

Pravnik

revija za pravno teorijo in prakso

Letnik **70 (132)**

kot naslednik revije

SLOVENSKI PRAVNIK

Številka **7-8/2015**

Slovenski pravnik je prvič izšel leta 1862 (izdajatelj dr. Jakob Radoslav Razlag), v letih 1870–1872 so izšli trije letniki revije *Pravnik slovenski* (izdajatelj dr. J. R. Razlag). Leta 1881 je kot 1. letnik izšla revija *Slovenski pravnik* in nato še leta 1882 in 1883 (izdajatelj dr. Alfons Mosche). Leta 1888 je izšel 4. letnik revije (izdajatelj društvo *Pravnik*), ki je nato izhajala (razen v letih 1918 in 1919) do leta 1944. Leta 1946 (kot 1. letnik) je začela izhajati revija *Ljudski pravnik*, ki se je leta 1953 preimenovala v *Pravnik*; od 1. januarja 1965, po združitvi z revijo Javna uprava, izhaja *Pravnik* kot revija za pravno teorijo in prakso, maja 2015 pa je postala tudi naslednik revije *Slovenian Law Review*, ki jo je Pravna fakulteta Univerze v Ljubljani izdajala od leta 2004.

Revija *Pravnik* je vključena v mednarodni bibliografski bazi Internationale Bibliographie der Zeitschriftenliteratur (IBZ) in CSA Philosopher's Index, Javna agencija za raziskovalno dejavnost Republike Slovenije (ARRS) pa jo je vključila med slovenske revije v mednarodnih bazah podatkov iz seznama ARRS.

*Izdajo najstarejše slovenske pravne revije sofinancira
Javna agencija za raziskovalno dejavnost Republike Slovenije.*

Uredniški odbor:

**dr. Mitja Deisinger, Hinko Jenull, dr. Erik Kerševan, Boštjan Koritnik, dr. Janez Kranjc, dr. Marijan Pavčnik, dr. Konrad Plauštajner, dr. Saša Prelič,
dr. Darja Senčur Peček, dr. Alenka Šelih, Mojca Seliškar Toš, dr. Verica Trstenjak,
dr. Lojze Ude, dr. Dragica Wedam Lukić**

Mednarodni uredniški odbor:

**dr. Matej Accetto, dr. Mihajlo Dika, dr. Katja Franko-Aas, dr. Tatjana Machalová,
dr. Miomir Matulović, dr. Ivan Padjen, dr. Joseph (Jože) Straus, dr. Jernej Sekolec,
dr. Davor Krapac, dr. Slobodan Perović**

Odgovorna urednica:

dr. Dragica Wedam Lukić

Strokovni urednik:

Boštjan Koritnik

Jezikovni pregled in oblikovanje:

JusFin, d. o. o.

Pravnik Izdajatelj in založnik: **Zveza društev pravnikov Slovenije**, v sodelovanju s
Pravno fakulteto Univerze v Ljubljani

Naslov: Poljanski nasip 2, 1000 Ljubljana

Tisk: Sinet, d. o. o., Hrastnik

Naklada: 460 izvodov

Izide 12 števil na leto.

Spletna stran s kazalom, povzetki, navodili za avtorje in naročilnico
(tudi v angleščini): **www.revija-pravnik.si**

Naročila

e-naslov: pravnik@revija-pravnik.si, tel.: 01 42 03 113, faks: 01 42 03 115

Letna naročnina (cene z DDV):

- za pravne osebe 80,02 EUR, posamezni zvezek 16,00 EUR
- za posameznike 50,00 EUR, posamezni zvezek 16,00 EUR
- za študente 25,03 EUR, posamezni zvezek 8,00 EUR
- za tujino 160,02 EUR, posamezni zvezek 34,00 EUR

IBAN: SI56 6100 0000 9259 676

VSEBINA

Članki

- Iztok Štefanec Materialni ustavni zakon v slovenskem
ustavnem redu – 449
- Ozan Turhan Child-Friendly Justice: Children in the EU
Law on Free Movement and Relevant
Rulings of the ECJ – 493
- Otroku prijazno pravosodje: pravica otroka
do prostega gibanja v evropskem pravu in
sodni praksi
(*daljši povzetek v slovenščini*) – 508
- Gaja Ana Pavliha Problematika pravne ureditve Zoisovih
štipendij – 511
- Nataša Omerzu,
Iztok Kolar Javna služba in poslovanje notarske dejavnosti
v Sloveniji – 529

Recenziji

- Aleš Novak Benthamov »fragment« in odkrivanje korenin
sodobnosti – 545
- Lothar Philipps Regeln der Moral – Gedanken zu einem Buch
von Rainer Erlinger – 559

Avtorski sinopsisi

(*v slovenskem in angleškem jeziku*) – 565

Navodila za avtorje

(*v slovenskem, angleškem in hrvaškem
jeziku*) – 577

CONTENTS

Articles

- | | |
|-------------------------------|---|
| Iztok Štefanec | The Substantive Constitutional Act Within the Slovene Constitutional Order – 449 |
| Ozan Turhan | Child-Friendly Justice: Children in the EU Law on Free Movement and Relevant Rulings of the ECJ – 493
<i>Longer Summary in Slovenian</i> – 508 |
| Gaja Ana Pavliha | Problems regarding Legal Regulation of the Zois Scholarships – 511 |
| Nataša Omerzu,
Iztok Kolar | Public Service of Notary and Notary Business in Slovenia – 529 |

Book Reviews

- | | |
|-----------------|---|
| Aleš Novak | Bentham's "Fragment" – Discovering the Roots of Modernity – 545 |
| Lothar Philipps | Regeln der Moral – Gedanken zu einem Buch von Rainer Erlinger – 559 |

Authors' Synopses

(in Slovenian and English Language) – 565

Guidelines for Authors

(in Slovenian, English and Croatian Language) – 577

MATERIALNI USTAVNI ZAKON V SLOVENSKEM USTAVNEM REDU

Iztok Štefanec,

univerzitetni diplomirani pravnik, asistent za ustavno pravo, raziskovalec na Pravni fakulteti Univerze v Ljubljani

1. UVOD

Ustava Republike Slovenije¹ ni edini ustavni akt v slovenskem ustavnem redu. Sestavljajo ga še ustavni zakoni za izvedbo Ustave in Temeljne ustavne listine o neodvisnosti in samostojnosti Republike Slovenije (s spremembami) ter ustavni zakoni, s katerimi spreminjamo Ustavo. Razen Temeljne ustavne listine, ki je najbližje ustavnemu zakonu za razčlenjevanje ustavne materije (materialnemu ustavnemu zakonu), slovenski pravni red tovrstnih ustavnih zakonov ne pozna, čeprav Ustavno sodišče in teorija poudarjata, da bi Državni zbor tak akt lahko sprejel. Zanimivo je, da slovenska ustavnopravna teorija posebne pozornosti vprašanju, ali sme in če sploh ter pod kakšnimi pogoji sme Državni zbor to storiti (in kakšne bi lahko bile posledice za ustavni red), pravzaprav ni namenjala.

Temeljna teza tega besedila je, da materialnega ustavnega zakona slovenski ustavni red ne pozna in ga zato ustavodajalec *de lege lata* ne more sprejeti. To skušam podpreti z različnimi argumenti. Po uvodni obravnavi ustavnih aktov v slovenskem ustavnem redu (razdelek 2) v nadaljevanju predstavim argument pravne države (razdelek 3), s katerim utrjujem stališče, da slovenska ustava in poslovnik Državnega zbora ustrezne pravne podlage za sprejemanje materialnih ustavnih zakonov ne urejata. V razdelku 4 je govor o tem, kakšen odnos je imel do razčlenjevanja ustave z materialnimi ustavnimi zakoni ustavodajalec v procesu snovanja nove slovenske ustave in kaj je bil razlog, da je iz Ustave izpustil pravno podlago zanje. Sledi analiza specialnih in generalnih določb

¹ Ur. l. RS, št. 33/91, 42/97, 66/00, 24/03, 69/04, 68/06 in 47/13.

Ustave, ki določajo, da se neko vprašanje uredi z zakonom; kako slednje vpliva na možnost urejanja te materije z ustavnim zakonom, obravnavam v razdelku 5. V razdelkih 6, 7 in 8 predstavim še argumente, ki kažejo, zakaj je urejanje materije v materialnih ustavnih aktih oz. na ustavni ravni v nasprotju z našo ustavno ureditvijo, škodljivo za naš pravni red in zakaj bi hitro lahko pripeljalo do zmanjšanja demokratičnosti in legitimnosti normativnega urejanja ter koherentnosti slovenskega ustavnega reda.

2. VRSTE USTAVNEGA ZAKONA IN NJIHOVA RABA V SLOVENIJI

Primerjalno ustavno pravo in teorija poznata več vrst ustavnih zakonov, ki se med seboj razlikujejo po funkciji in uporabi, vsebini in obliki, postopku, po katerem se sprejemajo, itd. Različen je zato tudi ustavnopravni položaj ustavnega zakona glede na razmerje do ustave, hierarhijo pravnih aktov in tudi možnost njegove ustavnosodne presoje.²

V praksi se uporabljajo štiri temeljne pojavne oblike:³ a) ustavni zakon v funkciji ustave, b) ustavni zakon kot akt za spreminjanje ustave, c) ustavni zakon kot akt za izvedbo ustave ali njenih sprememb in č) ustavni zakon kot akt za ureditev določenega dela ustavne materije (v nadaljevanju: materialni ustavni zakon).⁴ V Sloveniji smo pred osamosvojitvijo poznali tri temeljne oblike ustavnega zakona (vse razen ustavnega zakona v funkciji ustave), s katerimi se je v ustavni red pogosto vneslo več zmede kot reda. Sprejetje Temeljne ustavne listine o samostojnosti in neodvisnosti Republike Slovenije 25. junija 1991 (v nadaljevanju: TUL),⁵ posebej pa tudi sprejetje Ustave je pomenilo prelom s

² I. Kaučič, nav. delo (2001), str. 121–122.

³ Delitev je povzeta po: prav tam, str. 122–134.

⁴ Poimenovanje v teoriji ni splošno sprejeto in tudi ne pomeni, da preostale vrste ustavnega zakona ne urejajo ustavne materije. Besedna zveza *materialni ustavni zakon* je lahko priročno poimenovanje za vrsto ustavnega zakona, ki pravnotehnično in pravnoformalno ločeno od ustave ureja *materio constitutionis* in je po rangi enak ustavi. Tovrstni ustavni akti se pogosto ne imenujejo zakon, temveč so poimenovani drugače, npr. ustavna listina. Kot nadpomenko zato uporabljam besedno zvezo *materialni ustavni akt*. Opozoriti je treba, da pri tem ni mišljen materialni akt kot oblastno dejanje, s katerim se udejanji neki predpis oz. posamični pravni akt. Nadalje, izraz organski zakon uporabljam za zakon, ki je hierarhično pod ustavo in nad »običajnimi« zakoni, zato morajo biti ti z njim tudi materialno usklajeni. Ponavadi se sprejema po zahtevnejšem postopku kot običajni zakoni. Zakon, ki se sprejme s kvalificirano večino, vendar hierarhično ni nad običajnimi zakoni (in se zato njihova medsebojna materialna skladnost ne preverja), krajše poimenujem *kvalificirani zakon*; zakon, ki se sprejme z običajno večino, pa *navadni zakon* oz. *zakon*.

⁵ Ur. l. RS/I, št. 1/91, 19/91 (popravek).

prejšnjo ureditvijo tudi glede pravnega sistema splošnih pravnih aktov. Stopnja dosežene konsistentnosti je močno izboljšana, toda čisto brez težav in odprtih vprašanj ni šlo niti pri graditvi novega slovenskega ustavnega reda.

2.1. Ustavni zakon v funkciji ustave

Ponekod se na podlagi političnih, zgodovinskih in drugih razlogov in okoliščin sprejme vrhovni pravni akt, tj. ustava v formalnem pomenu, ki se ne imenuje ustava, temveč ustavni zakon.⁶ Primera sta avstrijski Zvezni ustavni zakon⁷ ali nemški Temeljni zakon.⁸ Tak akt ima enako pravno moč in funkcijo kot ustava, zato je drugačno poimenovanje bolj simbolne narave.

2.2. Ustavni zakon kot akt za izvedbo ustave ali njenih sprememb

Ker pomenijo spremembe ustave večje ali manjše posege v dotedanjo ustavno ureditev, je navadno treba določiti tudi, kako jih uveljaviti in izpeljati prehod v novo ustavno ureditev. Ustavni zakon kot akt o izvedbi (spremembe) ustave je kljub svoji pravni samostojnosti po vsebini akcesoren akt, saj je namenjen uveljavitvi materialnih ustavnih norm. Pri tem ne posega v besedilo ustave in ga ne spreminja. Njegova pravna narava se razlikuje od ustavnega zakona o spremembi ustave, saj je postopek njegovega sprejema sicer zahtevnejši od zakonodajnega, a je pogosto milejši od ustavnorevidijskega, zaradi česar ni popolnega soglasja glede njegovega mesta v hierarhiji pravnih aktov.⁹

Ustava Republike Slovenije (v nadaljevanju: Ustava) ustavni zakon izrecno omenja le v 173. in 174. členu, kjer ga določa kot akt, ki se sprejme hkrati s to ustavo in služi njeni izvedbi. Podobno izvedbeni ustavni zakon v razdelku IV določi tudi TUL. Oba ustavna zakona (za izvedbo ustave¹⁰ in za izvedbo TUL¹¹) sta bila naknadno dopolnjena.

Ustava običajno poleg podlage za sprejetje izvedbenega ustavnega zakona določi tudi postopek za njegovo sprejetje.¹² Ustava, TUL in Ustavni zakon za

⁶ I. Kaučič, nav. delo (2001), str. 122.

⁷ Avstrijski Zvezni ustavni zakon. <www.vfgh.gv.at/cms/vfgh-site/english/downloads/englishverfassung.pdf> (1. 8. 2015).

⁸ Nemški Temeljni zakon. <<https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80201000.pdf>> (1. 8. 2015).

⁹ I. Kaučič, nav. delo (2001), str. 127–129.

¹⁰ Ustavni zakon za izvedbo Ustave Republike Slovenije, Ur. l. RS/I, št. 33/91, in Ur. l. RS, št. 21/94.

¹¹ Ustavni zakon za izvedbo temeljne ustavne listine o samostojnosti in neodvisnosti Republike Slovenije (v nadaljevanju: UZITUL), Ur. l. RS/I, št. 1/91, in Ur. l. RS, št. 45/94.

¹² I. Kaučič, nav. delo (2012), str. 10.

izvedbo Ustave Republike Slovenije (v nadaljevanju: UZIU) za namen sprejemanja in spreminjanja izvedbenih ustavnih zakonov predvidevajo poseben postopek, ki ni enak ustavnorevidzijskemu (po slednjem se najprej opravi glasovanje o predlogu spremembe ustave z dvotretjinsko večino glasov navzočih poslancev, nato pa še sprejem ustavnega akta o spremembi Ustave z dvotretjinsko večino glasov vseh poslancev, kot to izhaja iz 168. in 169. člena Ustave).

Odlok o razglasitvi Ustavnega zakona o dopolnitvi ustavnega zakona za izvedbo Temeljne ustavne listine o samostojnosti in neodvisnosti Republike Slovenije (v nadaljevanju: UZITUL-A)¹³ kot pravno podlago za uveljavitev tega ustavnega zakona navaja določbe IV. razdelka TUL in 174. člena Ustave, odlok o razglasitvi Ustavnega zakona o dopolnitvi ustavnega zakona za izvedbo Ustave Republike Slovenije (v nadaljevanju: UZIU-A)¹⁴ pa navaja 174. člen Ustave in 10. člen UZIU. Iz teh določb izhaja, da se izvedbeni ustavni zakon sprejme z dvotretjinsko večino glasov vseh poslancev Državnega zbora (oz. nekdanjih delegatov vseh zborov Skupščine RS). Postopek je torej v primerjavi z ustavnorevidzijskim poenostavljen, saj predvideva le eno fazo.

Ustavna zakona sta bila kljub izrecnim ustavnim postopkovnim določbam, na katere se sklicujeta odloka, sprejeta po drugem, tj. ustavnorevidzijskem postopku, kakor ga predpisujeta 168. in 169. člen Ustave.¹⁵ Prvi Poslovnik Državnega zbora iz leta 1993 (v nadaljevanju: PoDZ)¹⁶ ni urejal postopka za sprejem ustavnega zakona v kateri koli funkciji in ga tudi sicer ni omenjal. Je pa postopek za sprejem izvedbenih ustavnih zakonov uredil novi poslovnik (v nadaljevanju: PoDZ-1),¹⁷ ki v 183. členu za spremembo ustavnega zakona za izvedbo TUL, UZIU in za spremembo ustavnega zakona o spremembi Ustave določa smiselno uporabo poslovnih določb o postopku za spremembo ustave. Ustavnorevidzijski postopek je resda zahtevnejši od ustavnopravno predpisane ga postopka za sprejem izvedbenih ustavnih zakonov in v celoti »postopkovno« vključuje tudi slednjega, saj se ustavni zakon o spremembi Ustave sprejme

¹³ Ur. l. RS, št. 45/94.

¹⁴ Ur. l. RS, št. 21/94. UZIU-A in UZITUL-A glede pravne podlage za svoj sprejem molčita.

¹⁵ Utemeljeno bi bilo pričakovati, da je bil UZIU-A sprejet po ustavnopravno predpisanem poenostavljenem postopku na podlagi 10. člena UZIU, glej npr. I. Kaučič, nav. delo (2012), str. 11, op. 25. Vendar pa iz dobesednega zapisa 19. redne seje Državnega zbora Republike Slovenije izhaja, da je bil za sprejem tega akta uporabljen ustavnorevidzijski postopek. Zapis 19. redne seje DZ z dne 23., 24., 25., 29. marca ter 6., 7., 14., 15., 19., 20., 21. in 22. aprila 1994 je dostopen na spletni strani <www.dz-rs.si/wps/portal/Home/deloDZ/seje/evidenca?mandat=I&type=sz&uid=A8689337ED1A994EC1257832004838F5> (1. 8. 2015).

¹⁶ Ur. l. RS, št. 40/93, 80/94, 3/95 – popr., 28/96, 26/97, 95/99 – odl. US, 46/00, 3/01, 9/01, 13/01, 45/01 – skl. US, 52/01 – odl. US, 60/02.

¹⁷ Ur. l. RS, št. 35/02, 60/04, 64/07 in 105/10.

z dvotretjinsko večino glasov vseh poslancev Državnega zbora. Zastavlja pa se vprašanje, čemu potem smiselne uporabe določb ustavnorevidijskega postopka ni predpisal že ustavodajalec in ali uporaba slednjega na podlagi poslovnika pomeni takšno oteževanje postopka, ki presega ustavno določilo.

