pri čemer so predstavljene nekatere ameriške zvezne države in države Evropske unije. Večina obravnavanih držav priznava pametno pogodbo kot pogodbo, ki izpolnjuje vse pogoje za pisnost pogodbe. Pravna ureditev zapolni pravno praznino v delu, kjer je pisnost pogodbe pogoj za nastanek pogodbe. Članek se konča s pravnim varstvom, ki je strankam na voljo, in se opredelil do mogočih pravnih vprašanj, ki lahko nastanejo med postopkom reševanja spora. Pri tem članek predstavi posebno spletno platformo, ki deluje kot spletna arbitraža in pomaga strankam rešiti spor z zunajsodnim mehanizmom.

2. Osnove delovanja pametnih pogodb na tehnologiji verižnih blokov

Pametna pogodba je izraz, ki se uporablja za opis računalniške oziroma algoritemske kode, ki samodejno izvrši celotno ali del pogodbene obveznosti, in je shranjena na tehnologiji verižnih blokov. Tako lahko pametna pogodba v obliki računalniške kode ureja celotno pogodbeno razmerje ali le dopolnjuje tradicionalno pogodbo in uresniči določene pogodbene obveznosti, na primer prenos sredstev od pogodbenice A k pogodbenici B. Koda se replicira v več vozliščih (angl. *nodes*) v okviru tehnologije verižnih blokov. Tako pogodbene stranke pridobijo zagotovljeno tajnost, trajnost in nespremenljivost, ki jo ponuja tehnologija verižnih blokov. Ta replikacija pomeni tudi, da se, ko se vsak nov blok doda v verigo blokov, računalniška koda dejansko izvede. Če sta stranki z začetkom transakcije navedli, da so določeni parametri izpolnjeni, bo koda izvedla korak, ki ga sprožijo ti parametri. Če takšna transakcija ni bila sprožena, tudi računalniška koda ne bo izvedla nobenih korakov. Večina pametnih pogodb je napisanih v enem od programskih jezikov, ki so neposredno primerni za takšne računalniške programe, kot je na primer Solidity.¹

Trenutno morajo biti vhodni parametri in koraki za izvedbo pametne pogodbe natančni in objektivni ter temeljiti na logičnem sklepanju. Z drugimi besedami, če se pojavi x, se izvede korak y. Zato so dejanske naloge, ki jih izvajajo pametne pogodbe, precej osnovne, na primer samodejno premeščanje količine kriptovalut iz denarnice ene stranke v drugo, ko so izpolnjeni določeni kriteriji. Z napredkom tehnologije in širjenjem pomena tehnologije veriženja blokov bodo pametne pogodbe postale vse bolj zapletene in sposobne obravnavati zapletene transakcije. Do določenega obsega je mogoče zapisati nekoliko bolj zapleteno transakcijo v obliki pametne pogodbe, vendar smo še vedno preveč oddaljeni od tega, da bi pametna pogodba razumela subjektivna pravna merila oziroma standarde, na primer če pogodbeni stranka ni ravnala z določeno skrbnostjo, mora plačati pogodbeno kazen.²

Pametne pogodbe so trenutno najprimernejše za samodejno izvajanje dveh vrst »transakcij«, ki jih najdemo v številnih pogodbah: (1) zagotavljanje izvršitev plačila ob določenih dogodkih (na primer rok ali pogoj) in (2) nalaganje denarnih kazni, če niso izpolnjeni objektivni pogoji. V obeh primerih človeška intervencija ni potrebna, saj se pogodbeni koda samoizvrši. S tem se tako tudi zmanjšajo stroški v izpolnitveni fazi pogodbe (na primer stroški izvršitve pogodbe).

Preden je mogoče sestavljeno pametno pogodbo dejansko izvršiti na določeni verigi blokov, je potreben dodaten korak, in sicer plačilo provizije za transakcijo, ko jo je treba dodati v verigo in jo izvršiti. V primeru blokovne verige Ethereum se pametne pogodbe izvajajo na Ethereum

¹ Levi in Lipton.

² Prav tam.

Virtual Machine (EVM)³ in plačilo, izvedeno prek kriptovalute ether, se imenuje *gas*. Bolj ko je pametna pogodba zapletena, več enot valute »gas« je treba plačati za njeno izvršitev. Takšen način plačila preprečuje, da bi bile pametne pogodbe preveč zapletene oziroma da se ne bi številno namnožile.⁴ Pametne pogodbe pa niso tuje v današnjem poslovnem svetu. Najpogosteje jih uporabljajo zavarovalnice, in sicer pomagajo pri izvršitvi zahtevkov in uresničenju zavarovalnih polic.⁵ Poleg tega se pametne pogodbe pojavljajo tudi v nepremičninskem svetu, in sicer v obliki prenosa lastništva na nepremičnini, in v svetu finančnega trgovanja, kjer pametne pogodbe predvsem preprečujejo napake pri trgovanju.⁶

3. Oblike pametnih pogodb

S tehnološkim razvojem se je v praksi razvilo več vrst pametnih pogodb. Razvrstimo jih lahko v tri večje skupine: (1) pravne pametne pogodbe, (2) decentralizirane avtonomne organizacije (*decentralized autonomous organizations*) in (3) pametna pogodba, ki v medmrežju povezuje različne pametne pogodbe in verižne bloke (*application logic contract*).

3.1. Pravne pametne pogodbe

Pravne pametne pogodbe bodo v nadaljevanju obširneje obravnavane. To so pogodbe v pravnem pomenu, ki med pogodbenima strankama ustvarjajo pravne učinke. To je mehanizem, ki samodejno izvrši pogodbeno obveznost, ko se pojavijo določene okoliščine (tj. rok ali izpolnitev pogojev). V večini pravnih redov pametne pogodbe trenutno niso urejene in tako njihov pravni status ni jasen. Tako lahko pravni položaj pravnih pametnih pogodb delno rešujemo s splošnimi instituti pogodbenega prava. Več bo obrazloženo v nadaljevanju.

3.2. Decentralizirane avtonomne organizacije

Decentralizirana avtonomna organizacija je organizacijski model, specifičen za verigo blokov, ki obravnava problem agent–principal. Ta se pojavi takrat, kadar ima določen subjekt (agent) pristojnost sprejemati odločitve ali ukrepe v imenu drugega subjekta (principal). Pri tem so običajno cilji agentov in principalov drugačni, pri čemer imajo principalali običajno premalo

³ EVM je programska platforma, ki temelji na tehnologiji verižnih blokov. Razvijalcem omogoča ustvarjanje decentraliziranih aplikacij (Dapps).

⁴ Glej What is the »Gas« in Ethereum?.

⁵ Zhang.

⁶ Prav tam.

informacij (problem informacijske asimetrije). Agenti lahko pri delovanju sledijo lastnim interesom, kljub temu da jih je izbral principal.

Preden se decentralizirana avtonomna organizacija vzpostavi, se sprejmejo pravila, v skladu s katerimi bodo udeleženci ravnali. Dogovorjena pravila so kodirana v obliki pametne pogodbe. Udeleženci decentralizirane avtonomne organizacije tako v obliki pametne pogodbe zapišejo delovanje in ravnanje decentralizirane avtonomne organizacije. Vse odločitve se običajno sprejmejo soglasno. Decentralizirana avtonomna organizacija začne delovati, ko zbere dovolj kapitala za delovanje. Vsi udeleženci, ki so prispevali kapital za delovanje decentralizirane avtonomne organizacije, postanejo »delničarji«, ki s soglasnimi odločitvami odločajo, kako se bodo sredstva uporabila.⁷

3.3. Pametna pogodba, ki v medmrežju povezuje različne pametne pogodbe in verižne bloke (*Application Logic Contract*)

Medomrežje stvari je ena od oblik razširitve internetnega povezovanja med napravami, na omrežju in med vsakdanjimi predmeti. Tradicionalno medomrežje ima centralizirano postajo, ki pošlje podatke v oblak za namene procesiranja in jih posreduje nazaj. Pri takšnem centraliziranem sistemu obstaja nevarnost, da bodo podatki prišli v posest tretjih ljudi. V tem položaju je uporabna tehnologija verižnih blokov, in sicer pametne pogodbe, poimenovane kot Application Logic Contracts (ALC), ki omogočajo varno in neodvisno delovanje naprav, kar zagotavlja večjo avtomatizacijo, razširljivost in nižje transakcijske stroške. ALC vsebuje specifično kodo, ki deluje v povezavi z drugimi pametnimi pogodbami in programi na tehnologiji verižnih blokov. Pomagajo predvsem pri komunikaciji in preverjanju komunikacije med različnimi napravami v medomrežju stvari. Upošteva, da ni potrebna prisotnost tretje osebe, s pomočjo katere bi se transakcije izvršile, lahko pametne pogodbe učinkovito nadzorujejo mikroplačila med različnimi vozliči v medomrežju stvari.⁸

4. Ali je pametna pogodba zares pogodba glede na veljavna pravila obligacijskega prava

S pametno pogodbo posamezniki sklepajo dogovore v elektronski obliki, ki se samodejno izvršijo ob izpolnitvi vnaprej določenih pogojev, za katere se stranke dogovorijo. Pri tem se postavi vprašanje, ali so takšni dogovori t. i. »klasični« dogovori med strankami, ki so pravno zavezujoči ter ustvarjajo pravne posledice, ki so značilne zanje. Tehnična zmožnost izvršitve

⁷ Staff of Cryptopedia.