Čeprav ni dvoma, da gre za izvedbene ustavne zakone, tovrstna postopkovna nekonsistentnost ne pripomore k jasnemu okviru ustavnih aktov v slovenskem pravnem redu. Postopek sprejemanja namreč sodoloča pravno naravo akta.¹⁸ Na netipično pravno naravo preambule, pa tudi normativnega dela UZITUL in UZITUL-A, ki sicer ni posledica postopka sprejema, opozarja Kaučič.¹⁹

2.3. Ustavni zakon kot akt za spreminjanje ustave

V nasprotju s tehniko amandmiranja ustave, pri kateri ustavni amandma dopolni ustavo in navadno ne poseže v njeno besedilo,²⁰ noveliranje pomeni poseg v njene prvotne določbe. To tehniko uporablja večina evropskih držav.²¹ Pogosto (tudi pri nas) se izvede z ustavnim zakonom. Pravna moč ustavnorevidijskega ustavnega zakona je enaka ustavi sami. Ponekod tak akt določi že ustava in ga poimenuje ustavni zakon, zakon o spremembi (reviziji) ustave ali samo zakon.²²

Ustava ni določila svoje ustavnorevidijske tehnike, postopek je urejen zelo skopo, akt za spreminjanje ustave pa je v 169. členu poimenovan precej nedoločno kot »*akt o spremembi ustave*«. Tudi prvi poslovnik Državnega zbora iz leta 1993 ni urejal ustavnorevidijskega postopka, temveč je v prvi alineji 48. člena le povzel pristojnost, določeno v Ustavi, da Državni zbor odloča o spremembah ustave in jih razglašča.²³ Prvi spremembi Ustave (leta 1997 in 2000) je zato Dr-

¹⁸ »Za razliko od ustavnega zakona o spremembi ustave [izvedbeni ustavni zakon] neposredno ne posega v ustavno besedilo in ga tudi ne spreminja, temveč le spremlja ustavo in ureja prehodni režim. Njegova pravna narava je zato drugačna kot pri ustavnem zakonu o spremembi ustave. Tak zakon se običajno sicer sprejema po zahtevnejšem postopku, kot je zakonodajni, vendar ne po enakem postopku, kot je predpisan za spremembo ustave (ustavnorevidijski postopek).« I. Kaučič, nav. delo (2012), str. 16.

¹⁹ Glej prav tam, str. 5–28.

²⁰ I. Kaučič, F. Grad, nav. delo, str. 39.

²¹ I. Kaučič, nav. delo (2012), str. 7.

²² I. Kaučič, nav. delo (2001), str. 123–127.

²³ Izjema so skope določbe glede referendumov o spremembi ustave, ki so bile pozneje spremenjene, prvič leta 1994 (glej člene 230 do 238). Tako je npr. 238. člen PoDZ glede referendumov o spremembi ustave določal smiselno uporabo določb poslovnika glede zakonodajnega referendumov. Člen je bil kmalu črtan (61. člen Sprememb in dopolnitev Poslovnika Državnega zbora, Ur. l. RS, št. 80/94), saj je materijo poleg poslovnika uredil Zakon o referendumu in o ljudski iniciativi, Ur. l. RS, št. 15/94, 13/95, 34/96 – odl. US, 38/96, 43/96

žavni zbor izvedel brez ustrezne in dodelane postopkovne podlage. Praznino je zapolnila ustavna komisija pri Državnem zboru. Ustavodajalec se je odločil za tehniko noveliranja z ustavnim zakonom.²⁴ Ta način je leta 2002 prevzel in predpisal novi poslovnik Državnega zbora, PoDZ-1.²⁵ Ustavni zakon za spremembo Ustave vsebuje dva dela: prvi razdelek obsega besedilo ustavne spremembe in postane integralni del ustavnega besedila oz. vanj poseže (npr. črta del besedila), drugi razdelek pa določa način izvedbe spremembe Ustave in prehod na novo ureditev. Sprejema se po postopku, predpisanem za spremembo Ustave, in uživa enako stopnjo pravne veljave. Tako urejen ustavni zakon o spremembi ustave po svoji funkciji ni le ustavni zakon za spremembo ustave, temveč tudi ustavni zakon za izvedbo (spremembe) ustave. Ker se oba razdelka sprejemata po identičnem postopku, ni nobenega dvoma o njuni enaki ustavnopravni moči.²⁶ Ribičič meni, da imajo norme razdelkov ustavnorevizijskega ustavnega zakona različno pravno naravo: norme prvega razdelka so bližje ustavi, tiste iz drugega pa naj bi bile bližje zakonu.²⁷

– odl. US, 57/96 – ZNGUIG, 82/98 – odl. US, 59/01, 11/03 – skl. US, 11/03 – odl. US, 24/03 – UZ3a, 47, 68, 48/03 – odl. US, 83/04, 24/05 – odl. US, 139/06, 47/13.

²⁴ Pri noveliranju, ki prevladuje v evropskih ustavnih sistemih, gre za neposredno poseganje v besedilo ustave in spreminjanje, razveljavljanje ter dopolnjevanje njenih določb. Ustavno besedilo tako ostane enovito, pregledno in načeloma tudi sistematično. To sicer ne pomeni, da do zapletov ne more priti. Ustavno sodišče Republike Hrvaške je opozorilo na napačno rabo številčenja členov ustave ob njenem spreminjanju oz. izdajanju uradnih prečiščenih besedil, za kar je pristojen odbor Sabora. Navedeno, pa tudi nedosledna redakcija prečiščenih besedil in nepooblašteni posegi v ustavo lahko pripeljejo do erozije pravne varnosti in jasnosti. Več o tem v poročilu hrvaškega ustavnega sodišča: Izvješće o ustavnopravno neprihvatljivim učinkima pročišćenih tekstova Ustava Republike Hrvatske, Ustavnih zakona, zakona, drugih propisa i općih akata, Narodne novine št. 037/2011. Še bolj problematična pa je lahko druga ustavnorevizijska tehnika, ki se imenuje amandmiranje in izvira iz ZDA. Za več o tem glej razdelek 8.

²⁵ Postopek je razmeroma natančno urejen v členih 172 do 186. Danes velja, da je tehnika noveliranja, ki jo je pozitivnopravno uredil PoDZ-1, postala obvezna ustavnorevizijska tehnika slovenske ustave. Uvodno pojasnilo Kaučiča v: I. Kaučič, nav. delo (2013), str. 13.

²⁶ Širše o prvi spremembi Ustave glej: M. Cerar, nav. delo, str. 1–2; Uvodno pojasnilo Kaučiča v: I. Kaučič, nav. delo (2013), str. 11–13; Testen, komentar k 160. členu Ustave, v: L. Šturm, nav. delo (2002), str. 1093–1094. Ob tem je treba poudariti, da bi ob spoštovanju ustavnih določb o sprejemu ustavnega zakona za izvedbo Ustave po preprostejšem postopku (glej razdelek 2.2) prišli v položaj, ko bi izvedbene ustavnopravne norme sprejemali po dveh različnih postopkih: izvedbo Ustave po enofaznem in izvedbo sprememb Ustave po zahtevnejšem, dvofaznem postopku. Ustavni zakon o izvedbi nove ustave (v primeru popolne revizije) bi zahteval kvečjemu strožji postopek, vendar potrebe po razlikovanju ni videti, prej nasprotno.

²⁷ Kakšne posledice izhajajo iz te delitve, na tem mestu ni opredeljeno. C. Ribičič, nav. delo (2011), str. 6.

2.4. Materialni ustavni zakon

Ustava v formalnem pomenu ustavne materije ne ureja v celoti, temveč je ta zajeta tudi v drugih aktih, kot so ustavni zakoni, t. i. organski zakoni, navadni zakoni, poslovnik parlamenta, ali celo v podzakonskih aktih in ustavnih običajih.²⁸ Če je v nekem pravnem redu kot sistemski akt za to predviden ustavni zakon, ta najpogosteje razčleni ustavnopravna vprašanja glede organov oblasti (npr. ustavno sodišče), njihovo organizacijo in način dela, volitve parlamenta ipd. Postopki sprejemanja in pravna moč v hierarhiji pravnih aktov materialnih ustavnih zakonov se razlikujejo. Tisti, ki se sprejemajo po ustavnorevizij-skem postopku (npr. v Italiji), imajo enako pravno moč kot ustava. Slednja tudi opredeljuje njihovo vsebino in postopek za sprejem. Nekateri teoretiki nasprotno menijo, da je njihova pravna moč kljub temu manjša in jih kot posebni pravni vir ustave v materialnem pomenu uvrščajo med ustavo in zakone.²⁹ Sam se pridružujem mnenju Kaučiča, da ustava in ustavni zakon, ki se sprejemata po enakem postopku, načeloma uživata enako pravno moč,³⁰ vendar s pridržkom glede izhodiščnosti in interpretacijske prednosti ustave.³¹

Ustavnega zakona, ki bi podrobneje razčlenjeval in dopolnjeval ustavno materijo (materialnega ustavnega zakona), v Sloveniji (še) ne poznamo, čeprav naj bi se bile ideje za njegovo sprejetje v preteklosti že pojavile.³² Najbliže tej vrsti ustavnega zakona je materialni ustavni akt, ki je odigral pomembno, če ne ključno pravno vlogo pri nastajanju samostojne slovenske države: Temeljna ustavna listina o samostojnosti in neodvisnosti Republike Slovenije (TUL). Gre za ustavni akt *sui generis*, ki se po vsebini in obliki razlikuje od uveljavljenih ustavnih aktov, saj je na pravni ravni ustanovil Republiko Slovenijo kot samostojno in neodvisno državo.³³

Vprašanje pravne narave TUL se zastavi že pri vprašanju razmerja do Ustave. Čeprav preambula Ustave izrecno navaja TUL kot svoj pravni temelj in je TUL podlaga za njen sprejem, zaradi česar je TUL mogoče šteti kot izhodiščni in temeljni osamosvojitveni ustavni akt, pa je razlaga, da je TUL sestavni del preambule Ustave Republike Slovenije,³⁴ po mojem mnenju preširoka. Zaradi pravne varnosti, predvidljivosti in nenazadnje tudi zaradi pomembne vloge, ki jo preambula ustavnega akta lahko odigra pri interpretaciji vsebine ustavnih

²⁸ I. Kaučič, F. Grad, nav. delo, str. 27, 32; M. Pavčnik, nav. delo (2011), str. 228.

²⁹ M. Živković, nav. delo, str. 80.

³⁰ I. Kaučič, nav. delo (2001), str. 133–134.

³¹ Več o tem v razdelkih 3.1 in 8.

³² Npr. v zvezi s t. i. izbrisanimi. I. Kaučič, nav. delo (2012), str. 15.

³³ Prav tam, str. 9–11.

³⁴ Glej npr. prav tam, str. 10, 20.

norm iz normativnega dela Ustave,³⁵ ni vseeno, kakšna je njena vsebina in kaj natančno ta obsega.³⁶ Preambula se vselej sprejema, razglašča in objavi hkrati z normativnim delom ustavnega akta, zato gre v formalnopravnem smislu za en, celovit pravni akt.³⁷

Gledano s stališča, da je preambula pravnotehnično del ustave v formalnopravnem smislu, nujno sledi, da njeno besedilo obsega natanko in samo tisto, kar je bilo v okviru istega postopka kot tako sprejeto, razglašeno in objavljeno. Ustava sicer lahko s sklicevanjem na drug (ustavni, mednarodnopravni itd.) akt ali njegov del temu zagotovi veljavnost njegovih določb, ne bo pa to pomenilo, da tak akt oz. njegov del postane sestavni del ustave.³⁸ Tako tudi TUL formalnopravno ne more biti sestavni del preambule Ustave.³⁹

Vprašanje narave TUL se zastavlja tudi glede funkcije, ki jo ta ustavni akt ima oz. jo je imel. Čeprav TUL ureja ustavno materijo (npr. varstvo človekovih pravic in temeljnih svoboščin za vse osebe na ozemlju Slovenije, še posebej za italijansko in madžarsko narodno skupnost) in je kot taka ustavni akt, ki je v slovenskem ustavnem redu najbližje materialnemu ustavnemu zakonu, pa imajo njene določbe na več mestih pravzaprav funkcijo urejanja izvedbe prehoda na novo ustavno ureditev, ki sicer takrat še ni bila zgrajena. V tem delu je TUL bližje ustavnemu zakonu za izvedbo prehoda na novo ustavno ureditev.

³⁵ Glej prav tam, str. 21–28; M. Pavčnik, nav. delo (2011), str. 235–236; Jambrek, komentar k preambuli Ustave, v: L. Šturm, nav. delo (2002), str. 32, št. 7; str. 34, št. 12; str. 35, št. 14.

³⁶ To pa ne pomeni, da preambula TUL in UZITUL nimata interpretativne vloge pri (ustavnosodni) razlagi. Ustavno sodišče je UZITUL že uporabilo tudi kot samostojno merilo presoje, ne da bi se bilo ob tem sklicevalo na katero od določb Ustave (vsaj v izreku). Glej odločbo U-I-156/93 z dne 6. oktobra 1994, Ur. l. RS, št. 75/94.

³⁷ »Je uvod v ustavo, zato se nahaja povsem na začetku in pred njenim normativnim delom.« I. Kaučič, nav. delo (2012), str. 18. Del teorije meni, da preambula, ki je umeščena pred naslov akta, pravnotehnično ni del ustave, glej M. Pavčnik, nav. delo (2011), str. 235. Toda če upoštevamo, da se ustava sprejme hkrati s preambulo kot enovit akt po istem postopku s strani istega organa, kot tak pa se tudi razglasi in objavi, pridemo po tem razumevanju do drugačnega zaključka. Podobno tudi v: I. Kaučič, nav. delo (2012), str. 21–22.

³⁸ Neuradno prečiščeno besedilo Ustave Republike Slovenije je na spletni strani Državnega zbora objavljeno nekoliko nerodno. Pod povezavo pri zavihkih »politični sistem«, »Ustava Republike Slovenije« in nato »besedilo« se besedilo neoznačeno začne s preambulo TUL, ki ji sledi njen normativni del, šele zatem pa sledita preambula Ustave in nadaljnje besedilo. Bralec bi lahko dobil napačen vtis, da TUL sestavlja besedilo slovenske ustave. <www.dz-rs.si/wps/portal/Home/PoliticiSistem/URS/besedilo> (1. 8. 2015).

³⁹ Komentar Ustave Republike Slovenije zastopa po mojem mnenju ravno tako vprašljivo stališče, ko navaja, da Odlok o razglasitvi Ustave Republike Slovenije »ne glede na njegovo nomotehnično (raz)ločenost lahko štejemo za sestavni del preambule ustave in s tem tudi ustave same«. Jambrek, komentar k preambuli Ustave, v: L. Šturm, nav. delo (2002), str. 31, št. 1.

Oznaka, da gre za ustavni akt *sui generis*,⁴⁰ je zato tudi iz tega razloga povsem utemeljena.⁴¹

Edini ustavni akt v slovenskem ustavnem redu, ki je podoben materialnemu ustavnemu zakonu, je bil torej sprejet v času osamosvajanja in, kar je zelo pomembno, še preden je bila sprejeta ustava samostojne države Slovenije. Ta je na novo oblikovala slovenski ustavni sistem in uokvirila njen pravni red, zato so bile okoliščine, ki vplivajo na možnost sprejema materialnega ustavnega zakona, po njeni uveljavitvi v celoti spremenjene. Samo dejstvo, da materialni ustavni zakon (in ravno tako ne kak drug materialni ustavni akt) po uveljavitvi Ustave še ni bil sprejet, ni zadosten odgovor na vprašanja, ali je to sicer v našem pravnem redu sploh mogoče storiti, kakšen bi bil položaj takega ustavnega zakona ter kakšne bi bile posledice za ustavni sistem.

⁴⁰ I. Kaučič, nav. delo (2012), str. 9. Ribičič opozori, da ima TUL v nekem smislu celo nadustaven pomen. C. Ribičič, nav. delo (1992), str. 43.

⁴¹ Argument je mogoče hitro zavrnilo z dejstvom, da je bil za TUL sprejet poseben izvedbeni ustavni zakon (UZITUL) in je zato očitno, da gre pri TUL za materialni ustavni akt. Toda podrobnejša analiza določb TUL in UZITUL pokaže, da pri razmerju med določbami TUL in UZITUL pogosto ne gre za razmerje med določbami, ki urejajo ustavno materijo, in določbami, ki določajo način njene izvedbe, temveč za razmerje med določbami, ki splošno, izhodiščno in temeljno urejajo ustanovitev samostojne države in prehod na avtonomen ustavni red (TUL), in določbami, ki to podrobneje razčlenjujejo in konkretizirajo (UZITUL). To izhaja predvsem iz razdelka I, ki določa, da za Republiko Slovenijo (v nadaljevanju: RS) preneha veljati ustava SFRJ, da RS prevzema vse pravice in dolžnosti, ki so bile z ustavo RS in ustavo SFRJ prenesene na organe SFRJ, ter da prevzem izvrševanja teh pravic in dolžnosti uredi ustavni zakon. UZITUL natančno te določbe TUL, ki so omogočile prekinitev povezave med republiškim in zveznim pravnim redom, razčleni podrobneje in konkretneje (npr. glede veljavnosti dotedanjih predpisov). Izrazitejši materialni značaj akta ima razdelek II TUL, ki skupaj s 4. členom Ustave predstavlja ustavnopravno opredelitev ozemlja RS (glej mnenje Ustavnega sodišča št. Rm-1/09 z dne 18. marca 2010 glede arbitražnega sporazuma z Republiko Hrvaško, Ur. l. RS, št. 25/10, in OdlUS XIX, 12, predvsem točke 34–36). Podoben značaj ima tudi razdelek III TUL, ki ureja varstvo človekovih pravic in svoboščin na ozemlju RS ter pravice narodnih skupnosti, oboje skladno z ustavo RS in veljavnimi mednarodnimi pogodbami. Vendar pa so tudi določbe III. razdelka pravzaprav določile nadaljnjo veljavnost predpisov na tem področju, ki so veljali do sprejetja TUL. Praviloma so prenehali veljati šele s sprejetjem Ustave decembra 1991. UZITUL ne vsebuje določb, ki bi se izrecno nanašale na razdelka II in III TUL, temveč je torej predvsem akt, ki konkretizira določbe razdelka I TUL.

3. PRAVNA PODLAGA ZA SPREJEM MATERIALNEGA USTAVNEGA ZAKONA

3.1. Ustava

Ustava kot vrhovni pravni akt pravnega reda, ki izhaja iz ustavne demokracije,⁴² je temeljni in izhodiščni akt urejanja najpomembnejših družbenih odnosov v državi.⁴³ Kot tak ni le pravni in politični akt, temveč je hkrati tudi družbena pogodba: temeljni dogovor ljudi o ureditvi države in (pravnega) življenja v njej.⁴⁴ Ustavodajalec ima zato po pooblastilu njenih strank, to pa je v republiki ljudstvo,⁴⁵ razmeroma proste roke pri odločanju o tem, kaj šteje za tako pomembno, da je treba vključiti v ustavo,⁴⁶ kar (vsaj v izhodišču) pomeni tudi, da je prost glede odločitve, ali bo ustavno materijo urejal v enem aktu (kodificirana ustava) ali pa, bodisi istočasno bodisi naknadno, v dodatnih materialnih ustavnih aktih, med katere sodijo tudi materialni ustavni zakoni (nekodificirana ustava).⁴⁷

Vendarle pa ima ustava tudi v ustavnem sistemu, ki ustavno materijo ureja v več ustavnih aktih, edinstveni položaj in posebno vlogo, ki je drugi ustavni akti ne morejo imeti. Navedeno brez izjeme velja za državo s pisano, kodificirano

⁴² Pojem ustavne demokracije je močno vezan na ustavnosodno kontrolo zakonov in drugih, praviloma podustavnih pravnih aktov. Med države z ustavno demokracijo spada tudi Slovenija. »Kot ustavno demokracijo lahko poimenujemo samo tisto državno ureditev, v kateri imajo temeljne ustavne vrednote prevlado tudi nad odločitvami večine, bodisi poslanske večine v parlamentu ali celo ljudske večine na referendumu.« C. Ribičič, nav. delo (2010), str. 111, 130–132. Širše glej tudi A. Teršek, nav. delo (2009).

⁴³ I. Kaučič, F. Grad, nav. delo, str. 32–34; M. Pavčnik, nav. delo (2011), str. 229.

⁴⁴ I. Kaučič, F. Grad, nav. delo, str. 48–49; B. M. Zupančič, nav. delo, str. 214, 215; M. Pavčnik, nav. delo (2011), str. 492. Širše o družbeni pogodbi glej J. J. Rousseau, nav. delo, zlasti str. 22–24, 37, 54.

⁴⁵ Suverenost ljudstva opisujemo kot najvišjo, neomejeno oblast, ki jo ljudstvo izvršuje neposredno ali posredno po svojih predstavnikih. I. Kaučič, F. Grad, nav. delo, str. 77–78.

⁴⁶ »Do kod seže ustavnopravno oziroma kje se začne zakonodajno urejanje, je v polju ustavodajalčeve presoje.« Odločba Ustavnega sodišča U-I-214/00 z dne 14. septembra 2000, OdlUS IX, 201; točka 8. »Če ustavodajalec ocenjuje, da je določena vsebina zanj tako pomembna, da ji je treba priznati posebno mesto v hierarhiji pravnih aktov (ta ocena pa je v njegovi izključni pristojnosti), jo lahko opredeli kot ustavno materijo.« I. Kaučič, nav. delo (2012), str. 17. »Opredelitev tvarine ustave /.../ je v domeni posameznega ustavodajalca, ki povsem samostojno odloča, kaj bo predmet njegovega urejanja v ustavi.« I. Kaučič, F. Grad, nav. delo, str. 40. O razumevanju pojma *materia constitutionis* glej razdelek 6.

⁴⁷ Prav tam, str. 35–36.

ustavo, kot je Slovenija.⁴⁸ Ustava ima položaj izhodiščnega in temeljnega akta, saj ta akt določa bistvene prvine države (predvsem določbe glede parlamenta in vlade),⁴⁹ drugi pa urejajo druge bolj ali manj zaokrožene celote in področja. Argument je mogoče podpreti tudi z ugotovitvijo, da ustava v primerjavi z drugimi ustavnimi akti vsebuje specifično preambulo, v kateri so poudarjeni glavni izvori in okoliščine, ki omogočajo ustanovitev in delovanje države (zgodovinski dogodki, narodna identiteta, temeljna načela in vrednote naroda in države ipd.).

Ustava kot izhodiščni in temeljni pravni akt države in njenega pravnega reda vsebuje pravila o tem, kdo in po kakšnem postopku je pristojen urejati vsa druga pravna razmerja. Za funkcioniranje pravnega sistema in udejanjanje načela pravne države je bistvenega pomena, da so pravila in pristojnosti na področju ustvarjanja prava jasna in dodelana. Ključne so določbe glede zakonov in zakonodajnega postopka, enako pa je ustrezna ustavnopravna podlaga pomembna za splošne akte, ki so nad zakonodajo in bodisi pod ustavo bodisi prirejeni ustavi. To je v skladu s sodobnim pojmovanjem ustavne in pravne države. Temeljne pristojnosti najvišjih državnih organov morajo biti (čim bolj izčrpno) določene že v ustavi.⁵⁰

Ker je ustavodajalec kot suveren v določeni meri prost glede odločitve, kaj vse bo poleg temeljne in klasične ustavnopravne materije poustavil,⁵¹ je zelo pomembno poudariti naslednje. Nikakor povedanega ne gre razlagati tako, da ustavodajalca veljavno pravo, tudi ustava, ne veže. Ustavodajalec lahko na ustavni ravni ureja pravna razmerja samo po postopku in v okviru, ki mu ga določa pravo.⁵² Od načela pravne države in pravne varnosti ne bi ostalo veliko, če se navedeno ne bi nanašalo tudi na postopke, oblike in vrste oblastnih

⁴⁸ Ustava v formalnem pomenu je pisani pravni akt, ki obsega pretežni del norm ustavnega prava določene države in je kot tak edinstven v sistemu pravnih aktov posamezne države. Ustava v formalnem pomenu se zato, ker vsebuje največje število ustavnih norm, ki urejajo ustavno materijo, pogosto imenuje tudi kodificirana ustava. S. Sokol, B. Smerdel, nav. delo, str. 18.

⁴⁹ Ustava naj določa najpomembnejša razmerja in načelne institute državnopravne ureditve. Pri tem mora zagotavljati ustrezno enotnost in celovitost pravnega urejanja. Zakonodajnemu urejanju so v korist ustave poleg človekovih pravic navadno odtegnjene tudi pristojnosti najvišjih državnih organov. M. Pavčnik, nav. delo (2011), str. 232–233.

⁵⁰ F. Grad, nav. delo (1999), str. 608.

⁵¹ Glej tudi M. Jovičič, nav. delo, str. 149, in opombo pod črto št. 46.

⁵² Ravno to je namreč eden od pomembnih prispevkov ustave in hkrati eden od razlogov, zakaj je do njenega nastanka prišlo. Po razvoju naravnopravne šole in teorije o družbeni pogodbi je postala vse bolj očitna zahteva po omejitvi državne oblasti oz. vladarja, po kateri so pravice in dolžnosti vnaprej predpisane tudi za najvišje države organe. Enovit vrhovni pravni akt naj veže tudi monarha. Po zmagi meščanstva nad plemstvom in s propadom absolutne monarhije se je konec 18. stoletja oblikovala ustava v formalnem smislu

splošnih pravnih aktov, ki jih ima določen pravodajalec, vključno z ustavodajalcem, po ustavi na voljo za urejanje pravnih razmerij.⁵³ Ustavno materijo lahko ustavodajalec ureja le s tistimi akti in po tistih postopkih, za katere ima ustrezno pravno podlago, sicer ravna arbitrarno in krši načelo pravne države.⁵⁴ V sistem splošnih pravnih aktov tako ne more poljubno vnesti nove vrste splošnega pravnega akta z drugačno pravno naravo, ne da bi za to poprej uredil ustrezno pravno podlago v ustavi.⁵⁵ Ker je ustava tista, ki ureja pravno podlago za sprejemanje zakonov in morebiti tudi njemu nadrejenih splošnih pravnih aktov, npr. organskih zakonov, je tudi za uporabo materialnega ustavnega zakona kot systemskega akta za urejanje ustavne materije potrebna ustrezna pravna podlaga v ustavi. Pitamic je opozoril, da je pri vprašanju, kaj je zakon, važno le tisto, kar ustava določi kot zakon, in to, kako zakoni nastajajo. Ustava vsake države neodvisno od teorije in drugih držav določi »*kaj hoče imeti za zakon, kakšni organi morajo sodelovati pri zakonodajstvu in na kak način, ter kako pravno veljavo imajo tako izdelane norme. /.../ Česar pravo ne določa ali molče predpostavlja, ne more imeti pravnega pomena.*«⁵⁶ Ne vidim razloga, zakaj povedano ne bi veljalo tudi za materialni ustavni zakon ali kateri drug zakon ali ustavi soroden splošni pravni akt.

To teoretično izhodišče se v praksi v obravnavanih ureditvah natančno potrjuje. Sistematika splošnih pravnih aktov se od države do države razlikuje tako po številu različnih oblik temeljnih splošnih pravnih aktov kot po njihovem pravnem položaju in stopnjah,⁵⁷ kljub temu pa imajo v nadaljevanju obravnavane ureditve skupno lastnost, ki je ključnega pomena.

kot pisan akt, ki ga morajo spoštovati tudi najvišji nosilci oblasti. S. Sokol, B. Smerdel, nav. delo, str. 18. Glej tudi L. Pitamic, nav. delo, str. 195.

⁵³ Eno od razumevanj ustave v materialnem smislu obravnava ustavo predvsem kot temelj pravnega sistema, ki naj določi način njegove gradnje tako, da določi pristojnosti in postopke za sprejemanje normativnih aktov. Ustava zmeraj ureja pristojnosti za sprejemanje zakonov in zakonodajni postopek. M. Pavčnik, nav. delo (2011), str. 227–233, 237–238; L. Pitamic, nav. delo, str. 186–187; M. Jovičić, nav. delo, str. 12, 77.

⁵⁴ Medtem ko za posameznika načeloma velja, da je v svojem ravnanju svoboden, kolikor mu pravo določenega ravnanja ne prepoveduje oz. zapoveduje, za nosilce oblasti velja ravno nasprotno: svojo oblast smejo izvrševati le znotraj izrecno določenih meja in pristojnosti. Pri državnih organih je treba vselej »najti ustrezno pravno merilo, da so upravičeni in zavezani opravljati določeno dejavnost«. M. Pavčnik, nav. delo (2011), str. 99.

⁵⁵ »*C'est la Constitution qui établit cette hiérarchie en déterminant les conditions d'édiction et de validité des différents actes créateurs de norms.*« G. Burdeau, F. Hamon, M. Troper, nav. delo, str. 645.

⁵⁶ L. Pitamic, nav. delo, str. 242–243.

⁵⁷ Glej npr. L. Pitamic, nav. delo, str. 265.

Švedska ustava npr. spada med nekodificirane pisane ustave, saj jo sestavljajo štirje ustavni akti enakega ranga. Temeljni in izhodiščni med njimi, *The Instrument of Government* iz leta 1974, jih v 3. členu izčrpno določi, zato drugih materialnih ustavnih aktov po ustavodajnem postopku (brez ustrezne dopolnitve tega akta) ni mogoče sprejeti.⁵⁸ Tudi ruska ustava izčrpno določa primere, kdaj se sprejme zvezni ustavni zakon (glej 108. člen ustave).⁵⁹ Na enak način, s taksativnim naštevanjem, predvidevata sprejem organskih zakonov portugalska ustava (glej 112. in 166. člen ustave)⁶⁰ in romunska ustava (glej tretji odstavek 73. člena ustave⁶¹).⁶²

Avstrijska ustava spada med nekodificirane, pri čemer »seznam« ustavnih aktov ni izčrpno določen, toda njen 44. člen⁶³ izrecno predvideva sprejemanje ustavnih zakonov ali celo določb znotraj navadnega zakona, ki jim gre rang ustavnega zakona in so kot take vsakič izrecno opredeljene.⁶⁴ Italijanska ustava⁶⁵ za vsak primer posebej predvideva sprejetje materialnih ustavnih zakonov (glej npr. 71. člen – zakonodajna iniciativa drugih organov; 96. člen – glede imunitete predsednika vlade in ministrov; 116. člen – statuti regij; 132. člen – spremembe regijskih meja; 137. člen – ustavno sodišče), teorija pa šteje, da je to kljub odsotnosti generalne klavzule v ustavi mogoče storiti v drugih primerih, ko je to potrebno za dopolnjevanje ustave ali tudi za vsebinski odstop

⁵⁸ L. Prakke, C. Kortmann, nav. delo, str. 806–807.

⁵⁹ Sprejem zveznega ustavnega zakona je med drugim predviden na naslednjih področjih: omejitev človekovih pravic v izrednem stanju (56. člen); sprememba statusa teritorija, regije, mesta ipd. (66. člen); določitev in uporaba zastave, grba in himne (70. člen); ureditev referendumov (84. člen); razglasitev izrednega stanja (88. člen); varuh človekovih pravic (103. člen); vlada (114. člen); sodstvo (118. člen). Ruska ustava. <<http://eng.constitution.kremlin.ru/#article-125>> (1. 8. 2015).

⁶⁰ Portugalska ustava. <www.tribunalconstitucional.pt/tc/en/crpen.html> (1. 8. 2015). Glej tudi L. Prakke, C. Kortmann, nav. delo, str. 687.

⁶¹ Ustava v tem členu določi tudi vrste splošnih pravnih aktov, ki jih lahko sprejme parlament, in tako začrta sistem temeljnih splošnih pravnih aktov v romunskem pravnem redu. Romunska ustava. <www.ccr.ro/en/constitutia-romaniei-2003> (1. 8. 2015).

⁶² Položaj organskega zakona se seveda razlikuje od položaja materialnega ustavnega zakona, tukaj pa je pomembno to, da tudi zanj ustava ureja natančno pravno podlago in taksativno našteje, kdaj je mogoče sprejeti tak akt.

⁶³ Temeljni avstrijski ustavni zakoni. <www.vfgh.gv.at/cms/vfgh-site2/english/downloads/englishverfassung.pdf> (1. 8. 2015).

⁶⁴ Količino poustavljenе materije so z ustavno reformo leta 2008 korenito zmanjšali, odprta možnost urejanja na ustavni ravni pa je ostala. Teorija poudarja, da je zaradi take ureditve avstrijski sistem ustavnih aktov zelo zapleten in nepregleden. H. Eberhard, K. Lachmayer, nav. delo, str. 113–117. Glej tudi M. Stelzer, nav. delo, str. 22–27, 32.

⁶⁵ Italijanska ustava. <http://en.camera.it/application/xmanager/projects/camera_eng/file/costituzione-aggiornata_EN_10_10_12.pdf> (1. 8. 2015).

od nje.⁶⁶ Ne glede na to je mogoče ugotoviti, da italijanska ustava materialni ustavni zakon predvideva kot sistemski akt za zaokroženo razčlenjevanje ustavne materije.

Zanimiv je položaj ustavnih zakonov na Hrvaškem. Hrvaški ustavni sistem pozna ustavne zakone tako za spreminjanje ustave kot za predpisovanje njene izvedbe (glej 151. člen ustave⁶⁷) in za razčlenjevanje ustavne materije na ustavni ravni. Tako členi 123, 126 in 132 predvidevajo sprejem ustavnega zakona za ureditev pomembnejših vprašanj v zvezi z ustavnim sodiščem. Člen 132 zanj predpiše sprejem po ustavnorevidzijskem postopku. Ta ustavni zakon ima enako pravno moč kot ustava in je tudi edini primer, ko ustava predvideva sprejem takega ustavnega zakona. Ne vsebuje niti generalne klavzule, ki bi dopuščala njegov sprejem za urejanje ustavnih področij, bodisi naštetih bodisi omejenih z drugimi pogoji. Po drugi strani pa ustava v 15. členu predvideva sprejetje ustavnega zakona glede manjšin,⁶⁸ ki se sprejme po postopku, po katerem se sprejemajo organski zakoni (glej 83. člen ustave). Da gre za zakon, ki kljub svojemu imenu nima ranga ustave, temveč pravzaprav za kvalificiran zakon, je hrvaško ustavno sodišče ugotovilo v odločbi št. U-I-774/2000 z dne 20. decembra 2000.⁶⁹ Poleg tega organskega zakona, ki se sprejme z dvotretjinsko večino glasov vseh poslancev, 83. člen ustave predvideva sprejem organskih zakonov z navadno absolutno večino za razčlenjevanje v ustavi zavarovanih človekovih pravic in svoboščin, volilni sistem, lokalno samoupravo in ureditev organiziranosti, delovanja in pristojnosti državnih organov.⁷⁰ Ustavno sodišče je v eni svojih odločb ugotovilo, da je bilo v preteklosti z ustrezno kvalificirano večino sprejetih več sto zakonov, čeprav ti nimajo statusa organskega zakona po 83. členu ustave. Zato je pozvalo hrvaški *Sabor*, da zaradi ustavnopravne pomembnosti tega vprašanja (predvsem zaradi zagotavljanja pravne varnosti) ustrezno dopolni svoj poslovnik tako, da bo jasno določeno, kateri zakon se sprejema po postopku za sprejem organskih zakonov, od česar je odvisen tudi njegov status v pravnem redu.⁷¹

⁶⁶ L. Prakte, C. Kortmann, nav. delo, str. 518, 528–529.

⁶⁷ Hrvaška ustava. <www.usud.hr/default.aspx?Show=ustav_republike_hrvatske&m1=13&m2=21&Lang=hr> (1. 8. 2015).

⁶⁸ Več o urejanju položaja manjšin tudi na ustavni ravni v: A. Horvat, nav. delo, str. 555–585.

⁶⁹ Odločba Ustavnega sodišča Republike Hrvaške št. U-I-774/00 z dne 20. decembra 2000, Narodne novine, št. 1/00. Glej tudi odločbo v zvezi z ustavnim zakonom o manjšinah št. U-I-3597/2010 z dne 29. julija 2011, Narodne novine, št. 93/11.

⁷⁰ Več o ustavnih in organskih zakonih ter vlogi ustavnega sodišča pri njihovi presoji glej J. Omejec, nav. delo, četrto poglavje.

⁷¹ Odločba Ustavnega sodišča Republike Hrvaške št. U-X-99/2013 z dne 23. januarja 2013, Narodne novine, št. 12/13, odst. 15–18. Treba je opozoriti tudi, da pravna narava

V čem je torej tako pomembna skupna lastnost obravnavanih ureditev? Vsaka od obravnavanih držav ima za sprejem bodisi kvalificiranega, organskega ali materialnega ustavnega zakona v sami ustavi urejeno ustrezno pooblastilo zakonodajalcu oziroma ustavodajalcu, da tak akt sprejme. Večina obravnavanih ustav gre pri tem še korak dlje in izčrpno našteje, v katerih primerih oz. na katerih področjih sme pravodajalec tak akt sploh sprejeti. Čeravno gre v nekaterih primerih za organske ali kvalificirane, ne pa za ustavne zakone, je okoliščina, da ustave izčrpno določijo njihovo uporabo, za udejanjanje načela pravne države in pravne varnosti še kako pomembna. Tudi tam, kjer sprejem tovrstnih splošnih aktov ni taksativno predpisan, temveč se šteje, da to določen pravodajalec lahko stori, kadar sam presodi, da je tak akt potreben, takšno možnost ustrezno (npr. z generalno klavzulo) uredi sama ustava in ne pušča dvoma o tem, ali je določen pravodajalec tak akt upravičen sprejeti (primer Avstrije in Italije).⁷²

Pokaže se, da tuje ustave držav, v katerih poleg ustave poznajo tudi druge materialne ustavne akte (ali druge oblike splošnih pravnih aktov, ki razčlenjujejo ustavno materijo, kot npr. organski zakon), po večini spoštujejo naziranje, ki ga, kot rečeno, zastopa tudi teorija, da je treba v ustavi čim natančneje določiti pristojnosti ustavo- in zakonodajalca, postopkovna pravila ter vrste in oblike temeljnih pravnih aktov v državi. To je slovenska ustava pri aktu o spremembi Ustave in ustavnem zakonu za njeno izvedbo storila precej nedoločno in pomanjkljivo, medtem ko drugih oblik in vrst splošnega pravnega akta ustavnega ranga (ali akta, podrejenega ustavi in nadrejenega zakonu) ne omenja in ne ureja pristojnosti in postopka za njihovo sprejemanje.

Slovenski ustavodajalec pomembnejše materije torej ne more sistematično urejati v materialnih ustavnih zakonih, ker tak akt po Ustavi v sistemu splošnih pravnih aktov v Sloveniji *de lege lata* ne obstaja.

3.2. Poslovnik Državnega zbora

Čeprav temeljna pravna podlaga za sprejem tovrstnih aktov spada v ustavo, je treba preveriti tudi, ali je to pristojnost morebiti uredil poslovnik Državnega zbora. Skromnost prvega poslovnika Državnega zbora je bila glede določb v

organskega zakona na Hrvaškem ni koncizno urejena, saj je tamkajšnje ustavno sodišče že zavrnilo presojo skladnosti organskega zakona z navadnim. Glej npr. odločbo št. U-I-2720/2007 z dne 19. novembra 2008, Narodne novine, št. 138/08, točka 7.1.

⁷² Zastavlja se vprašanje, kako pogosto je ustavodajalec neke države sprejel materialni ustavni akt, ne da bi bil imel za to izrecno pravno podlago v ustavi (bodisi po generalni bodisi po specialni klavzuli). Žal čas in prostor v tem članku nista dopuščala obsežnejšega primerjalnopravnega preučevanja, posebej morebitnih tovrstnih primerov.

zvezi s sprejemanjem ustavnih aktov (vključno za spreminjanje Ustave) primerljiva z varčnostjo Ustave same.⁷³ Novi poslovnik iz leta 2002 je ustavno-revizijski postopek uredil razmeroma podrobno in njegovo uporabo določil tudi za sprejemanje ustavnih zakonov za spremembo in izvedbo (spremembe) Ustave, glede sprejemanja materialnih ustavnih aktov pa enako kot prejšnji v celoti molči. Ker je za spreminjanje Ustave v skladu z dotedanjo prakso PoDZ-1 določil ustavnorevizijsko tehniko noveliranja (in ne amandmiranja), teorija poudarja, da je odtlej to edini možen način spreminjanja Ustave.⁷⁴ Vzporednico lahko potegnemo tudi v zvezi s pristojnostjo sprejemanja materialnih ustavnih aktov po PoDZ-1:

»IV. AKTI IN POSTOPKI

1. Akti državnega zbora

107. člen

Državni zbor sprejema ustavne zakone o spremembi ustave, zakone, avtentične razlage zakonov, državni proračun, rebalans državnega proračuna, spremembe državnega proračuna in zaključni račun državnega proračuna, poslovnik državnega zbora, odloke, resolucije, deklaracije, priporočila in sklepe ter uradna prečiščena besedila zakonov.