⁸ Chatterjee.

pametne pogodbe ne pomeni, da je takšen zavezovalni pravni posel *per se* pravno dopusten oziroma da iz nje izhajajo kakršnekoli pravne posledice. Tako je razvoj pametnih pogodb predvsem odvisen od njihove pravne obravnave.⁹

V teoriji obstajata dve različni pravni obravnavi pametnih pogodb. Po prvem stališču velja, da je poimenovanje pametnih pogodb zavajajoče, saj da niso pogodbe v pravnem prometu, vendar gre le za kombinacijo »pametne pogodbene kode«, ter da je le sredstvo, s katerim se obveznosti iz osnovnega pogodbenega razmerja uresničijo. Zagovorniki takega stališča pametne pogodbe vidijo kot samodejni mehanični oziroma računalniški postopek, ki se zgodi ob izpolnitvi določenih pogojev.¹⁰ Pametne pogodbe izvršijo le tisto, za kar so programirane, in kljub obstoju napak v sistemu se bo pogodba izvršila. Po tem stališču naj pametne pogodbe ne bi nadomestile širših pogodbenih sporazumov, temveč le tiste dele dogovora, ki so primerni za avtomatizacijo. Tako bi se olajšalo izvrševanje tradicionalnih pogodb.¹¹ Drugo stališče obravnava pametne pogodbe kot pogodbe, ki ustvarjajo določene pravice in obveznosti strank v pogodbenem razmerju. Edina bistvena razlika, ki obstaja med klasično in pametno pogodbo, je njen zapis v kibernetnem prostoru, tj. z uporabo informacijske tehnologije. Sklepanje pametnih pogodb na tehnologiji veriženja blokov tako pomeni le novo obliko sklepanja pravnih pogodb, kot je to pred leti pomenilo sklepanje pogodb po elektronski pošti.¹² Tako naj bi se za pametne pogodbe uporabljala ista pravna pravila in pravna načela kot za klasično pogodbo.¹³

4.1. Pametna pogodba kot pogodba po obligacijskem pravu

4.1.1. Pogoji za sklenitev pametne pogodbe

Temeljni vir zakonskih določb o pogodbenih razmerjih je Obligacijski zakonik (OZ).¹⁴ Pogodba je sklenjena, ko pogodbeni stranki dosežeta soglasje o njenih bistvenih sestavinah (15. člen OZ). Tako medsebojne obligacijske pravice in obveznosti pogodbenih strank nastanejo le takrat, ko so te dovolj določno oziroma vsaj določljivo opredeljene (predvsem določenost oziroma določljivost izpolnitvenega ravnanja, ki sta se ga stranki zavezali opraviti, ter pogodbeni cena). Kaj je v konkretnem primeru bistvena sestavina pogodbe, je odvisno od njene pravne narave oziroma od pogodbenega tipa.¹⁵ Začetna pot k sklenitvi pogodbe je ponudba določeni

⁹ Drnovšek, str. 733.

¹⁰ Harley.

¹¹ Bacon in dr.

¹² Drnovšek, str. 736.

¹³ Mik.

¹⁴ Uradni list RS, št. 83/01 in nasl.

¹⁵ Sodba Višjega sodišča v Ljubljani I Cpg 453/2017 z dne 5. 9. 2018.

osebi, ki vsebuje vse bistvene sestavine pogodbe tako, da bi se z njenim sprejetjem pogodba lahko sklenila (prvi odstavek 22. člena OZ). Pogodba je sklenjena s sprejetjem ponudbe, tj. ko ponudnik prejme izjavo naslovnika, da sprejema ponudbo (prvi odstavek 28. člena OZ). Tako pogodba nastane takrat, kadar med pogodbenimi strankami obstaja soglasje. Volja za sklenitev pogodbe se lahko izjavi z besedami, običajnimi znaki ali z drugačnim ravnanjem, iz katerega je mogoče zanesljivo sklepati, da volja obstaja (prvi odstavek 18. člena OZ). Takšna volja mora biti svobodna in resna (drugi odstavek 18. člena OZ) v odsotnosti napak volje.

V primeru tradicionalne pogodbe same volje ni težko razbrati, saj je običajno izražena z »besedo« oziroma »običajnimi znaki«. Na drugi strani so določbe pametne pogodbe zapisane v obliki računalniške kode. Takšno obliko zapisa lahko na podlagi 18. člena OZ razumemo kot voljo, ki je izražena z »drugačnim ravnanjem«. ¹⁶ Na drugi strani bi lahko takšen izraz volje razumeli kot voljo, ki je izražena z »besedo«, saj je programski jezik osnovna komunikacija, ki poteka na kibernetnem oziroma računalniškem področju. ¹⁷ V vsakem primeru mora nasprotna stranka razumeti pomen, ki ga nosi posamezna računalniška koda, saj lahko v nasprotnem primeru govorimo o napaki volje, hkrati se lahko pogodbeni stranki sklicujeta na nesporazum o naravi pogodbe ali o podlagi ali predmetu obveznosti in s tem uveljavljata ugovor neskljenjene pogodbe (16. člen OZ). Če posamezna pogodbeni stranka ne zna zapisati določene pravne obilgacije v obliki algoritemske kode, je hkrati tudi težko pričakovati, da bi pogodbeni stranka razumela pomen in vsebino, ki jo posamezna koda vsebuje. Upoštevati je treba, da povprečen posameznik nima zadosti tehničnega znanja glede razumevanja posameznega algoritma. ¹⁸ Če pogodbeni stranka kljub temu sklene pogodbo v obliki algoritemske kode, potem prevzema tudi odgovornost, ki iz tega izhaja (na primer ne bo se mogla sklicevati na zmoto pri volji, saj je pri sklepanju pogodbe bila malomarna – podrobneje obrazloženo v nadaljevanju).

4.1.2. Oblika sklepanja pogodbe

Temeljno izhodišče zakonskega pogodbenega prava je načelo konsenzualnosti. ¹⁹ To pomeni, da se za sklenitev pogodbe ne zahteva nikakršna oblika, razen če zakon določa drugače (prvi odstavek 51. člena OZ). Zahteve po obličnosti so praviloma določene zaradi varstva javnega interesa. Tako dobi pogodba pravni učinek le, če je sklenjena v pisni obliki (*forma ad valorem*). Na drugi strani neoblične pogodbe nastanejo že z ustnim dogovorom. Pogodbene stranke pa jo pogosto pozneje sklenejo v pisni obliki zaradi lažjega dokazovanja (*forma ad probationem*). ²⁰

¹⁶ Jadek in Merc, str. 7.

¹⁷ Dodič, str. 26.

¹⁸ Samec Berhaus in Drnovšek, str. 50.

¹⁹ Sklep VS RS II Ips 142/2017 z dne 15. 3. 2016.

²⁰ Sklep Višjega sodišča v Ljubljani II Cp 1896/2016 z dne 14. 7. 2016.

Če pisnost ni pogoj za veljavnost posamezne pogodbe, njen nastanek glede na to ni vprašljiv. V tem primeru ni ovir za sklepanje pogodbe v programskem jeziku.²¹ To pa je lahko problematično, če se za pogodbo zahteva pisna oblika. Tako se pojavi vprašanje, ali zapis pogodbe v programskem jeziku zadošča pogoju pisnosti.

Pisnost pogodbe pomeni, da je pogodba zapisana in podpisana, pri čemer sodna praksa dopušča tudi psevdonim, če je le mogoče ugotoviti, kdo ga je napravil.²² Pisnost pogodbe lahko razumemo kot fizičen zapis na papirju oziroma drugi fizični obliki, elektronsko sporočilo oziroma drug trajni nosilec podatkov. V skladu s 13. členom Zakona o elektronskem poslovanju in elektronskem podpisu (ZEPEP)²³ pisno obliko pomeni tudi elektronska oblika, enakovredna pisni obliki, če so podatki v elektronski obliki dosegljivi in primerni za poznejšo uporabo. Pametna pogodba je sklenjena na tehnologiji verižnih blokov v obliki programske kode. To bi lahko uvrstili pod pojem pisnosti, kot ga določa prvi odstavek 13. člena ZEPEP, s čimer bi tako izpolnili zahtevo po pisnosti pogodbe, kar pomeni, da bi se v obliki pametne pogodbe tudi lahko sklepale pogodbe, za katere se zahteva pisna oblika. Pri tem je treba predvsem upoštevati, da se določeni posli ne morejo sklepati v elektronski obliki:

1. pravni posli, s katerimi se prenaša lastninska pravica na nepremičnini ali s katerimi se ustanavlja druga stvarna pravica na nepremičnini;
2. oporočni posli;
3. pogodbe o urejanju premoženjskih razmerij med zakoncema;
4. pogodbe o razpolaganju s premoženjem oseb, ki jim je odvzeta poslovna sposobnost;
5. pogodbe o izročitvi in razdelitvi premoženja za življenje;
6. pogodbe o dosmrtnem preživljanju in sporazumi o odpovedi navedenemu dedovanju;
7. darilne obljube in darilne pogodbe za primer smrti;
8. drugi pravni posli, za katere zakon določa, da morajo biti sklenjeni v obliki notarskega zapisa (drugi odstavek 13. člena ZEPEP).