6. Postopek za spremembo ustave

183. člen

Določbe o postopku za spremembo ustave se smiselno uporabljajo tudi za spremembo ustavnega zakona za izvedbo temeljne ustavne listine o samostojnosti in neodvisnosti Republike Slovenije, za spremembo ustavnega zakona za izvedbo ustave Republike Slovenije in za spremembo ustavnega zakona o spremembi ustave Republike Slovenije.»

Čim bolj natančno in restriktivno razčlenjevanje pristojnosti Državnega zbora je utemeljeno,⁷⁵ saj ustreza prej poudarjenemu naziranju, da je treba zaradi na-

⁷³ »Posebej občutljivo vprašanje se navezuje tudi na to, ali je ustavna tvarina v ustavi dovolj določno opredeljena /.../ V ustavi, denimo, niso opredeljene zadeve, ki so vsaj primeroma v pristojnosti državnega zbora.« M. Pavčnik, nav. delo (2011), str. 237.

⁷⁴ Uvodno pojasnilo Kaučiča v: I. Kaučič, nav. delo (2013), str. 13. Iz navedenega sledi, da je poslovnik (vsaj do spremembe Ustave ali poslovnika) uredil in »zakoličil« način spreminjanja Ustave.

⁷⁵ Pri tem poslovnik seveda ne sme ožiti in spreminjati določb Ustave.

čela pravne države in pravne varnosti natančno določiti temeljna pooblastila najvišjih organov.⁷⁶ Dobrodošlo je zato, da PoDZ-1 taksativno našteje akte, ki jih lahko sprejme Državni zbor, in tako *de lege lata* »zakoliči« svojo pravodajno pristojnost. Med njimi materialnega ustavnega zakona ni mogoče najti. Med izčrpno naštetimi akti, ki jih sprejema Državni zbor po ustavnorevidzijskem postopku, ravno tako ni materialnega ustavnega zakona in tudi ne drugih materialnih ustavnih aktov. Ta se namreč uporablja le za spreminjanje UZITUL, UZIU in za spremembo že sprejetega ustavnega zakona o spremembi Ustave. Po argumentu *a contrario* PoDZ-1 ne ureja pristojnosti Državnega zbora po ustavnorevidzijskem postopku sprejeti materialni ustavni zakon (oz. drug materialni ustavni akt).⁷⁷

3.3. Stališče Ustavnega sodišča

Ne preseneča, da se Ustavno sodišče Republike Slovenije (v nadaljevanju: Ustavno sodišče) z možnostjo sprejema materialnega ustavnega zakona ali drugega akta kot osrednjim vprašanjem še ni ukvarjalo. Svoje stališče je na kratko prvič (in tudi kasneje vselej zgolj *obiter dictum*) podalo v zadevi U-I-332/94 z dne 11. aprila 1996, v kateri je zapisalo:

»V postopku preizkusa pobude je Ustavno sodišče ugotovilo, da 174. člen Ustave določa le, da se 'za izvedbo te Ustave in za zagotovitev prehoda k uporabi določb te Ustave sprejme ustavni zakon.' To pa ne pomeni, da je to edina vrsta ustavnega zakona in da Državni zbor ne bi mogel sprejeti ustavnega zakona z drugačnim namenom in drugačno vsebino, kolikor ima ta ustavnopravno naravo.«⁷⁸

Upošteva je čas sprejema tega sklepa, ko Ustava še ni doživela svoje prve spremembe z uporabo ustavnega zakona, je bilo iz navedenega stališča Ustavnega sodišča nemogoče z gotovostjo sklepati, ali je Ustavno sodišče zavzelo stališče, da lahko ustavodajalec poleg ustavnega zakona za izvedbo Ustave in ustavnega zakona za spremembo Ustave sprejme tudi ustavni zakon, ki bi ločeno od Ustave dopolnjeval in razčlenjeval ustavno materijo (materialni ustavni zakon). Da je imelo sodišče v mislih predvsem ustavni zakon za spremembo Ustave (in

⁷⁶ Glej razdelek 3.1, posebej opombi pod črto št. 53 in 54.

⁷⁷ Po tem razlogovanju velja tudi, da ustavnorevidzijskega postopka ni mogoče uporabiti niti za spremembo TUL. Čeprav TUL še vedno velja, je po drugi strani akt (glej razdelek 2.4), ki je bil namenjen izpolnitvi natančno določenega dejanja: pravni osamosvojitvi Slovenije. Po tej plati bi bilo mogoče zagovarjati stališče, da so vsaj nekatere norme tega akta izčrpane in ga po tej plati ne kaže več spreminjati.

⁷⁸ U-I-332/94 z dne 11. aprila 1996, OdlUS V, 42, točka 3.

ne tudi materialnega ustavnega zakona), izhaja sicer iz besedila Komentarja Ustave Republike Slovenije.⁷⁹

Ustavno sodišče je morebiten dvom odpravilo štiri leta kasneje v odločbi U-I-214/00 z dne 14. septembra 2000:⁸⁰

»Ustavni zakon pa se uporablja tudi kot akt, ki ga lahko ustavodajalec sprejme z drugačnim namenom in z drugačno vsebino – torej ne z namenom in vsebino spreminjanja ustavnih določb oziroma izvedbe in prehoda k uporabi ustavnih določb. Samo pri tej obliki ustavnega zakona je za odločanje o pristojnosti Ustavnega sodišča odločilen materialni kriterij ...«⁸¹

Ustavno sodišče je tako sprejelo stališče, da se v slovenskem ustavnem redu ustavni zakon uporablja tudi kot akt, ki ni namenjen spremembi Ustave ali njeni izvedbi, temveč ima lahko drugačen namen in vsebino. Pri tem sicer izrecno ne omeni materialnega ustavnega zakona, toda pravna teorija in primerjalna praksa pokazuje, da kot temeljna oblika ustavnega zakona obstaja le še materialni ustavni zakon. Da ima v mislih prav tega, sledi tudi iz nadaljevanja obrazložitve, kjer je zapisano, da se pri presoji svoje pristojnosti za ustavnosodno kontrolo akta samo za to obliko ustavnega zakona uporabi materialni kriterij. Ta del odločbe Ustavnega sodišča še danes velja kot preventivno opozorilo Državnemu zboru, da tak akt ne bo nujno odtegnjen ustavnosodni presoji skladnosti z Ustavo.⁸² Sodišče v odstavku, v katerem opisuje dosedanje rabo ustavnega zakona kot akta za spremembo ustave in akta za izvedbo (spremembe) ustave, preprosto nadaljuje, da se ustavni zakon uporablja tudi v funkciji materialnega ustavnega zakona. Nekoliko slabše obveščen bralec bi dikcijo sodišča zlahka razumel tako, kot da je to tudi v našem ustavnem redu nekaj povsem običajnega in ustavno dopustnega. Stališče Ustavnega sodišča se ob upoštevanju odsotnosti vsakršne (ustavno)pravne podlage zdi precej širokosrčno, tudi zato, ker ga je mogoče razumeti, kot da ne bi bilo s systemskega vidika skladnosti z Ustavo prav nič narobe, če bi se ustavodajalec za urejanje

⁷⁹ »Že US pa je opozorilo, da to ni edina vrsta ustavnega zakona in da DZ lahko sprejme tudi ustavni zakon z drugačno vsebino in drugačnim namenom – ustavni zakon o spremembi Ustave.« Jerovšek, komentar k 174. členu Ustave, v: L. Šturm, nav. delo (2002), str. 1165, št. 1. Najbrž ni povsem brez pomena, da je pod sklep Ustavnega sodišča v citirani zadevi podpisan takratni predsednik dr. Tone Jerovšek, ki je hkrati avtor citiranega besedila iz Komentarja Ustave Republike Slovenije.

⁸⁰ Na nadgradnjo svojega prejšnjega stališča Ustavnega sodišča opozori tudi Staša Nunič v svoji diplomski nalogi. S. Nunič, nav. delo, str. 6. Temo ustavnega zakona v Sloveniji je v svoji diplomski nalogi obširno obdelal Miha Schnabl. M. Schnabl, nav. delo.

⁸¹ U-I-214/00 z dne 14. septembra 2000, OdlUS IX, 201; točka 7.

⁸² Glej Testen, komentar k 160. členu Ustave, v: L. Šturm, nav. delo (2002), str. 1093–1094; Kaučič, komentar k 169. členu Ustave, v: L. Šturm, nav. delo (2011), str. 1540; A. Teršek, nav. delo (2011), str. 41.

pomembnejših pravnih razmerij na ustavni ravni redoma zatekal k materialnemu ustavnemu zakonu.⁸³ Stališče, da v slovenskem ustavnem redu ni tako, poleg argumenta pravne države (odsotnost ustrezne ustavnopravne podlage) dodatno krepi zgodovinski argument z vpogledom v genezo sistema oblastnih splošnih pravnih aktov ob snovanju Ustave.

4. ARGUMENT ZGODOVINSKE RAZLAGE

Osnutek Ustave Republike Slovenije, ki je bil oktobra 1990 objavljen v Poročevalcu Skupščine RS in Skupščine SFRJ,⁸⁴ je v 92. členu predvideval, da se ustavni zakoni (in po variantnem dodatku, ki ga prej nastalo besedilo t. i. Podvinske ustave ni vsebovalo, tudi določbe drugih zakonov, ki imajo naravo ustavnega zakona), sprejemajo v Državnem zboru z dvotretjinsko večino glasov navzočih poslancev. Variantni dodatek 1 je (enako kot Podvinska ustava) predvideval, da se z ustavnim zakonom razčlenijo ustavne določbe na področju varstva človekovih pravic in svoboščin, volilnega sistema, zakonodajne iniciative, referendum, sodstva, lokalne samouprave in v drugih primerih, ki bi jih določila ustava.⁸⁵ Sprejem tovrstnega ustavnega zakona bi lahko predlagala vlada, najmanj deset poslancev, predsednik republike ali najmanj trideset tisoč volivcev (navaden zakon pa vsak »član državnega zbora«, vlada ali dvajset oz. po drugi varianti trideset tisoč volivcev).⁸⁶

Ker bi ustavni zakoni (ali celo le posamezne določbe znotraj »navadnih« zakonov,⁸⁷ ki imajo naravo ustavnega zakona) sistematično urejali nekatera

⁸³ Tudi Teršek opozori, da Državni zbor ne more sprejeti ustavnega zakona preprosto zato, ker je zbral potrebno večino poslancev. Takega zakona ni mogoče sprejeti za kakršno koli vsebino in ne glede na njegov namen. Prav tam.

⁸⁴ Poročevalec Skupščine Republike Slovenije in Skupščine SFR Jugoslavije za delegacije in delegate, letnik XVI., št. 17, Ljubljana, 19. oktobra 1990. Ta osnutek je nastal na podlagi Delovnega osnutka Ustave Republike Slovenije (t. i. Podvinska ustava), ki ga je pripravila strokovna skupina Komisije Skupščine Republike Slovenije za ustavna vprašanja. Strokovna komisija je delovni osnutek 31. avgusta 1990 izročila predsedniku skupščine dr. Francetu Bučarju, zatem pa je njegovo vsebino deloma preoblikovala Komisija Skupščine RS za ustavna vprašanja. Na njen predlog je Skupščina RS 12. oktobra 1990 sprejela sklep, s katerim je dala navedeni Osnutek Ustave Republike Slovenije v javno razpravo, zato je bil 19. oktobra 1990 objavljen v Poročevalcu št. 17. M. Cerar, G. Perenič, nav. delo, I. zvezek, str. 19. Več o nastajanju slovenske ustave glej tudi P. Jambreč, nav. delo.

⁸⁵ Poročevalec Skupščine Republike Slovenije in Skupščine SFR Jugoslavije za delegacije in delegate, letnik XVI., št. 17, Ljubljana, 19. oktobra 1990, str. 9, besedilo 92. člena.

⁸⁶ Prav tam, str. 9, besedilo 93. člena.

⁸⁷ Kot že rečeno, »navadni zakon« ni termin, v tem besedilu ga uporabljam za označbo zakona, ki se sprejema z običajno večino glasov poslancev. Izraz kvalificirani zakon uporabljam za zakon, ki se sprejema s strožjo večino glasov poslancev od običajne, a je

najpomembnejša vprašanja ustavne narave, bi bila za njihov sprejem potrebna kvalificirana večina, toda manj stroga, kot se (tudi po tem osnutku) zahteva za spremembo ustave.⁸⁸ Da je osnutek ustave uvažal posebno vrsto pravnih aktov, ki so podrejeni ustavi, nadrejeni pa »navadnim« zakonom, sledi tudi iz določb glede pristojnosti Ustavnega sodišča, po katerih ima slednje pristojnost, da presoja skladnost ustavnega zakona z ustavo ter skladnost zakonov in podzakonskih predpisov z ustavo in ustavnim zakonom.⁸⁹

Medtem ko je Podvinska ustava predvidevala sprejem oz. možnost sprejema materialnega ustavnega zakona v najmanj štiriindvajsetih izrecno določenih primerih,⁹⁰ je kasnejši Osnutek Ustave RS to številko še dodatno povečal, in sicer na najmanj trideset.⁹¹ Poleg tega je glede na Podvinsko ustavo, kot že

hierarhično enakovreden navadnemu zakonu. Izraz organski zakon uporabljam za zakon, ki je hierarhično pod ustavo in nad navadnimi (in kvalificiranimi) zakoni, zato morajo biti ti z njim tudi materialno usklajeni. Ponavadi se sprejema po zahtevnejšem postopku kot navadni zakoni. Ustavni zakon pa v tem besedilu razumem kot ustavni akt, ki uživa enak rang kot ustava in je zato nadrejen vsem drugim pravnim aktom, vključno z organskim, kvalificiranim in navadnim zakonom.

⁸⁸ Razlaga osnutka ustave, prav tam, str. 21, 23.

⁸⁹ Prav tam, str. 14, besedilo 151. člena. Glej tudi Razlago osnutka ustave, str. 22, in ločeno mnenje k osnutku člana strokovne skupine komisije k posameznim rešitvam v delovnem osnutku ustave Republike Slovenije z razlagami mag. Matevža Krivica, str. 33. Po terminologiji, uporabljeni v tem besedilu (in razloženi v opombi pod črto št. 87), je osnutek predvideval uporabo organskega zakona, čeprav ga je imenoval ustavni zakon.

⁹⁰ Delovni osnutek (t. i. Podvinska ustava) je predvideval sprejem ali možnost sprejema materialnega ustavnega zakona (izvorno v osnutku ali po variantnem dodatku) na naslednjih področjih: himna in grb (7. člen); volilna pravica za državljane, ki nimajo stalnega prebivališča v republiki (43. člen); pravice italijanske in madžarske narodne skupnosti (63. člen); pridobivanje lastninske pravice na nepremičninah za tujce (66. člen); izkoriščanje naravnega bogastva po tujih osebah (67. člen); položaj, sestava in pristojnost računskega sodišča in narodne banke (82. in 84. člen); volitve (85. člen); nezdružljivost poslanske funkcije in pritožba zoper odločitev državnega zbora o potrditvi mandatov (86. člen); odločanje v državnem zboru, področja urejanja ustavnega zakona (92. člen); iniciativa za sprejem ustavnega zakona (93. člen); poseben zakonodajni postopek za upoštevanje interesov posameznih območij republike (94. člen); ureditev in pristojnost sodišč (122. člen); udeležba laikov pri sojenju (124. člen); sestava in oblikovanje sodnega sveta (128. člen); prenehanje in odvzem sodniške funkcije (129. člen); nezdružljivost sodniške funkcije (131. člen); tožilstvo in nezdružljivost tožilske funkcije (133. člen); pristojnosti občin (136. člen); ustanovitev širših lokalnih skupnosti (139. člen); v zvezi z upravnim sporom – tukaj bi sodno varstvo sicer lahko uredil ustavni zakon, ki je bil predviden za ureditev pristojnosti sodišč v 122. členu (148. člen); ustavna pritožba (151. člen); sestava ustavnega sodišča, ko odloča o obtožbah zoper predsednika republike itd. (152. člen); postopek pred ustavnim sodiščem (156. člen). M. Cerar, G. Perenič, nav. delo, I. zvezek, str. 69–102.

⁹¹ Glede na Podvinsko ustavo je sprejem materialnega ustavnega zakona osnutek predvideval še na naslednjih področjih: državljanstvo (11. člen); omejitev pravice do svobode izražanja (39. člen); pravica do stavke (77. člen); dodatno predstavništvo poslancev etničnih skupnosti – določil bi jih lahko isti ustavni zakon, kot je v tem členu predviden za

rečeno, uvedel možnost, da imajo naravo ustavnega zakona tudi le posamezne določbe drugih zakonov.⁹² Jasno je, da so torej besedila, ki spadajo v ožjo materijo *travaux préparatoires*, predvidevala široko uporabo ustavnega zakona kot systemskega akta za razčlenjevanje ustavne materije. Kasneje sprejeta slovenska ustava takšne ureditve ni uveljavila in je za večino področij, za katera je bil predviden ustavni zakon, urejanje prepustila »navadnemu« zakonu. Le štiri področja so se ustavodajalcu ob sprejemu Ustave zdela toliko bolj pomembna, da je (namesto posebnega ustavnega akta, nadrejenega zakonodaji) za urejanje te materije predpisal »le« strožjo večino za sprejem zakona: volilni sistem – dvotretjinska absolutna (80. člen); referendum – dvotretjinska relativna (90. člen); volitve v državni svet – dvotretjinska absolutna (98. člen); ter obramba države – dvotretjinska relativna večina (124. člen).⁹³ Danes veljavna Ustava kot taka področja določa še razmerja med državnim zborom in vlado glede sprejemanja pravnih aktov in odločitev v mednarodnih organizacijah, na katere Slovenija prenese izvrševanje dela suverenih pravic – dvotretjinska relativna (3.a člen); ustanovitev pokrajine – dvotretjinska relativna večina (143. člen); ter način izvajanja načela uravnoteženosti državnih proračunov – dvotretjinska absolutna večina (148. člen Ustave).⁹⁴

Slovenski ustavodajalec se torej zavestno ni odločil za uvajanje posebnega systemskega akta za razčlenjevanje ustavnih določb in ustavne materije, saj je za ta namen najprej zavrnil ureditev materialnega ustavnega zakona, nato pa še organskega zakona. Slednjega je v pripravljalnih besedilih glede na prevladujočo prakso nekoliko zavajajoče poimenoval ustavni zakon, saj je bil v resnici zamišljen po francoskem vzoru, tak akt pa se navadno imenuje organski zakon in je po hierarhiji splošnih normativnih aktov pod ustavo in nad navadnimi zakoni in kot tak podvržen ustavnosodni kontroli. Prav tako pa Osnutek ustave ni izrecno uredil podlage niti za sprejem materialnega ustavnega zakona ali drugega materialnega ustavnega akta za kakšno posebno področje (kot akt za

volitve že po Podvinski ustavi (85. člen); sestava in volitve državnega sveta (98.a člen); imenovanje sodnika v trajni mandat (126. člen). Prav tam, str. 103–140.

⁹² Tako ureditev pozna avstrijska ustava. V teoriji ni dobro sprejeta. H. Eberhard, K. Lachmayer, nav. delo, str. 113–117. Glej tudi M. Stelzer, nav. delo, str. 22–27, 32.

⁹³ S spremembo Ustave leta 1997 (UZS68, Ur. l. RS, št. 42/97) je bila za sprejem zakona, ki ureja pogoje, pod katerimi lahko tujci pridobijo lastninsko pravico na nepremičninah, določena dvotretjinska absolutna večina glasov poslancev. Ta je bila črtana s spremembo Ustave leta 2003 (UZ3a,47,68; Ur. l. RS, št. 24/03).

⁹⁴ Glej tudi Pavlin, komentar k 87. členu Ustave, v: L. Šturm, nav. delo (2011), str. 1158, št. 20; Uvodno pojasnilo Kaučiča v: I. Kaučič, nav. delo (2013), str. 51.

posamičen primer) ali za primer, ko bi se to izkazalo kot potrebno (z generalno klavzulo).⁹⁵

Zgodovinski argument pokaže, da je ustavodajalec zavestno in namenoma opustil ureditev ustavnopravne podlage za posebni akt za urejanje oz. razčlenjevanje ustavne materije in to prepustil kvalificiranim in navadnim zakonom. Urejanje in razčlenjevanje materialnih ustavnih zakonov se mu je zdelo potencialno preveč škodljivo za ustavni red. Za (dodatno) urejanje take materije je izrecno predvidel le možnost spremembe Ustave (npr. z njeno dopolnitvijo).

⁹⁵ Vprašanju, s katerim aktom nadalje razčlenjevati ustavno materijo v novem slovenskem ustavnem redu, so ustavna komisija in njene podskupine posvetile veliko pozornosti. Dr. Lojze Ude je glede zakonov, ki bi bili po Osnutku Ustave RS podustavni akti, vendar nad zakoni, na 27. seji Komisije za ustavna vprašanja 3. aprila 1991 izrazil stališče: »sami smo strokovno ocenili, da to ne bi smeli biti ustavni zakoni, ker bi se s tem v bistvu širila ustavna materija. So pa lahko zakoni, lahko jim imenujemo, predlogi so, temeljni zakoni, ki se sprejemajo s kvalificirano večino. Še drugo stališče je bilo zavzeto, ne samo v tej skupini, moram reči, da tudi v drugih skupinah, da naj bomo pri opredeljevanju tistih razmerij, ki se urejajo z zakoni, ki se sprejemajo s kvalificirano večino, restriktivni,« v: M. Cerar, G. Perenič, nav. delo, III. zvezek, str. 864. Dr. Tone Jerovšek je takole izrazil nasprotovanje ustavnemu zakonu, ki ne bi bil podvržen ustavnosodni kontroli: »Če pa bi šli na to, da bi inštalirali ustavni zakon, ki ga ne bi podvrgli ustavni presoji, v tem primeru pa seveda ne vemo, kako dolgo bo taka ustava veljala in koliko parlamentov se bo zamenjalo, je pa odprta vsa možnost, da se sprejmejo tudi zakoni, ki bodo zelo nedemokratični, protipravni itn., ki pa jih ne bo mogel nihče s sveta spraviti. To je potem konec pravne države.« Prav tam, str. 866. Mag. Matevž Krivic je opozoril, da je bilo že v skupščini razčiščeno, da ne glede na ime zakona, bodisi da je ustavni bodisi temeljni, tak zakon hierarhično uživa višji položaj, če se sprejema s strožjo večino: »na predlog dr. Kristana /.../ se ta problem dejanske hierarhije reši ne tako, da kot je bil prvotni predlog, da bi bila uvedena nova stopnička v hierarhiji med ustavo in zakonom /.../ ampak da formalno te stopničke ne bi bilo, da bi poznali samo ustavo in zakone.« Glavno vprašanje pri tem pa je, kaj se bo urejalo s kvalificiranim zakonom. Prav tam, str. 867. Dr. Franc Grad je v razpravi opozoril: »Govoriti, kaj je ustavna materija in kaj ne, ni tako enostavno. Namreč govoriti o tem, da je v tej ustavi vse, kar je ustavna materija, ni res. /.../ In res je, da smo zaradi tega izumili ta ustavni zakon in to je v naši predstavi, kolikor je ta, ki šteje, bila ustavna materija. Glejte samo primer, vprašanje, ali bomo imeli proporcionalni sistem ali večinski. Ne vedno, ampak večinoma je to ustavna kategorija, večinoma. Vprašanje nezdržljivosti poslanskih funkcij z drugimi, ustavna kategorija in tako naprej. /.../ Zaradi tega še zmeraj ostajam pri tem, da smo spustili iz ustave velik del materije, ki ni ustavna materija, in mislim, da je to prav. Ustavo moramo delati tako, da bo čim dlje časa držala. /.../ Zato je zelo pametno prepustiti lažji obliki urejanja, kot je ustavni zakon. Kakorkoli mi rečemo, to je podaljšek ustave. Natančno ta smisel tudi ima po mojem prepričanju.« Prav tam, str. 869. Razlaga končnega predloga ustave, ki je bil rezultat (tudi) omenjenih razprav, se je nato glasila: »Tu gre predvsem za zakone, ki jih je osnutek opredelil kot ustavne zakone in je tudi določal zahtevnejšo večino za njihov sprejem. Predlog ustave ne uporablja več splošnega naziva ustavni zakon, ker so bili ob tem izraženi pomisleki, da ni jasen položaj takega zakona v pravnem sistemu. Namesto tega je na ustreznih mestih posebej povedano, s kakšno zahtevnejšo večino se sprejemajo nekateri pomembnejši zakoni.« Obrazložitev Predloga Ustave Republike Slovenije, v: Poročevalec Skupščine Republike Slovenije, Ljubljana, 12. december 1991, letnik XVII, št. 30, str. 16.

5. PRIMERI, KO USTAVA Z IZRECNO DOLOČBO IZKLJUČI MOŽNOST SPREJEMA MATERIALNEGA USTAVNEGA ZAKONA

5.1. Zakon kot oblika akta je izrecno predpisan s specialno določbo Ustave

Slovenska ustava ob popolnem molku glede materialnih ustavnih aktov po drugi strani izrecno določa, da se določena pomembnejša področja uredijo z zakonom. Nekatera z zakonom, ki se sprejme s kvalificirano večino, večina preostalih, za katera je Osnutek Ustave RS predvideval sprejem ustavnega zakona, pa celo z navadnim zakonom (z zakonom, ki se sprejme z običajno večino opredeljenih glasov).⁹⁶ Takih področij, glede katerih je ustavodajalec menil, da gre za razčlenjevanje (širše) ustavne materije in je najprej zanje predvidel sprejem ustavnega zakona, nato pa je v veljavni Ustavi znižal rang predvidenega akta na zakon z zahtevano navadno (in ne kvalificirano) večino glasov, je najmanj petnajst. Nasprotno pa je nekaj določb s področij, za katera so bili predvideni ustavni zakoni, ustavodajalec uredil že v sami Ustavi (takih je vsaj pet).⁹⁷

Državni zbor bi kršil Ustavo, če bi področje, za katero Ustava predvideva razčlenitev s kvalificiranim zakonom, uredil z zakonom, ki bi bil sprejet z drugačno večino od predpisane (bodisi z zahtevnejšo ali milejšo). Velja tudi nasprotno: področij, ki se urejujejo s kvalificiranim zakonom, zakonodajalec ne sme širiti mimo izrecnih ustavnih pooblastil in za sprejem (in spremembo) zakona

⁹⁶ »Tudi v naši ureditvi urejajo zakoni vprašanja ustavnega pomena, ki jih ni uredila že ustava. Vendar so ti zakoni v enakem položaju kot drugi zakoni; naša ureditev torej ne pozna posebnih (organskih ali podobnih) zakonov. Tudi sprejemajo se zakoni, ki urejajo vprašanja ustavnega pomena, praviloma na enak način kot drugi zakoni, čeprav za nekatere med njimi velja izjema, da se sprejemajo na zahtevnejši način.« V: F. Grad, nav. delo (1999), str. 611.

⁹⁷ Grb, zastavo in himno v 6. členu opredeljuje že Ustava, urejanje njihove uporabe pa prepušča zakonu; zakonskemu urejanju so prepuščeni: državljanstvo (12. člen); pravice italijanske in madžarske narodne skupnosti (64. člen); lastninska pravica tujcev (68. člen); pravica do stavke (77. člen); neizvoljivost in nezdržljivost poslanske funkcije ter pritožba v povezavi s potrditvijo mandatov v Državnem zboru (82. člen); ureditev in pristojnosti sodišč (126. člen); udeležba državljanov pri izvajanju sodne oblasti (128. člen); trajnost sodniške funkcije (129. člen); prenehanje sodniške funkcije (132. člen); nezdržljivost sodniške funkcije je deloma urejena že v Ustavi, deloma pa to prepušča zakonu (133. člen); državni tožilec (135. člen); nezdržljivost funkcije državnega tožilca deloma ureja že Ustava, deloma to prepušča zakonu (136. člen); ureditev in pristojnosti računskega sodišča (150. člen); centralna banka (152. člen); ustavna pritožba (160. člen); postopek pred ustavnim sodiščem (162. člen). Izključno v sami Ustavi brez izrecnega specialnega pooblastila za zakonodajno razčlenjevanje pa sta sedaj urejeni sestava državnega sveta (96. člen) in sestava ter oblikovanje sodnega sveta (131. člen).

določiti kvalificirane večine v primeru, ko Ustava tega izrecno ne predvideva.⁹⁸ Ravno tako bi Državni zbor kršil Ustavo, če bi materijo, za katero Ustava določa, da se uredi v kvalificiranem ali navadnem zakonu, v celoti vključil v Ustavo ali v drug, od nje ločen ustavni akt, npr. materialni ustavni zakon, ali tudi v podzakonski akt.⁹⁹ Pravodajalec bi namreč v teh primerih kršil izrecne specialno določene ustavne zapovedi glede oblike akta in postopka, po katerem mora biti urejena določena materija.

V tem pa se tudi skriva odgovor, zakaj bi bilo zmotno misliti, da so vsakokratne ustavne določbe, po katerih zakonodajalec *lahko* določeno vprašanje uredi z zakonom,¹⁰⁰ nepotrebne, ker da ima za to na voljo splošno zakonodajno pooblastilo.¹⁰¹ Glede na prej navedeno je mogoče ugotoviti, da gre pri tem za več kot le za baročni slog ustavodajalca. Člen 87 se namreč nanaša le na urejanje pravic in obveznosti, molči pa glede tega, katero materijo je treba urediti v obliki zakona, kadar se ne urejajo pravice in obveznosti.¹⁰² V primerih pravodajnega urejanja vprašanja, ki ne vsebuje nujno pravic in obveznosti, Ustava pa ob tem določa zgolj možnost (ne pa tudi obveznost) sprejetja zakona, ima taka določba za posledico, da se lahko ta materija, če se ureja, uredi le z zakonom. Določba je daljnosežnejša, kot se zdi na prvi pogled, saj ne določa le obvezne oblike akta, temveč tudi pravodajalca. Če take specialne določbe Ustava ne bi vsebovala, pravodajalec ne bi bil določen, zato ta določba vpliva tudi na uresničevanje ustavnega načela delitve oblasti.¹⁰³ Pravodajalec je potemtakem

⁹⁸ O kršitvi Ustave v primeru zakonskega urejanja materije z drugačno večino od predpisane glej Mozetič, komentar k 89. členu Ustave, v: L. Šturm, nav. delo (2002), str. 802, št. 7–8; Pogorelec, komentar k 86. členu Ustave, v: L. Šturm, nav. delo (2011), str. 1149–1150, št. 1–4; Nerad, komentar k 160. členu Ustave, v: prav tam, str. 1418–1419, št. 6; M. Pavčnik, nav. delo (2011), str. 240.

⁹⁹ Predvsem glede neustreznosti podzakonskega urejanja namesto zakonskega glej tudi 87. člen Ustave in Pavlin, komentar k 87. členu Ustave, v: L. Šturm, nav. delo (2011), str. 1151–1163.

¹⁰⁰ Glej npr. drugi odstavek 32. člena, tretji odstavek 43. člena, 121. člen, drugi odstavek 145. člena Ustave.

¹⁰¹ I. Kaučič, F. Grad, nav. delo, str. 213. Člen 87 je po Komentarju Ustave Republike Slovenije – A »dvojna jurisdikcijska norma«, saj pomeni poleg pravila, da se pravice in obveznosti urejajo z zakonom, tudi institucionalno jurisdikcijsko normo glede položaja DZ kot edinega zakonodajalca. Pavlin, komentar k 87. členu Ustave, v: L. Šturm, nav. delo (2011), str. 1154, št. 8. Komentar Ustave Republike Slovenije (2002) je glede tega zagovarjal drugačno stališče, in sicer da »v bistvu ne gre za določanje zakonske pristojnosti DZ (da DZ sprejema zakone)«. Mozetič, komentar k 87. členu Ustave, v: L. Šturm, nav. delo (2002), str. 798, št. 4.

¹⁰² Prav tam.

¹⁰³ Da je določitev pravodajalca posledica določbe o obveznem urejanju pravic in obveznosti z zakonom, kot to zahteva 87. člen Ustave, opozori Pavlin v komentarju k 87. členu Ustave, v: L. Šturm, nav. delo (2011), str. 1154, št. 10.

lahko le eden,¹⁰⁴ to je Državni zbor (ne pa npr. pravodajalec iz izvršne veje oblasti, recimo minister). Če ima zakonodajalec možnost, da o takem vprašanju sprejme zakon, so na tako določbo vsi preostali pravodajalci vezani negativno.¹⁰⁵ To ima za tovrstno materijo pomembne pravnosistemske posledice, med najpomembnejšimi pa je ustavnosodna presoja.¹⁰⁶

Opozoriti je treba, da tudi kadar Ustava predpisuje urejanje kakega področja, ki je del ustavne materije, s kvalificiranim (ali navadnim) zakonom, to ne pomeni, da ne bi smel in mogel ustavodajalec temeljnih pravil ali načel s tega področja poustaviti in jih (naknadno) vključiti v Ustavo. V nasprotju z Ustavo bi bilo namreč le celovitejše urejanje na ustavni (in podzakonski) ravni tistega področja, ki je po Ustavi pridržano urejanju z zakonom.

5.2. Zakon kot oblika akta je izrecno predpisan z generalno določbo Ustave

Ustava oblike akta izrecno ne predpiše le s specialnimi določbami za vsak primer posebej, temveč tudi z generalno klavzulo. Tak primer je poleg 87. člena Ustave¹⁰⁷ tudi področje človekovih pravic in svoboščin. Prvi odstavek 15. člena Ustave določa, da se človekove pravice in temeljne svoboščine uresničujejo neposredno na podlagi ustave, peti odstavek pa priznava ustavno varstvo človekovih pravic in svoboščin tudi v obsegu, kolikor so urejene v drugih pravnih aktih, ki veljajo v Sloveniji.¹⁰⁸ Pri tem imajo zelo pomembno vlogo tudi mednarodnopravni akti. Vsebina človekovih pravic ni le abstraktna določba v Ustavi ali drugem aktu, ampak je tvarina, ki jo razčlenjujejo ne le domača (ustavno)sodna praksa, temveč tudi sodna praksa in akti drugih držav in meddržavnih institucij. Če želi Slovenija spoštovati sprejete mednarodnopravne obveznosti in peti odstavek 15. člena Ustave, mora npr. Evropsko konvencijo o človekovih pravicah razlagati skladno s sodno prakso Evropskega sodišča za človekove pravice.

Zato ne preseneča določba drugega odstavka 15. člena Ustave, ki določa, da se sme način uresničevanja človekovih pravic in temeljnih svoboščin predpisati

¹⁰⁴ Mozetič, komentar k 87. členu Ustave, v: L. Šturm, nav. delo (2002), str. 798, št. 2.

¹⁰⁵ Glej tudi Mozetič, komentar k 87. členu Ustave, v: prav tam, str. 798, 799, št. 4.

¹⁰⁶ Glej razdelek 7.

¹⁰⁷ Po Komentarju Ustave Republike Slovenije ta člen preprečuje, da bi zakonodajalec to materijo urejal v aktih, nižjih od zakona. Gre le za obveznost zakonodajalca, da pravice in obveznosti ureja v zakonu, *kolikor te niso urejene že v Ustavi*, navzgor (urejanje na ustavni ravni) pa omejitve 87. člen naj ne bi uvajal. Mozetič, komentar k 87. členu Ustave, v: prav tam, str. 798, št. 3.

¹⁰⁸ Širše o tem glej Testen, komentar k 15. členu Ustave, v: prav tam, str. 192–204.

le z zakonom, kadar tako določa ustava ali če je to nujno zaradi narave posamezne pravice ali svoboščine. S tem se želi preprečiti oženje obsega varstva človekovih pravic v imenu predpisovanja njihovega načina uresničevanja.¹⁰⁹ Menim, da ta določba ne preprečuje le tega, da bi to materijo urejal podzakonski predpis, temveč ima v določenem obsegu učinek tudi vertikalno navzgor, saj preprečuje njeno pretirano podrobno konstitucionaliziranje. Ne le, da je ustavni rang namenjen bolj abstraktnim in temeljnim pravnim normam, posebnost na tem področju sta pomembna možnost ustavnosodne kontrole urejane materije in s tem zmanjševanje morebitnih apetitov politike po (selektivnem) razumevanju splošno civilizacijsko sprejete vsebine človekovih pravic.¹¹⁰ Kot učni primer za to se lahko uporabi ideja konstitucionaliziranja položaja »izbrisanih« v ustavnem zakonu.¹¹¹ Argument posredno potrjuje tudi odlomek iz nastajanja slovenske ustave, iz katerega je razvidno, da se je ustavodajalec širšemu ustavnopravnemu urejanju te materije namerno izognil.¹¹²

Smiselno podobno kot za predpisovanje načina uresničevanja človekovih pravic velja tudi za njihovo omejevanje. Če bi Državni zbor poustavil konkretizirane možnosti omejevanja določene človekove pravice, bi prišlo do podobne protiustavnosti, kot je bilo prej navedeno, saj Ustava tudi podrobnejše urejanje omejitev človekovih pravic poverja zakonu.¹¹³

¹⁰⁹ Prav tam, str. 196, št. 11.

¹¹⁰ Ustavno sodišče se pri njeni interpretaciji sklicuje tudi na neobvezne mednarodne instrumente, npr. Splošno deklaracijo človekovih pravic. »Gre namreč za uveljavljene standarde in merila, ki so neodtujljivi v vsaki demokratični družbi«, Nerad, komentar k 160. členu Ustave, v: L. Šturm, nav. delo (2011), str. 1438, št. 45, pa tudi na preambule mednarodnih pravnih aktov. I. Kaučič, nav. delo (2012), str. 24. Ustavnosodna kontrola ima za posledico nenazadnje tudi to, da se reševanje določenih konfliktov v družbi seli iz sfere političnega v sfero pravnega (ne glede na to, da imata tudi ustava in s tem ustavnosodno odločanje politično dimenzijo). Nenadno konstitucionaliziranje kakega konfliktnega vprašanja zato lahko v resnici pomeni le željo oblasti po njegovi razrešitvi na politični, ne na pravni ravni (ker se materija odtegne ustavnosodni presoji).

¹¹¹ Glej npr. N. Kogovšek Šalamon, nav. delo (2012), str. 263–265; N. Kogovšek Šalamon, nav. delo (2007), str. 177–193; A. Teršek, nav. delo (2008), str. II–VIII, priloga. »Pravni državi« je na koncu kljub trudu Ustavnega sodišča ogledalo moralo nastaviti Evropsko sodišče za človekove pravice. Glej sodbi *Kurić in drugi proti Sloveniji*, št. 26828/06, z dne 13. julija 2010 (Senat tretje sekcije) in z dne 26. junija 2012 (Veliki senat).