V zvezi s tem je treba tudi presoditi, ali lahko pametna pogodba pomeni listino v skladu s prvim odstavkom 57. člena OZ. V tem primeru je pogodba sklenjena takrat, kadar listino podpišejo vsi, ki se z njo zavezujejo. Upošteva se, da je celotno delovanje pametne pogodbe preneseno na računalniško področje, je tako pojmovno nemogoče govoriti o fizičnem podpisu pogodbe. Tako je treba veljavnost podpisa presojati glede na elektronski podpis. To je niz podatkov v elektronski obliki, ki je vsebovan, dodan ali logično povezan z drugimi podatki in je namenjen preverjanju pristnosti teh podatkov ter identifikaciji podpisnika (2. točka 2.

²¹ Čopar, str. 21.

²² Sodba VS RS I Cp 729/96 z dne 23. 4. 1998.

²³ Uradni list RS, št. 57/00 in nasl.

člena ZEPEP). Pametne pogodbe se podpisujejo na različne načine, odvisno predvsem od programske kode, ki jo poganja.²⁴ Upošteva se, da pametna pogodba pomeni obliko, ki ohranja besedilo neokrnjeno in omogoča preverjanje izvora besedila z uporabo splošnih sprejetih sredstev, bi tako lahko pametna pogodba pomenila listino v skladu s 57. členom OZ, če lahko (kriptografski) podpis opredelimo kot elektronski podpis v skladu z 2. točko 2. člena ZEPEP. Bistveno podobna obrazložitev se nanaša tudi na sklenitev dvostranske pogodbe, pri čemer je dovolj, da obe stranki podpišeta eno listino ali da vsaka stranka podpiše tisti izvod listine, ki je namenjen drugi strani.

4.1.3. Vsebina pametne pogodbe

Pri sklenitvi pametne pogodbe je treba predvsem upoštevati, da ni mogoče vseh obligacijskih razmerij sklepati v obliki kodiranega algoritma. Poslovni praksi ni tuje, da so določeni pogodbeni pogoji izjemno kompleksni in vsebujejo določene pojme, ki jih ni mogoče zapisati v obliki programske kode. Tako je – z izjemo takojšnjega prenosa ob izpolnitvi vnaprej dogovorjenega pogoja – vprašljivo, kako bi lahko pogodbene stranke oblikovale nedoločne pojme oziroma izraze, ki temeljijo na podlagi lastne diskrecije, v samo kodo. To predvsem zato, ker računalniška koda »razume« le tiste vzroke in posledice, ki so izrazi logike. Tako lahko brez težav zapišemo v pametno pogodbo naslednjo določbo »Če se zgodi X, je treba od cene Y odšteti Z.«, saj temelji na logičnem sklepanju. Na drugi strani bi bilo v trenutni fazi razvoja izjemno težko kodirati naslednjo pogodbeno določbo »Če se pogodbeni stranki pogajata v dobri veri, je treba od cene Y odšteti Z.«. Določba temelji na obligaciji prizadevanja, ki je odprta za interpretacijo, zato njenega pomena ni mogoče celovito izraziti kot logiko.²⁵

4.1.4. Ničnost pametne pogodbe

Temeljni načeli obligacijskega prava sta načelo prostega urejanja obligacijskih razmerij in načelo dispozitivne narave zakonskih določb.²⁶ Na podlagi teh načel lahko pogodbene stranke svobodno urejajo vsebino pogodbenega razmerja in izberejo pogodbenega partnerja,²⁷ pogodbeni stranki pa sta pri tem omejeni z ustavo, prisilnimi predpisi in moralnimi načeli (3. člen OZ). Če pogodba nasprotuje tem pravilom, je nična, če iz namena kršenega pravila ne nakaže na alternativno sankcijo oziroma zakon v konkretnem primeru ne predpiše česa drugega (prvi odstavek 86. člena OZ).

²⁴ Čopar, str. 22.

²⁵ Smart Contracts.

²⁶ Sodba Višjega sodišča v Ljubljani II Cp 559/2016 z dne 13. 7. 2016.

²⁷ Sodba Višjega sodišča v Ljubljani I Cpg 676/2018 z dne 6. 6. 2019.

Načelo dispozitivnosti se v obligacijskem pravu razlaga široko z namenom spodbujanja pravnega prometa. Pogodbene stranke lahko pogodbe sklepajo v skladu z njihovimi interesi in voljo, pri čemer pravo takšni pogodbi daje pravni učinek, če ne obstajajo razlogi ničnosti. Na podlagi navedenega lahko tako pogodbeni stranki sami določita jezik, ki bo urejal njuno pogodbeno razmerje, vključujoč programske algoritme oziroma računalniški jezik. Stranke namreč vstopajo v pravna razmerja na lastno tveganje, in če sklene stranka pogodbo v tujem jeziku, morebitna tveganja nerazumevanja jezika prevzame sama.²⁸

V okviru tega je treba omeniti, da morajo vse pravne osebe zasebnega prava in fizične osebe, ki opravljajo registrirano dejavnost in poslujejo s strankami v Republiki Sloveniji, poslovati v slovenščini. Izjema tega je, če je poslovanje namenjeno tujcem, takrat je dopustno uporabljati tuji jezik (prvi odstavek 14. člena Zakona o javni rabi slovenščine).²⁹ Obveznost poslovanja v slovenskem jeziku je dodatno potrjena v Zakonu o varstvu potrošnikov (ZVPot),³⁰ tako se mora v razmerju B2C poslovati v slovenskem jeziku (2. člen ZVPot). To pomeni omejitve v primeru sklepanja pogodbe, vendar povzroči ničnost le, če sta določbi kogentne narave. V primeru pravnega razmerja B2B lahko pogodbene stranke odstopijo od obveznosti uporabe slovenščine, saj so pogodbene stranke prirejene in jih zadeva pravni standard skrbnosti dobrega strokovnjaka (tj. ni potrebe po zaščiti podrejene stranke). Če pa imamo pogodbeno razmerje B2C, se za sklepanje pravnega razmerja primarno uporablja ZVPot, ki je v razmerju OZ *lex specialis*. Zaradi neenake pogajalske moči in strokovnega znanja nadrejene stranke v pravnem razmerju bi se določba ZVPot lahko razlagala kot določba kogentne narave, zaradi česar bi takšna pametna pogodba postala nična iz razloga nasprotovanja zakonu oziroma bi se potrošnik lahko skliceval na to, da ga zaradi nerazumevanja algoritemskega jezika pogodba ne zavezuje.³¹

4.1.5. Zmota pri sklepanju pametne pogodbe

Zmota volje mora biti bistvena, tj., nanašati se mora na bistvene lastnosti predmeta, na osebo, s katero se sklepa pogodba, kadar se sklepa glede na to osebo, ali na okoliščine, ki se po običajih v prometu ali po namenu strank štejejo za odločilne, ker sicer stranka, ki je v zmoti, pogodbe s tako vsebino ne bi sklenila (46. člen OZ). Pravno upoštevana je le opravičljiva zmota, torej le obstoj bistvene zmote sam po sebi ne pomeni podlage za izpodbojnost takšne pogodbe. Zmota mora biti opravičljiva in nezakrivljena, kar pomeni, da pogodbeni stranka

²⁸ Dodič, str. 27.

²⁹ Uradni list RS, št. 86/04 in 8/10.

³⁰ Uradni list RS, št. 20/98 in nasl.

³¹ Podobno za SPP v sodbi in sklepu Višjega sodišča v Ljubljani II Cp 228/2019 z dne 12. 6. 2019 ter sodbi in sklepu Višjega sodišča v Ljubljani I Cp 1468/2019 z dne 27. 5. 2019.

ne more zahtevati razveljavitve pogodbe, če ob sklenitvi ni ravnala v skladu s skrbnostjo, ki se zahteva v pravnem prometu. Vsak odmik od zahtevane skrbnosti pomeni malomarnost, pri čemer lahko že malomarnost zadošča, da stranka ne bo uspešna s sklicevanjem na bistveno zmotu.³² Pri zmoti kot napaki volje pogodbene stranke oziroma pogodbenih strank je polje zmotnega mišljenja ali prepričanja (kognitivne disonance) v predstavi o sami substanci bistvenih lastnosti predmeta pogodbe, torej v dejansko zmotnem prepričanju o tem, kakšen je predmet posamezne pogodbe.³³

V primeru pametne pogodbe bi lahko prišlo do (1) zmote o predmetu pogodbe oziroma vsebini izjave zaradi nerazumevanja računalniške kode; (2) zmote o pogodbenem subjektu, saj pogodbene stranke pametne pogodbe sklepajo pogodbo pod psevdonimom; (3) ter zmote o izjavi. Najpogosteje se v praksi pojavlja zmotu o vsebini izjave, saj pogodbene stranke ne razumejo pomena posamezne algoritemske kode. Kot je že bilo izpostavljeno, vsaka stranka prevzema določeno tveganje, ko sklepa pogodbo, in mora v pravnem prometu ravnati z določeno skrbnostjo. To se nanaša tudi na dejstvo, da pogodbeni stranka sama pri sebi oceni, ali ima zadostno znanje računalniškega jezika, da razume vsebino posamezne kode. Na podlagi navedenega bi lahko pričakovali, da bi sodišče zavzelo stališče, da sicer obstaja bistvena zmotu, ki pa zaradi malomarnosti pogodbene stranke ni opravičljiva.³⁴

4.2. Primerjalnopravni pristop

4.2.1. Italija

Italija je ena prvih držav članic Evropske unije, ki je naredila korak naprej pri pravnem priznanju pametnih pogodb in jim izrecno podelila določen pravni učinek.³⁵ Sorazmerno uspešno so opredelili pametno pogodbo, in sicer kot računalniški program, ki deluje na tehnologiji razpršenih registrov, katerih samodejna izvršitev obveznosti, ki so bile dogovorjene predhodno, zavezuje dve ali več strank (drugi odstavek 8. člena Decreto legge 135/18). Tako je zakonodajalec zavzel stališče, da bo pametna pogodba zadostovala zahtevi pisnosti pogodbe, kjer je pisnost kot predpostavka za veljavnost pogodbe (*forma scritta*).³⁶

³² Sodba Višjega sodišča v Ljubljani I Cp 2859/2014 dne 14. 1. 2015.

³³ Sodba VS RS II Ips 335/2015 z dne 23. 3. 2017.

³⁴ Glej tudi Jadek in Merc, str. 7.

³⁵ Pravna ureditev pametnih pogodb je urejena v Decreto legge 135/18.

³⁶ Durovic in Lech, str. 501.

4.2.2. Združene države Amerike

V skladu s pogodbenim pravom Združenih držav Amerike je pogodba izvršljiva, če je bila dana ponudba, ki je bila sprejeta, pri čemer mora obstajati soglasje volj in mora vsaka stranka nekaj pridobiti iz pravnega razmerja.³⁷ Če je le enostranska pridobitev, se takšna pogodba šteje kot »darilo« in je sodišče ne bo izvršilo (v tem primeru sploh ne gre za pogodbo).³⁸

4.2.2.1. Ponudba

Ponudba je pripravljenost skleniti pogodbo pod določenimi pogoji, pri čemer je naslovljena na določeno osebo oziroma določljiv krog oseb tako, da naslovnik razume to kot ponudbo in je s sprejetjem ponudbe pogodba tudi sklenjena (24. poglavje Restatement (Second) of Contracts). V mnogih primerih bi predlog za sklenitev pametne pogodbe (tj. programska koda) lahko pomenil ponudbo, če lahko prejemnik do te ponudbe dostopa in lahko nanjo odgovori. Ena od oblik je algoritmično trgovanje, ki ponudniku omogoči, da določi pogoje naročila, ki jih bo ponudil naslovniku. Nato naslovnik, lahko tudi kot algoritemski trgovec, izbere pogoje, ki jih želi sprejeti.³⁹ Vprašanje pa je, ali pomeni ponudbo tudi predlog za sklenitev pametne pogodbe, ki je objavljen v javnem bloku, tj. naslovljenem na nedoločen krog oseb. Upošteva se, da predlog za sklenitev pogodbe običajno pomeni vabilo k dajanju ponudbe, takšna oblika predloga ne pomeni ponudbe.

4.2.2.2. Sprejetje ponudbe

Drugi element, ki je potreben za veljavno sklenitev pogodbe, je sprejetje ponudbe s strani nasprotne stranke. Ta lahko sprejme ponudbo bodisi s sprejetjem (tj. s podpisom) bodisi z začetkom ali dokončanjem predmeta pogodbe v skladu s pogoji ponudbe (glej komentar 6 pod 32. členom Restatement (Second) of Contracts). V obeh primerih je potrebno, da se nasprotna pogodbeni stranka strinja z bistvenimi pogoji ponudbe in da jo stranka sprejme v roku in po postopku, ki ga zahteva ponudba. Pri tem mora obstajati skladnost med voljama pogodbenih strank. V primeru pametnih pogodb lahko prejemnik ponudbe potrdi sprejetje ponudbe s podpisom z zasebnim ključem oziroma kakršnikoli drugim elektronskim podpisom.⁴⁰

³⁷ Barnett in Oman, str. 243.

³⁸ Doktrina *consideration*.

³⁹ Chamber of Digital Commerce.

⁴⁰ Chamber of Digital Commerce.

4.2.2.3. Wyoming

Wyoming je ena naprednejših držav v ZDA glede pravne ureditve pametnih pogodb in tehnologije veriženja blokov. Sprejetih je bilo več zakonov, ki uveljavljajo pravice posameznikov v zvezi z digitalnimi vrednostnimi papirji, digitalnimi potrošniškimi sredstvi (kot na primer žetoni) in virtualnimi valutami (tj. *cryptocurrency*), tako so s tem zakonodajo uskladili s tehnološkim napredkom. Wyoming priznava digitalna sredstva kot lastnino v okviru trgovinskega zakonika, omogoča izdajo vrednostnih papirjev v žetonški obliki in je ustanovil posebne namenske depozitarne institucije. Hkrati zakonodaja Wyominga ureja pametne pogodbe za prenos digitalnih sredstev.

Uspešno so opredelili pametno pogodbo kot avtomatizirano transakcijo ali katerokoli podobno transakcijo, ki je sestavljena iz kode, kriptogesla ali programskega jezika, ki izvrši pogodbo in lahko vključuje skrbništvo in prenos digitalnih sredstev ali izvrši navodila za ta dejanja, če nastopi (ali ne) določen pogoj oziroma rok, ki sta ga določili pogodbeni stranki.⁴¹ Tako je pametna pogodba, katere predmet je transakcija v zvezi z digitalnim sredstvom, izrecno pravno izvršljiva v zvezni državi Wyoming.

4.2.2.4. Druge zvezne države

V zvezni državi Arizona imajo pametne pogodbe enako pravno veljavo kot tradicionalne pogodbe. Tako so pametne pogodbe pravno priznane in bo sodišče obveznost, zapisano v obliki pametne pogodbe, tudi izvršilo. Zakon hkrati navaja, da pogodbi ni mogoče odvzeti pravne veljavnosti, učinkovitosti ali izvršljivosti le zato, ker je del pogodbe urejen v obliki pametne pogodbe.⁴²

V zvezni državi Ohio je priznana pravna veljavnost pametne pogodbe. Pametno pogodbo poimenujejo kot »*electronic record*« (1306.01 Uniform Electronic Transaction Act). Podobno kot v zvezni državi Arizona se pogodbi ne odvzame pravne veljavnosti ali izvršljivosti le zaradi tega, ker je določen del pogodbe sklenjen v obliki pametne pogodbe ((B) 1306.06 Uniform Electronic Transaction Act). Če zakonodaja zahteva pisnost pogodbe kot pogoj za pravno veljavnost pogodbe, potem pametna pogodba zadostuje temu standardu ((C) 1306.06 Uniform Electronic Transaction Act).

V zvezni državi Vermont so zadevo uredili drugače, in sicer so dovolili, da se zapisi na tehnologiji verižnih blokov lahko uporabijo kot dokaz v sodnih postopkih. Na podlagi navedenega tako lahko postanejo pametne pogodbe, ki so zapisane v tehnologiji verižnih blokov, pravno

⁴¹ Enrolled Act No. 39; Sixty-fifth legislature of the State of Wyoming; <<https://legiscan.com/WY/text/SF0125/2019>> (7. 3. 2021).

⁴² Glej <<https://www.azleg.gov/viewdocument/?docName=https://www.azleg.gov/ars/44/07061.htm>> (7. 3. 2021).

zavezujoče in izvršljive s tem, ko sodišče izvrši obveznost, zapisano v obliki pametne pogodbe (1913. člen Vermont Rule of Evidence).

5. Pravno varstvo

Tudi v svetu pametnih pogodb se ni mogoče izogniti morebitnim sporom oziroma nesoglasju med pogodbenimi strankami. Spori lahko nastanejo predvsem: (1) med strankama pametne pogodbe, (2) zaradi tehničnih težav pri uporabi oziroma izvršitvi pametne pogodbe ali (3) zaradi dejanja t. i. *oracle*, če zmotno v sistem vnese, da je bil določen pogoj uresničen, in tako povzroči neupravičeno obogatitev nasprotne stranke.⁴³ Tako je treba razviti učinkovit mehanizem za reševanje sporov glede pametnih pogodb. Nastajajo start-up podjetja,⁴⁴ ki ustvarjajo sisteme za spletno reševanje sporov, predvsem sporov, ki nastanejo v okviru tehnologije veriženja blokov. Primarni model za reševanje takšnega spora je bila do zdaj spletna arbitraža.⁴⁵ Hkrati pa se je treba vprašati, ali so sodišča sploh zmožna reševati spore, ki izvirajo iz takšne tehnologije.

5.1. Sodno varstvo

Ena od oblik pravnega varstva je reševanje sporov pred pristojnim sodiščem. To je najosnovnejši mehanizem reševanja sporov. Vendar se pri vprašanju sodnega varstva odpira več dilem, pri čemer sta predvsem najpomembnejša ustreznost tehnologije ter znanje, s katerim bi sodiščem uspelo razbrati in tako razumeti pomen pametne pogodbe.