¹¹² Dr. Lojze Ude je na 27. seji Komisije za ustavna vprašanja z dne 3. aprila 1991 izrazil stališče: »Zlasti je sporna tale generalna določba na področju varstva človekovih pravic. /.../ sami smo strokovno ocenili, da to ne bi smeli biti ustavni zakoni, ker bi se s tem v bistvu širila ustavna materija.« V: M. Cerar, G. Perenič, nav. delo, III. zvezek, str. 864. Te pa potem »ne bo mogel nihče s sveta spraviti. To je potem konec pravne države,« pa je opozoril dr. Tone Jerovšek, prav tam, str. 866. Osnutek je v 92. členu z generalno določbo predvideval sprejem ustavnega zakona tudi za razčlenjevanje ustavnih določb na področju varstva človekovih pravic in svoboščin.

¹¹³ Testen, komentar k 15. členu Ustave, v: L. Šturm, nav. delo (2002), str. 199, št. 20.

Ugotoviti je mogoče, da kljub ustavodajalčevi načeloma svobodni izbiri tvarine, ki se mu zdi dovolj pomembna za vključitev v Ustavo, ta svoboda v slovenskem ustavnem redu *de lege lata* v resnici ni tako široka, kot se morda zdi na prvi pogled. Nabor področij, izvzetih iz celovitega urejanja na ustavni ravni zato, ker Ustava za njihovo razčlenjevanje določa zakon (bodisi po specialni bodisi po generalni določbi), je izjemno širok. Pokaže se, da bi ustavodajalec načelo pravne države dosledneje spoštoval, če bi materijo, ki jo želi poustaviti, vključil v Ustavo. Če bi se kljub temu odločil za samostojen akt, bi bilo treba pred sprejemom oz. ob sprejemu takega materialnega ustavnega akta za poseben primer zanj v Ustavi urediti ustrezno pravno podlago.

6. ARGUMENT SISTEMATIČNE RAZLAGE OMEJUJE OBSEG UREJANJA MATERIJ NA USTAVNI RAVNI

V obliki ustavne demokracije, v kateri so podustavni akti podvrženi ustavnosodni kontroli, je vprašanje, kaj spada v ustavo (kaj zajema pojem *materia constitutionis*; kaj od tega sme ustavodajalec urediti na ustavni ravni), toliko bolj pomembno, saj ta materija utemeljeno postane imuna pred ustavnim sodiščem, poleg tega pa se sprejema po specifičnem ustavodajnem postopku. Ustavodajalec je zato po vsebini in količini določb omejen na področje in obseg urejanja, ki ju je mogoče (vsaj v sodobni ustavni demokraciji) opredeliti kot temeljno in izhodiščno *materio constitutionis*.

Teorije, ki se ukvarjajo z materialnim pojmom ustave, se v glavnem delijo v dve skupini. Prva išče odgovore na vprašanje, katere zadeve naj ureja ustava (znotraj te se uveljavljajo različna pojmovanja ustavne materije: državnoopravno, političnoopravno, družbenoekonomsko pojmovanje in pojmovanje, da je ustava temeljna družbena listina), druga pa se osredotoča na pravno vlogo ustave kot izhodiščnega in temeljnega pravnega akta. Po tem naziranju ustava v materialnem pomenu opravlja funkcijo določanja in urejanja pravnih pravil, ki utemeljujejo in omogočajo, da pravni red lahko deluje, med drugim s tem, ko določa, kako naj nastajajo zakoni in drugi formalni pravni viri.¹¹⁴ Skupni imenovalec ustav je gotovo mogoče iskati v tem, da urejajo državno organizacijo (vključno z najvišjimi državnimi organi in razmerji med njimi) ter človekove pravice in svoboščine. Pogosto določajo še način svojega sprejema, spreminjanja in udejanjanja.¹¹⁵

¹¹⁴ Širše o tem glej M. Pavčnik, nav. delo (2011), str. 227–233, 237–238. Glej tudi M. Jovičič, nav. delo, str. 10–13, 155.

¹¹⁵ Glej npr. V. Constantinesco, S. Pierré-Caps, nav. delo, str. 182; M. Jovičič, nav. delo, str. 11, 150, 155–157; M. Pavčnik, nav. delo (2011), str. 229, 232; L. Pitamic, nav. delo (2009), str. 186–187; W. Sadurski, nav. delo, str. 15; S. Sokol, B. Smerdel, nav. delo, str. 18.

Eden osnovnih kriterijev za klasifikacijo pravnih aktov je abstraktnost določb, ki je pri ustavi najvišja in navzdol postopoma pada. Ustava določa le osnovo in okvir, njena naloga v prvi vrsti ni neposredno urejanje razmerij.¹¹⁶ »Ustava je vir vsega prava v državi, ni pa končna oblika prava za ureditev odnosov med ljudmi; njena naloga ni, da neposredno določa pravice in dolžnosti konkretnih ljudi.«¹¹⁷ To je že naloga drugih aktov, posebej zakona.¹¹⁸

Vendar pa odgovor na vprašanje, kaj (naj) zajema ustavna materija, ni pomensko vodotesen in je odvisen tako od različnega teoretičnega naziranja kot od vsakokratnih in posameznih pravnih, družbenih in državnih sistemov. Podrobnejši skupni imenovalec ni možen, ker se ustave razlikujejo tako po globini urejanja kot po tem, katera od drugih vprašanj so urejena v ustavi.¹¹⁹ Vsebina ustave v materialnem smislu ni nekaj, kar bi bilo mogoče eksaktno dokazati. V dani družbi je razumevanje tega pojma bolj ali manj predvidljivo, nikoli pa ni vsesplošno sprejeto. Odrejanje vsebine ustave je izključna domena vsakega ustavodajalca zase, ker je suveren ali predstavnik suverena. Obstajajo le dejanske omejitve in postopoma izoblikovani standardi.¹²⁰

Ker je vsebina ustavne materije, kot rečeno, razmeroma odprt pojem, je zato zelo pomembno, da Ustava na čim več mestih vsebuje vodilo glede oblike in vrste akta, v katerem naj se ureja tvarina, poleg tega pa tudi ustrezno vsebinsko usmeritev za njeno nadaljnje razčlenjevanje. Kjer Ustava predpisuje zakon kot obliko akta, s katerim se uredi materija, dvoma ni. Vendar pa mora biti ustavodajalec tudi takrat, kadar Ustava ne ponuja takega vodila, pri celovitem urejanju na ustavni ravni, posebno v sistemu s pisano kodificirano ustavo in ustavnim sodiščem, samoomejujoč in zelo zadržan. Nekateri ustavodajalci urejajo razmerja, ki po nobenem kriteriju ne spadajo med osnovne norme, ki določajo državno in družbeno ureditev. Motivi za to so lahko zelo različni, poudariti pa je treba, da s takim ravnanjem ustavodajalec prekorači svojo pristojnost, pogosto zaradi lastnih političnih interesov. Kadar so v ustavi določbe, ki objektivno ne sodijo vanjo, to vodi v nestabilnost ustave in zmanjšuje značaj ustave kot temeljnega akta. Če so vanjo vključene določbe zakonskega ali celo podzakonskega ranga, ustavodajalec nase prevzema vlogo teh pravodajalcev.¹²¹

¹¹⁶ M. Jovičić, nav. delo, str. 205, 208.

¹¹⁷ L. Pitamic, nav. delo, str. 263.

¹¹⁸ Po prevladujočem razumevanju je zakon v materialnem smislu vsak pravni akt, ki vsebuje splošni predpis oblastvene narave, ne glede na to, kateri državni organ ga je sprejel. Splošni pravni akt pa je tisti, ki vnaprej ureja neko družbeno razmerje, ki se nanaša na nedoločeno število istovrstnih primerov in nedoločeno število pravnih subjektov. S. Sokol, B. Smerdel, nav. delo, str. 210.

¹¹⁹ M. Pavčnik, nav. delo (2011), str. 229, 232.

¹²⁰ M. Jovičić, nav. delo, str. 19, 149, 152.

¹²¹ Prav tam, str. 21, 151, 154.

Celovitejše razčlenjevanje ustavne materije nujno zaobjame širši krog določb določenega področja, ki se po svoji pravni naravi materialno gledano razlikujejo. Tak akt vsebuje namreč tako določbe, ki predstavljajo del ustave v materialnem pomenu (najbolj temeljne in abstraktne med njimi bi lahko bile vključene tudi v Ustavo), kot določbe organizacijske, izvedbene in celo tehnične narave, ki so navadno predmet zakonskega ali celo podzakonskega urejanja. V takem, npr. kvalificiranem zakonu se zaradi načela celovitosti zakonske ureditve celotno besedilo sprejema po istem postopku, zaradi česar se z zahtevnejšo večino sprejema tudi del zakona, za katerega po materialnem kriteriju zadošča običajna večina.¹²²

Kot učbeniški primer v slovenskem pravnem redu, ki ponazarja razliko med urejanjem temeljnih ustavnih norm in celovitejšim razčlenjevanjem določene ustavne materije, lahko uporabimo urejanje volilnega sistema. Ustava, kot je bila sprejeta leta 1991,¹²³ je določitev volilnega sistema v svojem 80. členu v celoti prepuščala zakonu, ki ga Državni zbor sprejme z dvotretjinsko absolutno večino, ne da bi bila ob tem podala kakršno koli vsebinsko usmeritev. Ker je določitev temeljnih značilnosti volilnega sistema del ožje *materie constitutionis*,¹²⁴ je ustavodajalec to vprašanje potem, ko je bil kvalificirani zakon o volitvah v Državni zbor že dolgo v veljavi, popolnoma legitimno in v skladu s slovensko ustavno ureditvijo naknadno vnesel v omenjeni člen Ustave in kot volilni sistem določil proporcionalni sistem ob štiriodstotnem volilnem pragu z odločilnim vplivom volivcev na dodelitev mandatov kandidatom.¹²⁵ To pa ne pomeni, da bi smel Državni zbor poustaviti (niti v Ustavi niti v drugem ustavnem aktu) tudi preostalo, podrobnejšo razčlenitev parlamentarnega volilnega sistema, saj je to po četrtem odstavku 80. člena Ustave izrecno prepuščeno kvalificiranemu zakonu.

Žal pa je, kot je znano, Državni zbor storil ravno to. Podrobnejša določila glede volilnega sistema je vključil v II. razdelek Ustavnega zakona o spremembi 80. člena Ustave, ki je namenjen določitvi izvedbe spremembe Ustave in prehoda na novo ureditev. Vanje je tako vključil izrazito materialne določbe, spremenil Zakon o volitvah v Državni zbor in tako zlorabil ne le obliko izvedbenega dela ustavnega zakona, ki se uporablja za spreminjanje Ustave, temveč tudi ustavni akt sam po sebi, saj je, kot rečeno, ta materija po Ustavi pridržana kvalificiranemu zakonu. Na nedopusten spodrsrljaj Državnega zbora so takrat opozorili

¹²² F. Grad, nav. delo (1999), str. 612.

¹²³ Ustava Republike Slovenije, Ur. l. RS, št. 33/91.

¹²⁴ F. Grad, nav. delo (2004), str. 31–34, 107.

¹²⁵ UZ80, Ur. l. RS, št. 66/00.

mnogi.¹²⁶ Prenos na višjo hierarhično raven ni pravodajnotehnični spodrsrljaj, ampak je storjen z očitnim namenom izogniti se morebitni presoji ustavnosti in drugim elementom, vezanim na zakon oz. zakonodajni postopek. Gre za zlorabo splošnega pravnega akta kot oblike.¹²⁷ Načeloma velja, da vsebina in njena pomembnost narekujejo vrsto akta in pravodajni postopek, po katerem naj bo ta stvarina pozitivnopravno urejena.¹²⁸ Ob zlorabi pravne oblike akta gre za hudo kršitev načela pravne države iz 2. člena Ustave, ki zahteva tudi in toliko bolj od pravodajnih organov oblasti, da spoštujejo »pravila igre«, ter načela stopnjevitosti in usklajenosti pravnih aktov iz 153. člena Ustave.

Če velja, da pride pri celovitem urejanju določenega področja do določene stopnje napačne uporabe pravne oblike že pri kvalificiranem zakonu (po zahtevnejšem postopku se sprejema običajna zakonska in celo podzakonska materija), je povsem razumljivo, da bi prišlo do toliko večjega pravnosistemskega neskladja v primeru, če bi določeno ustavno materijo na tak način zaobjel materialni ustavni akt (npr. ustavni zakon, enako pa velja tudi za Ustavo). Vključevanje celovitejšega urejanja ustavne materije z določenega področja v Ustavo bi bilo neprimerno tudi zato, ker ta kot najvišji pravni akt v državi obsega le izhodiščne, temeljne in zato tudi le najbolj abstraktne določbe.¹²⁹

¹²⁶ »Ustavodajalcu ni mogoče oporekati pravice, da prenese določena vprašanja iz zakonske materije v ustavo /.../ Oporekati pa mu je mogoče svojevrstno zlorabo oblike z drugim, to je izvedbenim delom ustavnega zakona.« I. Kaučič, nav. delo (2001), str. 132. »Težava in hud vsebinski spodrsrljaj je drugje; drugi razdelek je dopolnil in spremenil tudi Zakon o volitvah v državni zbor. V tem obsegu je ustavni zakon posegel na področje zakonske stvarine in s tem onemogočil, da bi ustavno sodišče lahko presojalo, ali je volilni sistem v skladu z načelno ustavno opredelitvijo o sorazmernem predstavnštvu, ki naj bi ga zaznamoval odločilni vpliv volivcev.« M. Pavčnik, nav. delo (2011), str. 230, op. 13. Več o vprašanju urejanja volilnega sistema glej: I. Kaučič, nav. delo (2001), str. 131–132; I. Kaučič, nav. delo (2007), str. 33–34; Uvodno pojasnilo Kaučiča v: I. Kaučič, nav. delo (2013), str. 24–25; glej tudi Mnenje o spremembi ustave glede volitev v Državni zbor v Republiki Sloveniji, ki ga je Beneška komisija sprejela na svoji 44. plenarni seji (13. in 14. oktober 2000), v: Pravna praksa (2000: IX–X, priloga), in njegov dodatek, ki sta ga pripravila takratni član Beneške komisije za Slovenijo in ddr. Klemen Jaklič: Prispevek k mnenju Beneške komisije o ustavnih spremembah, ki zadevajo volilno zakonodajo v Sloveniji, v: Pravna praksa (2000: XI–XV, priloga). Celotno mnenje komisije z dodatki je v angleškem jeziku dostopno na spletni strani <www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-INF%282000%29013-e> (1. 8. 2015). Širše o tej temi glej tudi I. Kristan, nav. delo, str. 199–230; C. Ribičič, nav. delo (2007), str. 211–225. Z odločbo Ustavnega sodišča U-I-214/00 z dne 14. septembra 2000, OdlUS IX, 201, v kateri je Ustavno sodišče zavrnilo pristojnost presoje UZ80, ker da za presojo ustavnopravnih norm ni pristojno, se, upoštevaje navedeno, ne strinjam, saj bi sodišče moralo materialni kriterij presoje uporabiti tudi tukaj. Glej tudi C. Ribičič, nav. delo (2011), str. 7–8.

¹²⁷ Širše o tem M. Pavčnik, nav. delo (2010), str. 1072–1074.

¹²⁸ M. Pavčnik (2011), str. 230.

¹²⁹ Da je ustava po svoji naravi temeljni in zato presplošen akt za podrobnejše razčlenjevanje materije, izhaja tudi iz: F. Grad, nav. delo (1999), str. 608; M. Pavčnik, nav. delo (2011), str. 226–232.

Ob tovrstnem urejanju materije na ustavni ravni bi bile na ustrezni ravni urejene le najbolj temeljne in izhodiščne določbe tega akta, celoten preostanek določb, ki sestavljajo podustavno materijo, pa bi se znašel v aktu z napačno, previsoko pravno veljavo, saj bi moral biti urejen z zakonom. Za nedopustno ustavnopravno urejanje zakonske materije ne gre samo v najbolj očitnih primerih, ko pravno obliko (kvalificiranega ali navadnega) zakona Ustava predpiše izrecno, temveč lahko pride do takega položaja tudi, ko Ustava glede oblike akta molči. Takrat se kot merilo presoje uporabi »le« materialni kriterij. Urejanje z zakonom (namesto na ustavni ravni) poleg ustavnosodne presoje za seboj potegne še druge zelo pomembne pravnosistemske dejavnike, saj ima zakon po Ustavi specifičen položaj v sistemu pravnih aktov in je podvržen posebnemu ustavnopravnemu režimu, ki velja le zanj.¹³⁰

Vprašljivi in celo v neskladju s 87. členom v zvezi z 2. in 153. členom Ustave bi lahko bili torej primeri, ko bi šlo za celovitejše urejanje nekega področja na ustavni ravni, pa zanj Ustava s specialno ali generalno določbo ne predpisuje urejanja z zakonom, in bi tak ustavni akt vseboval razmeroma obsežen del tistih določb, ki bi sicer po materialnem kriteriju spadale v zakon ali podzakonski akt. Pri tem pa velja, da se temeljne določbe s področij, za katera specialne ali generalne določbe Ustave ne zahtevajo urejanja z zakonom, lahko vključijo v Ustavo ravno tako, kot to velja za področja, ki se po Ustavi urejajo z zakonom. Merilo, ki se uporabi pri tej presoji, so torej temeljnost, izhodiščnost in abstraktnost določb, pa tudi pomembnost stvarine (oz. pojmovanje pojma *materie constitutionis*).

7. DEFICIT DEMOKRATIČNOSTI IN LEGITIMNOSTI NORMATIVNEGA UREJANJA KOT POSLEDICA NAPAČNE OBLIKE AKTA

Da se je ustavodajalec za namen podrobnejšega razčlenjevanja in urejanja pomembne ustavne materije namesto za materialni ustavni zakon ali za organ-ski zakon odločil za »navaden« zakon s strožjo večino za njegov sprejem, ni naključje. Pri tem ga je vodilo naziranje, da naj zaradi lastne učinkovitosti in trdnosti¹³¹ ustava ureditev določenih ustavnopravnih vprašanj prepusti drugim aktom. V času sprejemanja ustave kompromis glede vseh vprašanj namreč ni bil mogoč. Ti naj so v skladu z ustavo, hkrati pa odpornejši od navadnih

¹³⁰ Glej npr. U-I-40/96 z dne 3. aprila 1997, Ur. l. RS, št. 24/97, točka 13; U-I-156/08 z dne 14. aprila 2011, Ur. l. RS, št. 34/11, odst. 30. Glej tudi Pavlin, komentar k 87. členu Ustave, v: L. Šturm, nav. delo (2011), str. 1161–1162. Glej tudi razdelek 7.

¹³¹ O trdnosti ustave glej I. Kaučič, F. Grad, nav. delo, str. 33, 36.

zakonov. Ne glede na to, kateri argumenti so pri tem vodili ustavodajalca, ima tovrstna odločitev pomembne posledice za ustavni sistem.¹³²

S tako ureditvijo Ustava izrecno določeni materiji še vedno zagotavlja večjo stopnjo trdnosti, kot jo ima navadna zakonodaja, saj je postopek njenega sprejemanja ob predpisani kvalificirani absolutni večini celo zahtevnejši kot ustavnorevidijski,¹³³ prvo pa velja tudi, če primerjamo kvalificirano relativno večino v primerjavi z večino opredeljenih glasov, ki je sicer potrebna za sprejemanje navadnih zakonov (86. člen Ustave).