Poleg tega so med bistvenimi sestavinami tožbe tudi identifikacijski znaki tožene stranke (prvi odstavek 180. člena ZPP). Identifikacijski podatki o stranki, ki je fizična oseba, so osebno ime in naslov prebivališča ter EMŠO, če je stranka vpisana v centralni register prebivalstva; davčna številka, če je stranka, ki ni vpisana v centralni register prebivalstva, vpisana v davčni register; rojstni datum, če stranka ni vpisana ne v centralni register prebivalstva ne v davčni register. Če je tožena stranka pravna oseba, je treba navesti firmo ali ime, sedež in poslovni naslov ter matično ali davčno številko, če ima pravna oseba sedež v Republiki Sloveniji (180.a člen ZPP). Tako se lahko pojavi problem ugotavljanja identitete tožene stranke in tako vprašanje pasivne procesne legitimacije, saj se pametne pogodbe lahko sklepajo med psevdonomiziranimi subjekti.⁴⁶ To je nekoliko manj sporno, če pogodbene stranke uporabljajo za podpis

⁴³ Budak in Kose.

⁴⁴ Na primer Sagewise in OpenBazaar Dispute Resolution.

⁴⁵ Schmitz in Rule, str. 114.

⁴⁶ Dodič, str. 52.

t. i. kriptografske ključe, ki so originalni za vsakega posameznika. To je posebna oblika podpisovanja pametne pogodbe, pri čemer je nedvoumno, da je na drugi strani oseba, ki je takšno pametno pogodbo podpisala, in ne gre le za avtomatiziran proces.⁴⁷

Eno najbolj zapletenih vprašanj pametnih pogodb je vprašanje mednarodne pristojnosti sodišč in merodajnega prava, saj pametna pogodba deluje na omrežju oziroma na računalnikih v različnih jurisdikcijah.⁴⁸ Uredba (EU) št. 1215/2012 Evropskega parlamenta in Sveta z dne 12. decembra 2012 o pristojnosti in priznavanju ter izvrševanju sodnih odločb o civilnih in gospodarskih zadevah (Bruseljska uredba I)⁴⁹ se v tem primeru lahko uporablja.⁵⁰ Zadeva je dokaj jasna, če presojamo pristojnost po splošni pristojnosti, in sicer je pristojno sodišče države članice, v kateri ima tožena stranka stalno prebivališče (prvi odstavek 4. člena Bruseljske uredbe I). Vprašanje pa se postavi, če imamo izbirno pristojnost, določeno v 7. členu Bruseljske uredbe I. V tem primeru je na primer lahko oseba s stalnim prebivališčem tožena tudi v drugi državi članici, kjer je izpolnitev pogodbene obveznosti. Če se pametna pogodba nesamodejno izvrši ali se pojavi napaka v njeni izvršitvi, je vprašanje, v katerem kraju bi moralo biti dejanje opravljeno. Tako je tudi vprašljivo, ali bi v tem primeru lahko tožeča stranka tožila tudi v drugem kraju oziroma ali bi bila tožena stranka uspešna z ugovorom mednarodne (ne)pristojnosti.

Podobno vprašanje se postavi tudi pri uporabi merodajnega prava. V primeru odsotnosti dogovora o uporabi materialnega prava se vprašanje merodajnega prava rešuje v okviru Uredbe (ES) št. 593/2008 Evropskega parlamenta in Sveta z dne 17. junija 2008 o pravu, ki se uporablja za pogodbeno obligacijska razmerja (Rim I).⁵¹ Osnova za določitev merodajnega prava je prvi odstavek 4. člena Rim I, in sicer je predvsem treba poudariti, da se za prodajno pogodbo o prodaji blaga uporablja pravo države, v kateri ima prodajalec običajno prebivališče (točka a prvega odstavka 4. člena Rim I), ter za pogodbo o opravljanju storitev pravo države, v kateri ima izvajalec storitev običajno prebivališče (točka b prvega odstavka 4. člena Rim I). Vendar se pametne pogodbe običajno uporabljajo za izvajanje ali podporo vrst pogodb, navedenih v prvem odstavku 4. člena Rim I, pri čemer se zlasti uporabljajo za izvršitve plačila. Zato obstaja velika verjetnost, da bo pametna pogodba dejansko spadala na področje, ki se uporablja za eno od navedenih pogodb.⁵²

⁴⁷ Prav tam.

⁴⁸ Ruhl, str. 5.

⁴⁹ UL L 351, 20. 12. 2012.

⁵⁰ Če imamo pogodbene stranke, ki imajo stalno prebivališče ali sedež v Evropski uniji.

⁵¹ UL L 177, 4. 7. 2008.

⁵² Ruhl, str. 14.

5.2. Arbitraža

Arbitraža je alternativni mehanizem reševanja sporov, ki jo lahko tako posamezniki kot podjetja uporabijo kot mogoč način reševanja sporov. Stranke podelijo arbitražnemu tribunalu pristojnost za reševanje sporov, ki izhajajo ali še bodo izhajali iz določenega pravnega razmerja, z arbitražno klavzulo, ki mora biti v pisni obliki (10. člen Zakona o arbitraži, ZArbit⁵³).⁵⁴ To je hiter in tajen postopek, ki je prilagojen potrebam strank. Reševanje spora, ki izhaja iz določene pametne pogodbe, z arbitražo je v trenutni fazi razvoja sodišč najugodnejše za stranke. V veliki večini primerov sodišča nimajo zadostnega znanja, da bi lahko reševala kompleksne spore, ki izhajajo iz pogodbe, ki je zapisana v računalniški kodi. Drugače kot sodišča lahko države v arbitražnem postopku same imenujejo specializirane arbitre, ki imajo zadostno strokovno znanje, da razumejo jedro spora (na primer delovanje tehnologije *blockchain*; načini izvršitve pogodbene obveznosti, razumevanje programskega jezika itd.). Z arbitražo se hkrati izognejo tudi vprašanju mednarodne pristojnosti sodišča določene države ter katero materialno pravo se uporabi za reševanje določenega spora. Upošteva se, da pametne pogodbe delujejo v okviru porazdeljenih vozlišč po celem svetu, bi lahko težko določili kraj izpolnitve pogodbe ali drugih okoliščin, ki bi lahko vplivale na pristojnost države ter na uporabo merodajnega prava.⁵⁵ Pogodbeni stranki se v arbitražni klavzuli lahko dogovorita za krajevno pristojnost arbitraže in tudi, katero pravo bo urejalo določeno pogodbo, in se tako v celoti izogneta negotovosti.

Reševanje spora lahko ima tudi morebitne negativne posledice. Omenjeno je že bilo, da je predpogoj za veljavnost arbitražnega sporazuma njegova pisna oblika. Pogodbene stranke lahko arbitražni sporazum zapišejo tudi v obliki programske kode, tako postane del pametne pogodbe. V okviru tega se pojavi vprašanje, ali takšen arbitražni sporazum zadošča pogoju pisnosti, ki se zahteva za arbitražni sporazum. Na podlagi Zakona o arbitraži (ZArbit) lahko sodišče zavrne predlog za razglasitev izvršljivosti domače arbitražne odločbe, če arbitražni sporazum ni veljaven po pravu, kateremu so ga stranke podredile, oziroma če stranke merodajnega prava niso izbrale in če ni veljaven po slovenskem pravu (drugi odstavek 41. člena v zvezi s prvo alinejo 1. točke drugega odstavka 40. člena ZArbit). Vsebinsko podobno določbo vsebuje tudi Newyorška konvencija o priznanju in izvršitvi tujih arbitražnih odločb iz leta 1958,⁵⁶ pri čemer lahko sodišče na predlog stranke zavrne priznanje in izvršitev, če arbitražni sporazum ni bil v skladu z zahtevo po pisnosti (točka a prvega odstavka V. člena Newyorške konvencije).

⁵³ Uradni list RS, št. 45/08.

⁵⁴ Glej tudi Konvencijo o priznanju in o izvršitvi tujih arbitražnih odločb, sprejeto 10. 6. 1958 v New Yorku.

⁵⁵ Swiss LegalTech Association, str. 56.

⁵⁶ Uradni list SFRJ, MP, št. 11/81.

V okviru arbitraže se razvija tudi več različnih spletnih platform, med katerimi je najbolj znana Kleros. To je decentraliziran sistem reševanja sporov s spletno arbitražo, ki je grajen na blokovni verigi Ethereum. Zagotavlja hiter, stroškovno učinkovit, zanesljiv in decentraliziran način reševanja sporov, ki bi izhajali iz pametne pogodbe.⁵⁷ Kleros je način *opt-in* reševanja sporov, kar pomeni, da morajo pogodbene stranke v pametni pogodbi privoliti v to, da bo za reševanje morebitnih sporov pristojen Kleros. Pogodbene stranke se lahko tudi dogovorijo o številu porotnikov, ki bodo odločali o sporu.⁵⁸ Porotniki so za svoje delo plačani v obliki tokenov Pinakion.⁵⁹ V okviru sistema Kleros ima pogodbeni stranka možnost pritožbe.