Medtem ko lahko iniciativo za sprejem zakona (tudi kvalificiranega) vložijo vlada, vsak poslanec, pet tisoč volivcev in Državni svet (88. in 97. člen Ustave), lahko da pobudo za ustavnorevidijski postopek, ki bi bil po sedanjí ureditvi smiselno edini primeren za sprejem materialnega ustavnega zakona,¹³⁴ samo dvajset poslancev, vlada ali trideset tisoč volivcev (168. člen Ustave). Poleg tega je v nasprotju z zakonodajnim postopkom pri ustavnorevidijskem postopku urejeno še odločanje o predlogu, da se postopek sploh začne. Že za samo odločitev o začetku postopka je treba doseči zahtevno, dvotretjinsko relativno večino v Državnem zboru. Predlagatelji spremembe Ustave zato nimajo pravice predlagati spremembe, temveč le pravico predlagati začetek postopka za spremembo Ustave.¹³⁵ V ustavnorevidijskem postopku Državni svet seveda nima odločilnega veta, kot ga poznamo v zakonodajnem postopku. Resda ima ta pri kvalificiranem zakonu le učinek ponovnega glasovanja v Državnem zboru (ne pa tudi zaostritve zahtevane večine za njegov sprejem, saj ta ostane v tem primeru nespremenjena), kljub temu pa pomeni pomemben vpliv v Državnem svetu zastopanih lokalnih in interesnih skupin. Pomembna razlika se kaže tudi v možnosti razpisa referendumu, ki je pri ustavni spremembi precej zožena glede na zakonodajni referendum (glej 90. in 170. člen Ustave), saj lahko do njega pride le, če tako zahteva vsaj trideset poslancev, tega pa ob upoštevanju zahtevane dvotretjinske absolutne večine za sprejem spremembe Ustave ni tako enostavno

¹³² Več o nastajanju sistema splošnih pravnih aktov v slovenskem ustavnem sistemu glej razdelek 4, posebej tudi opombo pod črto št. 95.

¹³³ M. Cerar, nav. delo, str. 1–2.

¹³⁴ Ustavnorevidijski postopek se v slovenskem pravnem redu uporablja za sprejem vseh preostalih taksativno naštetih ustavnih zakonov. Ustava in poslovnik Državnega zbora ne predvidevata postopka za sprejemanje od Ustave ločenih materialnih aktov. Edini ustavodajni postopek *de lege lata* je ustavnorevidijski postopek.

¹³⁵ Določba, ki je druge ustave ne poznajo, je nekritično prevzeta iz prejšnje ustave iz leta 1974. Ustreznejša bi bila ureditev, ki bi za ustavnorevidijski postopek prav tako, kot to velja pri zakonodajnem postopku, predpisala pravico predlagati spremembo Ustave, in ne le pravico predlagati, da se odloči, ali se bo postopek predlagane spremembe sploh izpeljal. Kaučič, komentar k 168. členu Ustave, v: L. Šturm, nav. delo (2011), str. 1537, št. 1–2.

doseči, če tega ne želijo tudi poslanci, ki so podprli ustavno spremembo.¹³⁶ Ustrezneje bi bilo, če bi Ustava omogočala ljudsko zahtevo za razpis ustavnorevidijskega referenduma.¹³⁷ Nenazadnje je razlika tudi glede promulgacije in *vacatio legis*. Ustavni zakon začne veljati z razglasitvijo v Državnem zboru, kar pomeni izjemo od ustavnega načela, da morajo biti predpisi objavljeni, preden začno veljati.¹³⁸ Vsebinsko enakega predloga za spremembo Ustave pa v primerjavi z zakonodajnim predlogom, ki tovrstne omejitve ne pozna, ni mogoče umestiti na dnevni red Državnega zbora vse do konca iste mandatne dobe.¹³⁹

Vse navedeno občutno zmanjšuje stopnjo demokratičnosti in legitimnosti ustavnorevidijskega postopka v primerjavi z zakonodajnim, saj je neposreden in posreden vpliv ljudstva precej bolj omejen. Medtem ko že za zakonodajne postopke, ki sicer vsaj pravno ponujajo več možnosti za demokratično soodločanje, velja, da trpijo za demokratičnim deficitom in jih *de facto* vodijo vrhovi vladajočih političnih strank,¹⁴⁰ je to toliko bolj očitno za ustavodajni oz. ustavnorevidijski postopek, ki mu že pravo samo, kaj šele »*law in action*«, postavlja okvir, ki vpliv ljudstva omejuje. Opozoriti je treba, da gre pri tem za pravno-sistemske nasprotje, saj bi morala biti večja, predvsem pa zadostna stopnja demokratičnosti in legitimnosti odločanja zagotovljena ravno pri urejanju naj-

¹³⁶ Domneva se, da je pri določitvi potrebnega števila glasov poslancev (30) za razpis ustavnorevidijskega referenduma prišlo do redakcijskega spregleda, saj je Osnutek Ustave Republike Slovenije predvideval 120-članski Državni zbor. Ob zmanjšanju števila poslancev na 90 je številka 30 ostala nespremenjena. Kaučič, komentar k 170. členu Ustave, v: prav tam, str. 1545, št. 4.

¹³⁷ Jerovšek, komentar k 168. členu Ustave, v: L. Šturm, nav. delo (2002), str. 1161, št. 3; Kaučič, komentar k 170. členu Ustave, v: L. Šturm, nav. delo (2011), str. 1545, št. 5. »Delovno besedilo predloga ustave z dne 24. 7. 1991 je določalo ljudsko zahtevo (referendum bi lahko zahtevalo 50.000 volilcev), vendar je bila kasneje ta določba umaknjena /.../ S tako omejitvijo je referendumska demokracija delno izgubila svojo polnokrvnost.« Kaučič v: I. Kaučič, nav. delo (1992), str. 124–125, 168.

¹³⁸ Kaučič, komentar k 171. členu Ustave, v: L. Šturm, nav. delo (2011), str. 1549, št. 1–2.

¹³⁹ Glej 177. člen PoDZ-1 in Kaučič, komentar k 168. členu Ustave, v: prav tam, str. 1539, št. 7.

¹⁴⁰ »Svojevrsten paradoks sodobnih političnih ureditev je, da je ravno ideja o splošnem političnem predstavništvu porodila politične stranke, ki ustvarjajo politiko v imenu ljudstva in za ljudstvo – dejansko pa tudi namesto njega. /.../ Sodobne politične stranke so se torej s svojim delovanjem pri volitvah postavile med volilno telo in predstavniško telo ter s tem močno zmanjšale vlogo volivcev v volilnem procesu. /.../ Zaradi delovanja političnih strank pri volitvah se težišče političnega življenja vse bolj premika od volilnega telesa k strankam. /.../ Stranke lahko preko svojih poslancev v parlamentu uzakonijo take ali drugačne volilne predpise.« F. Grad, nav. delo (2004), str. 27–29. Citirano se nanaša predvsem na stranke in volitve, a je ugotovitve mogoče razširiti na delovanje parlamenta nasploh. Tako velja, da lahko stranke prek svojih poslancev uzakonijo (ne le volilne) predpise s sumljivimi cilji, interesi in kvaliteto. V tem delu politične stranke že prerasejo v interesne skupine. Glej F. Grad, nav. delo (2000), str. 46.

pomembnejših družbenih vprašanj in razmerij na ustavni ravni, ki se urejajo dolgoročno in so temelj in izhodišče pravnega in državnega sistema.¹⁴¹ Zato ni naključje in je za pravni sistem zelo pomembno, da je slovenski ustavodajalec urejanje najpomembnejše ustavne materije izrecno prepustil kvalificiranemu zakonu in tako zagotovil ne le trdnost te materije, temveč tudi možnost višje stopnje demokratičnega odločanja in legitimnosti teh odločitev. Velja tudi: več materije Državni zbor uredi na ustavni ravni, večji bo deficit demokratičnosti in legitimnosti normativnega urejanja, hkrati pa bo manj stvarine potrjene presoji Ustavnega sodišča, s čimer se slabi sistem ustavne demokracije.

8. ARGUMENT KOHERENTNOSTI

Ob sprejemanju novih, od ustave ločenih materialnih ustavnih aktov, ki bi uživali isto pravno moč kot ustava sama, bi lahko prihajalo do večjih dejanskih posegov v Ustavo, ne da bi bilo njeno besedilo ustrezno spremenjeno oz. prilagojeno.

Izvirno je amandmajska tehnika namenjena dopolnjevanju ustave, in ne njenemu spreminjanju. Amandmaji se dodajajo besedilu ustave, ki ostaja nespremenjeno, in pri tem njeno besedilo precizirajo, dodatno razčlenjujejo ali pa urejajo materijo, ki v ustavi še ni urejena. Besedilo amandmajev je torej dodatno besedilu ustave kot njegov integralni, vendar tehnično ločen del. Iz same amandmajske tehnike ustavne revizije zato izhaja omejitev, da amandma ustave ne sme v ničemer spreminjati, temveč jo lahko samo dopolnjuje. V izjemnih primerih je bilo besedilo ustave ZDA sicer spremenjeno – ne formalno, temveč v skladu s pravilom *lex posterior derogat legi priori*, in še to tako, da sprememba

¹⁴¹ Ravno iz tega razloga ne preseneča, da mnoge ureditve za spremembo ustave, sploh kadar gre za pomembnejše spremembe ali večji obseg sprememb, predpisujejo ustavno-revizijski referendum kot obvezno fazo ustavnorevizijskega postopka. Ustavnorevizijski referendum za katero koli spremembo ustave, ki jo sprejme parlament, je obvezen npr. v Andorji, Armeniji, Azerbajdžanu, na Danskem, Irskem, Japonskem, v Južni Koreji, Romuniji, Švici. Referendum je ob popolni reviziji ustave obvezen npr. v Avstriji, Rusiji, Španiji. Report on Constitutional Amendment, sprejet s strani Beneške komisije na 81. plenarni seji 11. in 12. decembra 2009, študija št. 469/2008, oznaka dokumenta: CDL-AD(2010)001, v angleškem jeziku dostopno na spletni strani <[www.venice.coe.int/webforms/documents/CDL-AD\(2010\)001.aspx](http://www.venice.coe.int/webforms/documents/CDL-AD(2010)001.aspx)> (1. 8. 2015), str. 11. Vpliv ljudstva ponekod zagotovijo tudi na drugačen način, npr. z obveznimi vmesnimi parlamentarnimi volitvami, pri čemer mora tudi nova sestava parlamenta potrditi predlagano spremembo ustave, da bi ta lahko začela veljati (npr. Belgija, Danska, Estonija, Finska, Grčija, Islandija, Nizozemska, Norveška, Španija, Švedska). Prav tam, str. 10. Beneška komisija sicer opozarja tudi na negativne plati neposrednega odločanja pri spreminjanju ustave, posebej v manj zrelih demokracijah, hkrati pa poudarja pomembnost transparentnega postopka, ki je odprt za politične akterje in civilno družbo. Prav tam, str. 36, 40.

ni posegla v vsebinska izhodišča in načela ustave.¹⁴² Morda najboljši primer, kaj povzroči napačna uporaba amandmajske tehnike spreminjanja ustave, je Jugoslavija. Amandmaji k zvezni ustavi leta 1971, še bolj pa amandmaji k zvezni ustavi in slovenski ustavi, sprejeti v letih 1988 do 1990, so močno posegali v obstoječo ustavno materijo in jo naposled spremenili v nepovezano, fragmentirano in nekoherentno ustavno besedilo do praktične nepreglednosti in neuporabnosti.¹⁴³ Obsežno spreminjanje ustave z amandmaji ustvarja hkratne paralelne ustavne sisteme,¹⁴⁴ to pa povzroča hude težave pri usklajevanju posameznih delov ustavne ureditve in njihove uporabe.¹⁴⁵ To je v obeh primerih zahtevalo sprejem popolnoma nove ustave, kajti nadaljnja revizija prek ustavnih amandmajev je postala očitno nemogoča.¹⁴⁶

Tudi če se ustava z amandmaji ne spreminja, temveč le dopolnjuje, to »pomeni pomemben poseg v besedilo ustave, saj je ta določba drugačna kot pred amandmajem, torej je njeno besedilo s tem dejansko spremenjeno.«¹⁴⁷ Pri noveliranju ustave ni dvoma, kakšno je besedilo ustave po spremembi, saj so spremembe sistematično integrirane v besedilo, ki ostane enovito.¹⁴⁸ Pri amandmajih pa dobimo novo dodatno besedilo ustave, ki ga je treba odslej interpretirati skupaj v odnosu do osnovnega besedila. Amandmajska tehnika zato povzroča neprimerljivo večje težave pri interpretaciji, kot se to dogaja pri noveliranju ustave, kajti razmerje ustavnih amandmajev do osnovnega besedila je bistveno bolj

¹⁴² O spreminjanju ustave z amandmaji glej npr. Gradov predgovor v: B. Šinkovec, nav. delo, str. 8–9; Jerovšek, komentar k 168. členu Ustave, v: L. Šturm, nav. delo (2002), str. 1157, št. 1; M. Jovičič, nav. delo, str. 141–145; Kaučič, uvodni komentar k postopku za spremembo Ustave, v: L. Šturm, nav. delo (2011), str. 1536, št. 7; I. Kaučič, nav. delo (2012), str. 7; I. Kaučič, nav. delo (2001), str. 124–125, 130; M. Pavčnik, nav. delo (2011), str. 231.

¹⁴³ Gradov predgovor v: B. Šinkovec, nav. delo, str. 9–10; I. Kaučič, nav. delo (2001), str. 125; M. Pavčnik, nav. delo (2011), str. 231.

¹⁴⁴ Na nastanek vzporednih ustavnih sistemov pri amandmiranju ustave SR Slovenije leta 1989 je opozoril Bugarič v diplomski nalogi: B. Bugarič, nav. delo, str. 36. Glej tudi strokovno mnenje Grada in Kaučiča za Ustavno komisijo Državnega zbora glede akta o spremembi ustave, v: M. Cerar, A. Novak in drugi, nav. delo, str. 145.

¹⁴⁵ Gradov predgovor v: B. Šinkovec, nav. delo, str. 10.

¹⁴⁶ Prav tam, str. 11.

¹⁴⁷ Najmanj škode pri tem nastane, kadar amandma dodaja določbe na področju, ki ga izvirno besedilo ustave sploh ne ureja. Prav tam. Vendar je ta meja lahko precej tanka tudi v takem primeru, saj bi bilo morda mogoče praznino vsaj v določeni meri zapolniti ali interpretacijo usmeriti z aplikacijo splošnih in izhodiščnih ustavnih načel. Do spremembe ustave lahko tako dejansko pride že na ravni pripisovanja različne teže istim ali drugim ustavnim načelom.

¹⁴⁸ Glej tudi Kaučič, uvodni komentar k postopku za spremembo Ustave, v: L. Šturm, nav. delo (2011), str. 1536, št. 7, in strokovno mnenje Grada in Kaučiča za Ustavno komisijo Državnega zbora glede akta o spremembi ustave, v: M. Cerar, A. Novak in drugi, nav. delo, str. 142.

zapleteno.¹⁴⁹ Skupni jezikovni pomen postane ob obstoju vzporednih določb manj izrazit in zabrisan, saj je treba narediti sintezo pomenov dveh besedil oz. določb. Medtem ko velja, da jasni jezikovni znaki ne potrebujejo razlage,¹⁵⁰ ni presenetljivo, da je treba ob obstoju vzporednih (ustavnih) določb v večji meri uporabiti druge, sicer subsidiarne in dopolnjujoče metode razlage. Med več jezikovno možnimi rešitvami je treba praviloma izbrati tisto, ki najbolj ustreza namenu ustavnega pravila (teleološka razlaga).¹⁵¹ Bolj ko je opora v jezikovni razlagi šibka, bolj proste roke ima praviloma razlagalec prava in manj je pomen pravnega besedila utrjen, izgublja pa se pravna varnost.¹⁵²

Kaže, da so bile prav te slabosti amandmajske tehnike ustavne revizije, ki so temeljile na zgodovinski izkušnji, pomemben argument slovenske ustavnopravne stroke, da je za spreminjanje nove slovenske ustave bolje uporabiti tehniko noveliranja.¹⁵³

To razlogovanje se zdi zelo prepričljivo, njegov doseg pa želim razširiti: vse povedano enako kot za ustavni amandma ravno tako velja za ustavni sistem, v katerem se poleg izhodiščnega ustavnega akta (naknadno) sprejemajo še drugi, od ustave ločeni materialni ustavni akti, npr. ustavni zakoni.

Odnos ustavnega amandmaja do izvirnega besedila ustave je, vsaj kar zadeva navedene slabosti amandmiranja, skoraj identičen z odnosom, ki nastane med naknadnim materialnim ustavnim aktom in ustavo. Stopnja problematičnosti se enako kot pri tehniki amandmiranja razlikuje glede na to, kako tak ustavni akt ureja ustavno materijo. Če neko materijo uredi povsem na novo, veliko težav z interpretacijo ustavnih določb ni mogoče pričakovati. Ureditev je toliko bolj čista, če ustava sama ureja dolžnost, da ustavodajalec sprejme tak akt ustavnega ranga. Toda hitro lahko pride do težav, če ustava pri tem poda kakršno koli vsebinsko usmeritev. Pri tem lahko ustavni akt tako usmeritev spoštuje in jo tudi konkretizira, lahko pa jo dejansko izvotli in področje uredi (v določeni meri ali tudi v celoti) drugače. Učinek je enak kot pri amandmiranju: nastanejo lahko vzporedni ustavni sistemi, ki so med seboj v hujši ali blažji

¹⁴⁹ Gradov predgovor v: B. Šinkovec, nav. delo, str. 12.

¹⁵⁰ Jezikovni okvir pomensko določajo in sodoločajo pravila logičnega mišljenja, sistemski in zgodovinski okvir ter načela pravne enakosti oz. ustrezne različnosti. M. Pavčnik, nav. delo (2011), str. 363, 367–368.

¹⁵¹ V skrajnem primeru pa bi bilo treba uporabiti pravilo *lex posterior derogat legi priori*. Gradov predgovor v: B. Šinkovec, nav. delo, str. 12–13. Glej tudi M. Pavčnik, nav. delo (2011), str. 402; I. Kaučič, nav. delo (2001), str. 124–125; I. Kaučič, nav. delo (2012), str. 7, op. 7.

¹⁵² Glej M. Pavčnik, nav. delo (2011), str. 368.

¹⁵³ Glej strokovno mnenje Grada in Kaučiča za Ustavno komisijo Državnega zbora glede akta o spremembi ustave, v: M. Cerar, A. Novak in drugi, nav. delo, str. 141–145.

koliziji.¹⁵⁴ Rezultat razlage bo ob še tako blagi koliziji skoraj gotovo drugačen, kot bi bil samo v primeru razlage ustave, saj mora ustavno sodišče kot avtoritativni in poslednji razlagalec ustave¹⁵⁵ zgornjo premiso oz. merilo presoje šele skonstruirati.¹⁵⁶ Kadar ustavni zakon, ki natančno ureja posamezno ustavno vprašanje, prekorači meje ustavnega pooblastila ali ga celo uredi v nasprotju z ustavo, ustavo mimo formalno predpisanega ustavnorevidijskega postopka dejansko spremeni.¹⁵⁷ V takem primeru se odpira vprašanje protiustavnosti ustavnih norm oz. vprašanje protiustavnega amandmaja.¹⁵⁸

Argumentum a cohaerentia izpostavlja dejstvo, da lahko z množitvijo materialnih aktov ustavnega ranga v ustavni red hitro vnesemo nered, nejasnosti in neskladja, to pa lahko osiromaši stabilnost ustavne ureditve in pravno varnost. V tem oziru je zanimiva določba nemškega Temeljnega zakona iz prvega odstavka 79. člena, ki izrecno določa, da je mogoče v določbe Temeljnega zakona poseči samo z aktom, ki njegovo besedilo spreminja in dopolnjuje izrecno in je sprejet po ustavnorevidijskem postopku.¹⁵⁹ Ta določba preprečuje implicitno, netransparentno spreminjanje nemške ustave, varuje koherentnost ustavnega sistema, posebej pa tudi izhodiščnost ustave kot temeljnega akta države.¹⁶⁰ Če bi se v Sloveniji pokazala potreba po uvedbi ustavne podlage za sprejem od Ustave ločenega materialnega ustavnega akta, bi bilo smiselno razmisliti o vključitvi smiselno podobne določbe v našo Ustavo. Tovrstna določba v Ustavi bržkone ne bi odpravila vseh slabosti, ki pritičejo tehniki amandmiranja, vendarle pa bi lahko zagotovila interpretacijsko prednost in izhodiščnost Ustave kot vrhovnega ustavnega akta. Tako bi nad koherentnostjo ustavnega sistema lahko kot vrhovni razlagalec ustave bedelo tudi Ustavno sodišče.