6. Sklep

Pametne pogodbe bodo zaradi svoje uporabljivosti dolgoročno uporabne na več pravnih področjih, ki so nam zaradi trenutnega tehnološkega razvoja nekoliko tuja. V članku lahko bralec razbere, da že vzpostavljeni instituti obligacijskega prava zadostujejo, da se lahko pogodbene stranke delno izognejo morebitnim dvoumnostim. Kljub temu, da se pametne pogodbe še razvijajo in se še ne morejo uporabiti v zahtevnejših pravnih transakcijah, lahko slovenski zakonodajalec loti pravne ureditve pametnih pogodb v Republiki Sloveniji in se s tem izogne morebitnim dvoumnostim v prihodnje ter naredi slovenski pravni red privlačnejši za tujce.

Literatura

- BACON, Jean; MICHELS, Johan David; MILARD, Christopher; SINGH, Jatinder. Blockchain Demystified: A Technical and Legal Introduction to Distributed and Centralised Ledgers. *J. L. & Tech.*, 2018, letn. 25, št. 1.
- BARNETT, Randy E.; OMAN, Nathan B. *Contracts – Cases and Doctrine*. Philadelphia: Wolters Kluwer, 2017.
- BUDAK, Asli; KOSE, Seher Elif. Arbitration in the Era of Smart Contracts, 2019. Dostopno na: <<https://www.mondaq.com/turkey/fin-tech/841140/arbitration-in-the-era-of-smart-contracts>> (7. 3. 2020).
- Chamber of Digital Commerce: Smart Contracts: is the law ready?*, str. 15. Dostopno na: <[Smart-Contracts-Whitepaper-WEB.pdf](https://www.digitalchamber.com/whitepapers/Smart-Contracts-Whitepaper-WEB.pdf) (digitalchamber.s3.amazonaws.com)> (7. 3. 2021).
- CHATTERJEE, Rohit. A Brief Guide to Advanced Smart Contracts, 2020. Dostopno na: <<https://hackernoon.com/a-brief-guide-to-advanced-smart-contracts-3vbq30oq>> (10. 6. 2021).

⁵⁷ Lesaege, Ast in George, str. 1.

⁵⁸ Prav tam, str. 3.

⁵⁹ Prav tam, str. 4.

- ČOPAR, Timotej. *Sklepanje pogodb s tehnologijo veriženja podatkovnih blokov*. Ljubljana, 2020.
- DODIČ, Karin. *(Ne)izpolnjenost pogodbenih predpostavk pri pametnih pogodbah*. Ljubljana, 2019.
- DRNOVŠEK, Klemen. Tehnologija veriženja podatkovnih blokov in pravni vidiki sklepanja pametnih pogodb. *Podjetje in delo*, 2018, št. 5, str. 721.
- DUROVIC, Mateja; LECH, Franciszek. Enforceability of Smart Contracts. *Italian Law Journal*, 2019, letn. 5, št. 2.
- HARLEY, Brian. Are smart contracts contracts? Talking Tech looks at the concepts and realities of smart contracts, 2017. Dostopno na: <<https://talkingtech.cliffordchance.com/en/emerging-technologies/smart-contracts/are-smart-contracts-contracts.html>> (8. 6. 2021).
- JADEK, Andraž; MERC, Peter. Digitalizacija prava: pametne pogodbe v verigi podatkovnih blokov. *Pravna praksa*, 2017, leto 36, št. 36/37, str. 7.
- LESAGE, Clement; AST, Federico; GEORGE, William. Kleros – Short Paper v 1.0.7., 2019, str. 1. Dostopno na: <<https://kleros.io/assets/whitepaper.pdf>> (7. 3. 2021).
- LEVI, Stuart D.; LIPTON, Alex B. An introduction to Smart Contracts and Their Potential and Inherent Limitations, 2018. Dostopno na: <<https://corp.gov.law.harvard.edu/2018/05/26/an-introduction-to-smart-contracts-and-their-potential-and-inherent-limitations/>> (7. 3. 2020).
- MIK, Eliza. Smart Contracts: Terminology, Technical Limitations and Real World Complexity. Dostopno na: <<https://ssrn.com/abstract=3038406>> (5. 3. 2021).
- RUHL, Giesela. Smart (legal) contracts, or: Which (contract) law for smart contracts?. V: Cappiello, B., Carullo, G. (ur.), *Blockchain, Law and Governance*. Cham: Springer, 2020, str. 159–180.
- SAMEC BERHAUS, Nataša; DRNOVŠEK, Klemen. Domet uporabne vrednosti pametnih pogodb na področju pogodbenega prava. *Zbornik inštituta za primerjalno pravo pri Pravni fakulteti v Ljubljani*, 2018.
- SCHMITZ, Amy J.; RULE, Colin. Online dispute Resolution for Smart Contracts. *Journal of dispute resolution*, 2019, str. 114.
- Smart Contracts: Key Legal Issues*. Dostopno na: <<https://medium.com/smartz-blog/smart-contracts-key-legal-issues-a2af15f50c2a>> (7. 3. 2021).
- Staff of Cryptopedia. *What is a Decentralized Autonomous Organization (DAO)*, 2021. Dostopno na: <<https://www.gemini.com/cryptopedia/decentralized-autonomous-organization-dao>> (10. 6. 2021).
- Swiss LegalTech Association: *Data, Blockchain and Smart Contracts – Proposal for a robust and forward-looking Swiss ecosystem*, 2018.
- What is the »Gas« in Ethereum?. Cryptocompare*, 2016. Dostopno na: <<https://www.cryptocompare.com/coins/guides/what-is-the-gas-in-ethereum/>> (7. 3. 2021).
- ZHANG, Jin. 5 Examples of Blockchain Smart Contracts, 2020. Dostopno na: <<https://www.kaleido.io/blockchain-blog/5-examples-of-blockchain-smart-contracts.>> (8. 6. 2021).



Pravni letopis 2021 – 1

Povzetki
Abstracts

IV.

UDK 347.515.2:616.98:578.834
Pravni letopis 2021, str. 9–30

ZALA MAJHENIČ, GAJA TANKO

Novi koronavirus – nove obveznosti delodajalca? Odškodninska odgovornost za okužbo na delovnem mestu

Avtorici predstavljata odškodninsko odgovornost delodajalca za okužbo s COVID-19 na delovnem mestu. Pri tem poudarjata zlasti vprašanja, ali in pod katerimi pogoji se vzpostavi odškodninska odgovornost delodajalca, kakšna je pravna narava te odgovornosti (objektivna, krivdna odgovornost), kdaj delo zaradi večjega tveganja izpostavljenosti okužbi s COVID-19 pomeni nevarno dejavnost, ali in kdaj ima delavec pravico odkloniti delo, kako in pod katerimi pogoji se delodajalec odgovornosti razbremeni ter kaj je pravno priznana škoda, povzročena z okužbo, in kako jo povrniti. Avtorici svoja stališča prikazujeta glede na veljavno ureditev slovenskega pravnega reda, analiza pa vključuje tudi povezavo z dosedanjo sodno prakso slovenskih sodišč in Evropskega sodišča za človekove pravice.

Ključne besede: odškodninska odgovornost delodajalca, vzročna zveza, delo v tveganih razmerah, COVID-19



UDC 347.515.2:616.98:578.834

Pravni letopis 2021, pp. 9–30

ZALA MAJHENIČ, GAJA TANKO

Covid-19 - New responsibilities for the employer?: Civil liability for the infection in the workplace

The authors present employer's liability for COVID-19 infection in the workplace. In particular they raise question of whether and under what conditions is the employer liable, what is the legal nature of this liability (strict, culpable liability), under which circumstances will the work classify as dangerous activity (due to the higher risk of exposure to COVID-19 infection). The authors also discuss, when has the worker right to refuse work, how and under what conditions is the employer discharged of liability and after all, what is the legally recognized damage caused by the COVID-19 infection, and how to reimburse it. The authors present their views through the prism of the current regulation of the Slovenian legal order, and the analysis, which also includes the current case law of Slovenian courts and the European Court of Human Rights.

Keywords: employer's liability, causal link, work in dangerous circumstances, COVID-19

UDK 347.51:341.236:616.98-036.21:578.834
Pravni letopis 2021, str. 31–49

NADJA STRLE

Nezakonito odrejena karantena na mejnem prehodu: podlaga za odškodninsko odgovornost države?

Avtorica v prispevku obravnava problematiko nezakonitega odrejanja karanten na mejnem prehodu ob vstopu v Slovenijo, kakor izhaja iz odločbe Upravnega sodišča II U 261/2020-18 z dne 2. 9. 2020. V njej je sodišče navedlo, da gre pri ukrepu karantene za poseg v pravico svobode gibanja in tudi v osebno prostost, zaradi česar bi morala biti posamezniku zagotovljena še posebna ustavna procesna jamstva. Ker je bil ukrep v konkretnem primeru nezakonit, so prizadeti posamezniki izrazili namero zahtevati odškodnino od države za utrpljeno škodo. Avtorica glede na to razmišlja, ali obstaja pravna podlaga za odškodninsko odgovornost države glede na veljavno pravno teorijo in sodno prakso. Sklepno izpostavi ustavnopravno vprašanje, ali bi bila med dejansko izrednimi razmerami COVID-19 primerna pravna razglasitev izrednega stanja, kot ga predvideva Ustava RS, ter v zvezi s tem morebitna derogacija posameznih pravic in svoboščin po 15. členu EKČP.

Ključne besede: karantena na mejnem prehodu, odškodninska odgovornost države, protipravnost ravnanja, derogacija EKČP, izredno stanje, COVID-19

UDC 347.51:341.236:616.98-036.21:578.834

Pravni letopis 2021, pp. 31–49

NADJA STRLE

Illegally ordered quarantine at the border crossing: the basis for state liability?

The author discusses the issue of authorities' issuing illegal quarantine decisions to individuals at the border crossing upon entering Slovenia, as follows from the judgement of the Administrative court with the case number II U 261 2020-18 of 2 September 2020. In it, the court said that the quarantine measure interferes with the right to freedom of movement, as well as personal liberty, which means that the individual affected should be provided with special constitutional procedural guarantees. The individuals affected by the illegal measure expressed their intention to seek compensation from the state for the damage suffered. In this light, the author considers whether there is a legal basis for the state's liability for damages according to the existing legal theory and case law. In conclusion, the author raises the constitutional question of whether in the de facto state of emergency resulting from COVID-19 epidemic the state should legally declare a state of emergency as provided by the Constitution of the Republic of Slovenia, and possibly also derogate from certain rights and freedoms according to Article 15 of the ECHR.

Keywords: quarantine at the border crossing point, state liability, unlawful conduct, derogation from ECHR, state of emergency, COVID-19.

UDK 340.135:616.98-036.21:578.834

Pravni letopis 2021, str. 51–64

MIHA FINK

Problem neveljavnih vladnih odlokov, glob, izrečenih brez pravne podlage, in vprašanja neupravičene obogatitve Republike Slovenije

Širjenje koronavirusa po državi je od te zahtevalo hiter odziv pri sprejemanju posameznih ukrepov z vladnimi odloki. Vendar nekateri od teh niso bili ustrezno objavljeni v Uradnem listu Republike Slovenije. Tako Odlok o začasni delni omejitvi gibanja ljudi in omejitvi oziroma prepovedi zbiranja ljudi zaradi preprečevanja okužb s SARS-CoV-2 v obdobju med 3. 11. 2020 in 5. 12. 2020 ni bil veljaven, saj kot rečeno ni bil ustrezno objavljen v Uradnem listu. Zato so bile izrečene globe med neveljavnostjo odloka brez pravne podlage in Republika Slovenija je bila neupravičeno obogatena. Zato je glavno vprašanje v prispevku, ali je bila objava ustrezna. Avtor zastopa stališče, da ni bila ustrezna, saj se pri objavi predpisov zahtevata natančnost in predvsem spoštovanje Ustave. Zato lahko posamezniki, ki so že plačali (neupravičeno) globe, vložijo restitucijski zahtevek zoper Republiko Slovenijo. Prispevek obravnava tudi mogoče poti in zaplete, ki se lahko pojavijo pri postopku vračila plačane globe.

Ključne besede: neveljaven odlok, neupravičena obogatitev, globe, prekrškovno pravo, objava, veljavnost, restitucijski zahtevek, Uradni list



UDC 340.135:616.98-036.21:578.834

Pravni letopis 2021, pp. 51–64

MIHA FINK

The problem of invalid government ordinances, fines imposed without a legal basis and issues pertaining to the unjust enrichment of the Republic of Slovenia

The spread of the coronavirus across the country has demanded quick actions by adopting individual measures through government ordinances. However, some of these measures were not properly published in the Official Gazette of the Republic of Slovenia. Therefore, the Ordinance on the temporary partial restriction of the movement of persons and the prohibition of the collection of persons for the prevention of SARS-CoV-2 infections was invalid during the period between 3 November 2020 and 5 December 2020 because it had not been properly published in the Official Gazette, as already stated. Therefore, these fines, which were imposed during the period of ordinance invalidity, have no legal basis, and have led to the unjust enrichment of the Republic of Slovenia. The main question dealt with in this paper is whether the publication was suitable or not. The author takes the view that it was not, as the publication of regulations requires precision and, above all, the respect of the Constitution. Therefore, the individuals who have already (unjustly) paid their fines may bring a restitutionary claim against the Republic of Slovenia. This paper also discusses the possible ways and complications which may arise during the procedure of reimbursing the fines that have already been paid.

Keywords: invalid ordinance, unjust enrichment, fines, administrative law, publication, validity, restitutionary claim, Official Gazette

UDK 347.5:004.8

Pravni letopis 2021, str. 67–81

SAMO MIKLIČ

Nepogodbena odškodninska odgovornost in umetna inteligenca

Sedanji režimi nepogodbene odškodninske odgovornosti so globoko ukoreninjeni v evropske in svetovne pravne redove. Odgovornost proizvajalca, objektivna in krivdna odgovornost, odgovornost za drugega in drugi režimi odgovornosti so instituti, katerih stalnost kaže na njihovo zmožnost, da pokrijejo vse mogoče primere nepogodbene škode, ki si jih človeku uspe zamisliti. Pa so ti uveljavljeni temelji civilnega prava ustrezni tudi, ko vznikne nov povzročitelj škode – umetna inteligenca? Pravna stroka ponuja pritrdilne in odklonilne odgovore. Nekateri bi le priredili sedanje režime, drugi menijo, da bo potrebna uvedba novih institutov. Strinjajo pa se, da je za optimalen izkoristek prednosti, ki jih umetna inteligenca ponuja, nujno, da pravo njen razvoj budno spremlja.

Ključne besede: civilno pravo, nepogodbena odškodninska odgovornost, umetna inteligenca, odgovornost uporabnika, odgovornost proizvajalca, objektivna odgovornost, krivdna odgovornost, odgovornost za drugega, škoda, nove tehnologije



UDC 347.5:004.8

Pravni letopis 2021, pp. 67–81

SAMO MIKLIČ

Non-contractual liability and artificial intelligence

The established non-contractual liability regimes are deeply embedded both in European legal systems and worldwide. The continuity of product liability, strict and fault liability, and vicarious liability, as well as other established types of liability, shows their ability to cover every possible case of damage one can think of. Are these pillars of civil law effective, however, when a new injuring party – artificial intelligence – emerges? Legal scholars provide both affirmative and dissenting answers to this question. Some would only adapt the current framework of civil liability, others claim that new legal constructs need to be established. Despite their differences, however, most scholars agree, that in order to maximize the advantages of artificial intelligence, law needs to closely follow its evolution.

Keywords: civil law, non-contractual liability, artificial intelligence, product liability, user liability, strict liability, fault liability, vicarious liability, damage, emerging technologies

UDK 340.13:004.8

Pravni letopis 2021, str. 83–102

EVA STOJAN

Umetna inteligenca: *cogito, ergo sum?*

Prispevek obravnava temeljna vprašanja in dileme o statusu umetnointeligentnih sistemov v civilnopravnih razmerjih, ki so povezana z njihovimi specifičnimi lastnostmi: avtonomijo ravnanja, (ne)transparentnostjo in sposobnostjo učenja. Posebna pozornost je namenjena problematiziranju odškodninske odgovornosti v primerih z udeležbo umetne inteligence in s tem povezanim predlogom podelitve pravne subjektivitete le-tej. Zaradi pomanjkanja regulacije namreč nastajajo pravne praznine, kar najpogosteje prizadene oškodovance. Skozi prizmo evropske mehke zakonodaje in teorije avtorica kritično razpravlja o primernosti prilagoditve že obstoječih civilnopravnih okvirov in uvedbe novih. Umetnointeligentne sisteme lahko z umestitvijo med pravne subjekte izenačimo z naravnimi ali pravnimi osebami in jim s tem priznamo pravice in naložimo dolžnosti. Alternativno lahko uvedemo nove koncepte, kot je »e-osebnost«, katerih vsebino je mogoče prilagoditi potrebam. Pot do kompenzacije kot enega od ciljev odškodninskega prava pa lahko dosežemo tudi z instituti obveznega zavarovanja in povrnitvenega sklada.

Ključne besede: krepka umetna inteligenca, Nacionalni program, učinek črne škatle, Pravila civilnega prava o robotiki, tehnološka revolucija, agent, objektivna odgovornost, odgovornost države, deliktna sposobnost, delna pravna sposobnost



UDC 340.13:004.8

Pravni letopis 2021, pp. 83–102

EVA STOJAN

Artificial intelligence: *Cogito, ergo sum?*

The article addresses the fundamental dilemmas concerning the status of artificially intelligent systems in civil law, considering their specific characteristics: autonomy, (in)transparency and learning ability. Special attention is given to the question of liability for damages in tort cases involving artificial intelligence and the proposal of granting it legal personhood. The victims are those most frequently affected by the legal gaps that the lack of regulation creates. Through the prism of European soft law and legal theory, the author critically discusses the appropriateness of adapting the current civil law framework and introducing new ones. By granting them legal personhood, artificially intelligent systems could be equalized with natural and juridical persons, thus possessing rights and bearing responsibilities. Alternatively, there is a possibility of introducing new concepts, such as »e-personhood« and adapting them to our needs. The goal of compensation, as one of the main purposes of tort law, can also be achieved by using the institutes of compulsory insurance and compensation funds.

Keywords: strong artificial intelligence, National program, black box effect, Civil Law Rules on Robotics, technological revolution, software agent, strict liability, state liability, tort capacity, partial legal capacity

UDK 347.51:004.8:61

Pravni letopis 2021, str. 103–122

BARBARA PAVLEKOVIČ, JERCA PETROVIČ

Civilnopravni vidiki umetne inteligence v zdravstvu

Umetna inteligenca je ena od tehnologij, ki naj bi bistveno zaznamovale prihodnost. V svojem bistvu je umetna inteligenca zmožnost stroja, da izkazuje človeške lastnosti, kot so mišljenje, učenje in načrtovanje. Umetna inteligenca omogoča tehničnim sistemom, da zaznavajo okolje, obdelajo, kar zaznajo, in rešijo problem, pri čemer ravnajo v skladu z določenim ciljem. Še posebej pomemben je vpliv umetne inteligence na zdravstvo, saj bi z njenim napredkom lahko preprečili marsikatero napačno diagnozo. Umetna inteligenca že spreminja način, kako se zdravniki lotevajo reševanja kliničnih problemov. Nekateri algoritmi se lahko celo kosajo z zdravniki, še vedno pa jih ni mogoče popolnoma samostojno vključiti v vsakodnevno zdravstveno prakso, so pa ti že postavljeni v vlogo pomočnika. Čeprav ti algoritmi pomembno vplivajo na učinkovitost zdravljenja in zdravstvenih posegov, obstajajo še nekatera regulativna in etična vprašanja, na katera je treba predhodno poiskati odgovore. Med temi je tudi pravno vprašanje odškodninske odgovornosti zdravstvenih delavcev in proizvajalcev tehnologije umetne inteligence. Prispevek tako obravnava izbrana vprašanja s tega področja in predlaga nekatere rešitve za take težave. Umetna inteligenca nedvoumno prinaša veliko več prednosti kot slabosti, vendar jo je treba ustrezno pravno regulirati, da bi se zagotovila ustrezna pravna varnost vseh udeležencev.

Ključne besede: umetna inteligenca, zdravstvo, odškodninska odgovornost, reguliranje prava



UDC 347.51:004.8:61

Pravni letopis 2021, pp. 103–122

BARBARA PAVLEKOVIĆ, JERCA PETROVIĆ

Civil law aspects of artificial intelligence in medicine

Artificial intelligence is one of the technologies expected to significantly shape our future. In its essence, artificial intelligence is the ability of a machine to exhibit human characteristics such as thinking, learning and planning. Artificial intelligence enables technical systems to detect the environment, process what they detect and solve the problem by acting in accordance with specific objectives. Of particular importance is the impact of artificial intelligence on healthcare as the further development of AI could prevent many misdiagnoses. Artificial intelligence is already influencing the way doctors approach different clinical problems. Some algorithms are even able to compete with physicians, but it is still not possible to include them in everyday medical practice on their own. They can, however, be placed in the role of assistant. Although these algorithms significantly affect the effectiveness of treatment and medical interventions, there are still some regulatory and ethical issues that need to be addressed in order to find answers. Among these is the legal issue of liability for damages that affects healthcare professionals and artificial intelligence technology manufacturers. This article addresses selected issues in this area and contains some suggested solutions for such problems. Artificial intelligence unequivocally brings many more advantages than disadvantages, but appropriate legal regulations are needed to ensure adequate legal certainty for all participants.

Keywords: artificial intelligence, health care, liability for damages, law regulation

UDK 339.13:004.738.5:347.42
Pravni letopis 2021, str. 125–145

MASHA KOROŠEC

Jamčevalni zahtevki pri pogodbah o dobavi digitalnih vsebin ali digitalnih storitev: novosti Direktive (EU) 2019/770

Prispevek obravnava jamstva, vsebovana v Direktivi 2019/770, ki jih ima potrošnik na voljo v primeru sklepanja pogodb o digitalni vsebini ali digitalni storitvi. Direktiva je bila sprejeta 20. 5. 2019 in je del Strategije za enotni digitalni trg za Evropo, ki si prizadeva za zagotavljanje čim večjega varstva potrošnikov in harmonizacijo temeljnih pravic ter obveznosti strank pogodbenega razmerja. Glavno vprašanje pri sprejetju Direktive se je nanašalo na ustreznost jamstev, ki so na voljo potrošniku v primeru kršitve tovrstnih pogodb. Sedanja ureditev ni povsem prilagojena potrebam digitalnega trga, ko predmet pogodbe ni stvar, ampak gre za različne podatke, kot so na primer videodatoteke, e-knjige, glasbene datoteke itd. Direktiva obravnava pravice potrošnika v primeru nedobave in v primeru neskladnosti digitalne vsebine, njen temelj pa je dosedanja ureditev potrošniškega prava. V evropski pravni prostor prinaša kar nekaj novosti, s katerimi si prizadeva za vzpostavljanje enotnega digitalnega trga in odpravljanje negotovosti potrošnikov pri uresničevanju njihovih pravic. Med drugim Direktiva uvaja posebne zahteve za skladnost, ki jih razvršča na subjektivne in objektivne, ter uvaja odgovornost za nepravilno namestitvev digitalne vsebine. Poleg tega je v določbah upoštevan tudi tehnološki napredek, saj je posebej obravnavano vprašanje glede zagotavljanja posodobitev digitalnih vsebin.

Ključne besede: potrošniško pogodbeno pravo, digitalne vsebine, jamstva potrošnikov, Direktiva (EU) 2019/770 o dobavi digitalnih vsebin in digitalnih storitev, pravice potrošnikov, digitalni trg, nedobava digitalne vsebine, neskladnost digitalne vsebine

UDC 339.13:004.738.5:347.42
Pravni letopis 2021, pp. 125–145

MASHA KOROŠEC

Warranty claims in contracts for the supply of digital content and services: Novelties of Directive (EU) 2019/770

The article analyses the remedies set out in Directive 2019/770 to which the consumer may resort if the contract for the supply of digital content and digital services is not performed correctly. The Directive was adopted in May 2019 and is a part of the Commission's Digital Single Market Strategy that aims to ensure a high level of consumer protection and harmonisation of main rights and obligations of the parties to a sales contract. The main issue faced by the European legislature concerned the adequacy of remedies available to the consumer in the event of a breach of such contracts. Remedies honed to respond to the sale of tangible items do not necessarily translate well into the digital market, since the main subject matter of the contract is not a physical item but intangible data such as video files, e-books, music files, etc. The Directive addresses the consumer's rights both in case of a failure to supply and in case of a lack of conformity and is based on the current EU consumer acquis. However, it brings quite a few novelties to the European legal area, among others it distinguishes between objective and subjective requirements for conformity and introduces the responsibility for the integration of digital content, furthermore, given that the digital content and services are constantly developing, it also addresses the issue of providing the updates to consumers.

Keywords: Consumer contract law, digital content, consumer remedies, Directive (EU) 2019/770 on the supply of digital content and digital service, consumer rights, digital market, failure to supply, lack of conformity

UDK 347.44:004

Pravni letopis 2021, str. 147–163

LEONARDO ROK LAMPRET

Ali je pravo pripravljeno na pametno pogodbo

Pametne pogodbe so v današnjem pravnem redu ena izmed pomembnejših novosti, ki so del tehnologije verižnih blokov. Zaradi samodejne izvršitve transakcij in zagotovljene visoke stopnje anonimnosti, se zanimanje za uporabo pametnih pogodb veča. Upošteva se, da se zmeraj več pravnih razmerij poslužuje njihove uporabe, je potrebno pametne pogodbe ustrezno pravno urediti. V izogib pravnemu pluralizmu, je potrebno pregledati obstoječi slovenski pravni red ter se vprašati, ali trenutna pravna ureditev zadostuje, da lahko učinkovito in z visoko stopnjo pravne predvidljivosti uporabljamo pametne pogodbe v pravnem prometu. Pri tem je predvsem pomembno, da se lahko pogodbene stranke obrnejo na sodno instanco, ki jim zagotovi učinkovito zaščito pravnega položaja. Zaradi pomankanja sodne prakse, pa se pogodbene stranke v primeru spora obračajo na posebno obliko arbitraže, ki deluje na tehnologiji verižnih blokov.

Ključne besede: pametne pogodbe, tehnologija verižnih blokov, anonimnost, inovativnost, tehnologija, pogodbeno razmerje



UDK 347.44:004

Pravni letopis 2021, pp. 147–163

LEONARDO ROK LAMPRET

Is legal system prepared for smart contracts

Smart contracts are one of the most important innovations that are part of blockchain technology. Due to the automatic execution of transactions and the guaranteed high level of anonymity, interest in the use of smart contracts is increasing. Considering that we find smart contracts in many legal relationships nowadays, they need to be properly regulated. In order to avoid legal pluralism, it is necessary to review the existing Slovenian legal order and ask whether the current legal regulation is sufficient to be able to use smart contracts in legal transactions efficiently and with a high degree of legal predictability. In doing so, it is particularly important that the contracting parties have a possibility to turn to the Court of law in order to efficiently protect their legal position. Due to the lack of case law, however, the contracting parties in the event of a dispute turn to a special form of arbitration, which operates on the blockchain technology.

Keywords: smart contracts, blockchain technology, anonymity, innovation, technology, contracting relationship