¹⁵⁴ Resda tudi tehnika noveliranja ni popolnoma imuna za tovrstno zadrego, če bi prišlo ob spremembi do notranjega neskladja med posameznimi določbami. Ni pa izključeno niti, da ustavni akt kolizijo med posameznimi svojimi določbami vsebuje *ab initio*. Gotovo se ta problematika pri tehniki noveliranja ne pojavlja tako pogosto, medtem ko je tehniki amandmiranja inherentna.

¹⁵⁵ Ustava je namreč tisto, kar ustavni sodniki opredelijo kot ustavo. Glej M. Pavčnik, nav. delo (2011), str. 401, 403.

¹⁵⁶ Tako bi lahko ustavodajalec ob izdatnem vzporednem normiranju pravzaprav povečeval polje interpretacije in s tem moč ustavnega sodišča.

¹⁵⁷ Ustava se »z ustavnim amandmajem /.../ bistveno ne sme spreminjati, zato se morajo rešitve, ki so vsebovane v njem, gibati v okviru ustavnega sistema, ki ga določa izvorno besedilo ustave«. I. Kaučič, nav. delo (2001), str. 124. Povedano ravno tako velja tudi za materialni ustavni zakon.

¹⁵⁸ I. Kaučič, nav. delo (2012), str. 9.

¹⁵⁹ Nemška ustava. <<https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80201000.pdf>> (1. 8. 2015). Glej tudi L. Prakse, C. Kortmann, nav. delo, str. 317.

¹⁶⁰ O pomenu določbe v nemškem ustavnem redu glej komentar k 79. členu Temeljnega zakona, v: I. Münch, P. Kunig in drugi, nav. delo, str. 194–198.

9. SKLEPNO

Ustava je tisti akt, ki med drugim določa pravila glede nastajanja prava neke države. Kaj, po katerem postopku, s kakšno pravno močjo je mogoče razčlenjevati ustavno materijo ter kateri akti uživajo rang ustave, določa ustava kot izhodiščni akt pravnega reda. V nasprotju z načelom pravne države bi bilo, če bi ustavodajalec (ali tudi drug pravodajalec) odločitve po svoji volji sprejemal na načine in v oblikah, za katere nima ustrezne ustavne podlage, saj mora tudi on delovati skladno z Ustavo ne le v materialnem, temveč tudi v formalnem smislu.

Iz načela suverenosti ljudstva izhaja, da ustavodajalec uživa načelno svobodo glede tega, kako in na kakšen način bo uredil ustavno materijo. Ob sprejemanju ustave samostojne države jo je nedvomno imel tudi slovenski ustavodajalec. To velja tudi glede tega, kako je oblikoval sistem splošnih pravnih aktov, ki naj nadalje razčlenjujejo ustavo in tvorijo pravni red. S sprejemom nove Ustave pa je ustavodajalec meje postavil tudi sebi. Dokler so (ustavno)pravna pravila, ki določajo vrste, namen in postopek nastajanja splošnih pravnih aktov, v veljavi, jih mora (tako kot vse veljavno pravo) spoštovati tudi ustavodajalec in pri svojem delovanju ostati v začrtanem ustavnem okviru.

Slovenska ustava ne ureja podlage za razčlenjevanje ustavne materije z materialnim ustavnim zakonom. Pogled v nastajanje slovenskega ustavnega sistema od osamosvajanja naprej pokaže, da se je ustavodajalec namesto za sistemski akt za razčlenjevanje ustavne materije v obliki bodisi ustavnega bodisi organskega zakona, potem ko je presojal obe možnosti, raje odločil za zakon, ki se sprejme s kvalificirano ali navadno večino. Zato se ne morem strinjati s stališčem, da bi Državni zbor pomembnejšo materijo lahko urejal v materialnih ustavnih zakonih in da je ta vrsta splošnega pravnega akta ustavodajalcu *de lege lata* »na voljo«.

Državni zbor bi kršil Ustavo tudi, če bi v takem materialnem ustavnem aktu uredil materijo, ki je po specialni določbi Ustave rezervirana za kvalificirani ali navadni zakon. Členov, v katerih Ustava izrecno predvideva (zahteva ali dopušča) urejanje materije z zakonom, je najmanj dvainosemdeset.¹⁶¹ Obseg te materije še dodatno širijo generalne določbe na področju človekovih pravic, ki za vsakokratno urejanje materije zahtevajo obliko zakona. Vsa ta področja so torej rezervirana za urejanje v zakonu in jih ustavodajalec brez ustrezne spremembe Ustave ne more urediti v materialnem ustavnem zakonu ali drugem materialnem ustavnem aktu.

¹⁶¹ To so člani 3a, 5, 6, 12, 19, 20, 23, 24, 26, 28, 30, 32, 36–39, 42–44, 46, 48, 50–54, 56, 58, 62, 64–75, 77, 79, 80, 82, 90, 95, 96, 98, 114, 120, 122–124, 126–129, 132, 133, 135–137, 139–143, 145, 147–150, 152, 158, 159–164 in 166.

Pokaže se, da od načelne svobode slovenskega ustavodajalca, da na ustavni ravni uredi, kar ga je volja, *de lege lata* ne ostane prav veliko. Kadar želi Državni zbor določeni materiji zagotoviti posebno mesto, ga sedaj veljavni sistem splošnih pravnih aktov v slovenskem pravnem redu v ničemer ne ovira. Tako lahko temeljne in izhodiščne določbe vključi v Ustavo, druge pa uredi s kvalificiranim ali navadnim zakonom. Do danes ni bilo videti tehtnih razlogov, ki bi narekovali poseg v tovrstno urejanje materije in sistematiko splošnih pravnih aktov. Menim, da sedanja ureditev daje zadosten in ustrezen okvir za normiranje temeljnih razmerij.

Ureditev pravne podlage za sprejem materialnih ustavnih zakonov je *de lege ferenda* nezaželena tudi iz drugih razlogov. Do kakšnega položaja pripelje vzporedno normiranje na ustavni ravni, nam lepo pokažejo naša zgodovina uporabe amandmajev ter avstrijski ustavni zakoni in ustavne določbe znotraj navadnih zakonov. Čim skromnejše urejanje stvarine z materialnim ustavnim aktom, ločenim od Ustave, v korist zakona je umestno tudi zaradi ustavnega položaja zakona (posebej zaradi ustavnosodne kontrole in zagotavljanja višje stopnje demokratičnosti postopka). Poleg tega je pomembno tudi ohranjanje koherentnosti ustavne materije. Slabosti, ki jih inherentno vsebuje tehnika amandmiranja, niso tuje niti ustavnemu redu, ki ustavo dopolnjuje (in toliko bolj spreminja) s samostojnimi, navadno naknadnimi materialnimi ustavnimi akti. Pokažejo se lahko neskladja in kolizije med ustavnimi normami, ki jih je z interpretacijo težko razrešiti, v skrajni obliki pa celo vzporedni ustavni sistemi. Z navedenim se občutno zmanjšata pravna varnost in predvidljivost, lahko pa se tudi oslabi trdnost ustavne ureditve.

Doslej se je ustavodajalec zavestno izogibal sprejetju materialnega ustavnega zakona.¹⁶² Če bi se zanj oz. za kak drug materialni ustavni akt nekoč vendarle odločil, bi dosledno spoštovanje načela pravne države in izhodiščnosti Ustave¹⁶³ zahtevalo, da bi zanj v Ustavi uredil ustrezno pravno podlago. Ob taki spremembi Ustave bi bilo smiselno natančneje razmisliti tudi o uveljavitvi ustavne določbe (in njenih posledic), ki bi Ustavi (tudi pravnoformalno) zagotovila izhodiščnost.

¹⁶² Kaučič, komentar k 169. členu Ustave, v: L. Šturm, nav. delo (2011), str. 1540, št. 4.

¹⁶³ Ustava je izhodiščna, središčna in najvišja točka pravnega reda. M. Pavčnik, nav. delo (2011), str. 228, 229.

Literatura

- Beneška komisija Sveta Evrope: Mnenje o spremembi ustave glede volitev v Državni zbor v Republiki Sloveniji z dne 13. in 14. oktober 2010, v: *Pravna praksa*, 19 (2000) 33, str. IX–XV, priloga.
- Bojan Bugarič: *Temeljna načela v Ustavi SR Slovenije*. Diplomsko delo, Pravna fakulteta Univerze v Ljubljani, Ljubljana 1990.
- Georges Burdeau, Francis Hamon, Michel Troper: *Droit constitutionnel*. 26. izdaja, L. G. D. J., Pariz 1999.
- Miro Cerar: Ob prvi spremembi ustave RS, v: *Pravna praksa*, 16 (1997) 14–15, str. 1–2.
- Miro Cerar, Gorazd Perenič (ur.): *Nastajanje slovenske ustave: izbor gradiv Komisije za ustavna vprašanja 1990–1991*. Zvezek I–III, Državni zbor Republike Slovenije, Ljubljana 2001.
- Miro Cerar, Aleš Novak in drugi (ur.): *Ustavne razprave: izbor gradiv Državnega zbora Republike Slovenije 1996–1997*. I. knjiga, Državni zbor Republike Slovenije, Ljubljana 2004.
- Vlad Constantinesco, Stéphane Pierré-Caps: *Droit constitutionnel*. 1. izdaja, Presses universitaires de France, Pariz 2004.
- Harald Eberhard, Konrad Lachmayer: *Constitutional Reform 2008 in Austria*, v: *Vienna Online Journal on International Constitutional Law*, (2008) 2, str. 112–123.
- Franc Grad: *Meje zakonskega urejanja organizacije državne oblasti*, v: *Javna uprava*, 35 (1999) 4, str. 607–618.
- Franc Grad: *Parlament in vlada*. Uradni list Republike Slovenije, Ljubljana 2000.
- Franc Grad: *Volitve in volilni sistem*. Uradni list Republike Slovenije, Ljubljana 2004.
- Ana Horvat: *Autohtone nacionalne manjine i ustavne promjene 2009–2010*, v: *Zbornik Pravnog fakulteta v Zagrebu*, 60 (2010) 2, str. 555–585.
- Peter Jambreč: *Ustavna demokracija: graditev slovenske demokracije, države in ustave*. Državna založba Slovenije, Ljubljana 1992.
- Miodrag Jovičić: *O ustavu: teorijsko-komparativna studija*. Institut za uporedno pravo, Savremena administracija, Beograd 1977.
- Igor Kaučič (ur.): *Nova ustavna ureditev Slovenije: zbornik razprav*. Uradni list Republike Slovenije, Ljubljana 1992.
- Igor Kaučič: *Ustavni zakon v slovenskem ustavnem sistemu*, v: *Zbornik znanstvenih razprav*, 61 (2001), str. 121–138.

- Igor Kaučič: Pravo in ustavne reforme, v: Javna uprava, 43 (2007) 3–4, str. 29–46.
- Igor Kaučič, Franc Grad: Ustavna ureditev Slovenije. 5. spremenjena in dopolnjena izdaja, 1. natis, GV Založba, Ljubljana 2008.
- Igor Kaučič: Pravna narava preambule ustavnega zakona, v: Javna uprava, 48 (2012) 3–4, str. 5–28.
- Igor Kaučič (ur.): Ustava Republike Slovenije. Osma, dopolnjena izdaja, GV Založba, Ljubljana 2013.
- Neža Kogovšek Šalamon: Izbrisani. Predlog ustavnega zakona kot negacija pravne države, v: Časopis za kritiko znanosti, domišljijo in novo antropologijo, 35 (2007) 228, str. 177–193.
- Neža Kogovšek Šalamon: Izbris in (ne)ustavna demokracija. GV Založba, Ljubljana 2012.
- Ivan Kristan: Meje ustavnosodne kontrole, v: Zbornik znanstvenih razprav, 60 (2000) 1, str. 199–230.
- Ingo von Münch, Philip Kunig, Andreas von Arnould: Grundgesetz Kommentar, Band 2, Art, 70 bis 146. 6. predelana izdaja, C. H. Beck, München 2012.
- Staša Nunič: Ustavnosodna presoja ustavnega zakona. Diplomsko delo, Pravna fakulteta Univerze v Ljubljani, Ljubljana 2009.
- Jasna Omejec: Kontrola ustavnosti ustavnih norm (ustavnih amandmana i ustavnih zakona), v: Godišnjak Akademije pravnih znanosti Hrvatske, 1 (2010) 1, 4. poglavje.
- Marijan Pavčnik: Glose o zlorabi pravnega pozitivizma, pravne oblike in prepovedi zlorabe pravice, v: Podjetje in delo, 2010, str. 1070–1076.
- Marijan Pavčnik: Teorija prava: prispevek k razumevanju prava. 4., pregledana in dopolnjena izdaja, 1. natis, zbirka Pravna obzorja, GV Založba, Ljubljana 2011.
- Leonid Pitamic: Država. GV Založba, Ljubljana 2009.
- Poročevalec Skupščine Republike Slovenije in Skupščine SFR Jugoslavije za delegacije in delegate XVI. (1990) 17. Skupščina SR Slovenije.
- Poročevalec Skupščine Republike Slovenije XVII (1991) 30. Skupščina Republike Slovenije.
- Lucas Prakke, Constantijn Kortmann (ur.): Constitutional Law of 15 EU Member States. Kluwer, Deventer 2004.
- Ciril Ribičič: Ustavnopравни vidiki osamosvajanja Slovenije. Uradni list Republike Slovenije, Ljubljana 1992.
- Ciril Ribičič: Evropsko pravo človekovih pravic: izbrana poglavja. Pravna fakulteta Univerze v Ljubljani, Ljubljana 2007.

- Ciril Ribičič: Človekove pravice in ustavna demokracija. Študentska založba, Ljubljana 2010.
- Ciril Ribičič: Moč in nemoč ustavnega zakona v Sloveniji, v: *Pravna praksa*, 30 (2011) 26, str. 6–10.
- Jean-Jacques Rousseau: Družbena pogodba. 2. prirejena izdaja, prevod Maksa Veselka, Krtina, Ljubljana 2001.
- Wojciech Sadurski (ur.): *Constitutional Theory*. Ashgate/Dartmouth, Aldershot, Burlington 2005.
- Miha Schnabl: Analiza ustavnih zakonov sprejetih v Republiki Sloveniji. Diplomsko delo, Pravna fakulteta Univerze v Ljubljani, Ljubljana 2011.
- Smiljko Sokol, Branko Smerdel: *Ustavno pravo*. Informator, Zagreb 1998.
- Manfred Stelzer: *The Constitution of the Republic of Austria: A Contextual Analysis*. Hart, Oxford/Portland (Oregon) 2011.
- Borut Šinkovec, Franc Grad [predgovor]: Integralno besedilo Ustave Socialistične federativne republike Jugoslavije in amandmajev I do XLVIII k ustavi SFRJ. Uradni list SR Slovenije, Ljubljana 1989.
- Lovro Šturm (ur.): *Komentar Ustave Republike Slovenije*. Fakulteta za podiplomske državne in evropske študije, Ljubljana 2002.
- Lovro Šturm (ur.): *Komentar Ustave Republike Slovenije: dopolnitev – A*. Fakulteta za podiplomske državne in evropske študije, Kranj 2011.
- Andraž Teršek: Ustavnopravna strnjenka problema izbranih, v: *Pravna praksa*, 27 (2008) 49–50, str. II–VIII, priloga.
- Andraž Teršek: *Ustavna demokracija in vladavina prava: ustavnopravni eseji*. Fakulteta za matematiko, naravoslovje in informacijsko tehnologijo, Koper 2009.
- Andraž Teršek: Ustavni zakon je lahko protiustaven, v: *Pravna praksa*, 30 (2011) 24–25, str. 41.
- Venice Commission of the Council of Europe, Opinion on the Constitutional Amendments concerning Legislative Elections in the Republic of Slovenia from 13th and 14th October 2000). <www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-INF%282000%29013-e> (1. 8. 2015).
- Venice Commission of the Council of Europe, Report on Constitutional Amendment, Study no. 469/2008 from 11th and 12th December 2009. <[www.venice.coe.int/webforms/documents/CDL-AD\(2010\)001.aspx](http://www.venice.coe.int/webforms/documents/CDL-AD(2010)001.aspx)> (1. 8. 2015).
- Boštjan M. Zupančič: Quis Custodiet Ipsos Custodes? Sestav ustavnih zavor in ravnovesij, v: Igor Kaučič (ur.): *Dvajset let Ustave Republike Slovenije*:

Pomen ustavnosti in ustavna demokracija. Ustavno sodišče Republike Slovenije, Ljubljana 2012, str. 209–232.

Miroslav Živković: Merilo ustava. Biblioteka Omladinske sveske, Istraživačko-izdavački centar SSO Srbije, Beograd 1987.

CHILD-FRIENDLY JUSTICE: CHILDREN IN THE EU LAW ON FREE MOVEMENT AND RELEVANT RULINGS OF THE ECJ

Ozan Turhan,

LL.M., Assistant Professor for European Union Law at the Law Faculty of Özyeğin University, Istanbul, Turkey

1. INTRODUCTION

Though the European Union (EU) is presently known not only for the creation of a strong economic block, but also as the guarantor of human rights and as an actor in the international political arena, at the onset of the European integration process only the economic integration of the Member States of the EU was a fixed entry on the EU's agenda. The basic idea behind the establishment of the main predecessor of the EU, the European Economic Community (EEC), was the creation of a common market for all production factors (goods, services, persons and capital), thereby boosting the efficient production of goods and services within the common market to the benefit of producers and consumers.¹ This 'internal market' was completed in 1992.² In the same year, the EU was founded by the Maastricht Treaty, a treaty the scope of which covered the EEC and other founding Treaties of the 1950s, but included also a number of new competences in policy areas such as foreign and security policy and justice and home affairs, and included notions such as EU fundamental rights and EU citizenship as part of EU law.³ This added a whole different dimension to the EU, and officially started a development that eventually helped creating the more social and political appearance of the EU as we know it today.

¹ Mathijsen and Dyrberg, *MATHIJSSENS'S GUIDE TO EUROPEAN UNION LAW* (11th ed.), Sweet and Maxwell, p. 239.

² White Paper from the Commission to the European Council (Milan, 28-29 June 1985). COM (85) 310 final.

³ Barnard, *THE SUBSTANTIVE LAW OF THE EU – THE FOUR FREEDOMS* (4th ed.), 230.

However, before the EU and its Member States were ready to take such a step, through case law of the Court of Justice of the European Union (ECJ) and secondary legislation this development that would transform the face of the EU had already been set in motion. The ECJ has played a vital role for the interpretation of the Treaty provisions on the creation and implementation of the common market, and it is mainly due to its teleological analysis that fundamental rights could become of relevance for the interpretation of the common market provisions. One would expect to be able to see the traces of this development best within the context of the free movement of persons, because of the human factor it involves; however, they can also be found in legislation and case law on the free movement of goods and services. This contribution will focus in particular on how the Court has nuanced its approach to the provisions on the right to free movement because of the involvement of a child.

2. THE CHILD FACTOR IN THE CONTEXT OF THE FREE MOVEMENT OF PERSONS

In line with the original idea behind the European integration project, namely that of the creation of the common market for the sake of a more efficient production throughout, the right to free movement of persons was made dependent on the economic activity of the moving person. Only those persons that would bring skills to the economy of the host Member State and that could thus support themselves financially could fall within the scope of the Treaty provision that regulated the right to free movement.⁴ Therefore workers should, according to the Treaty, be able to move freely from one Member State to another, and have rights of entry and residence in the host Member State and the right to take up employment on equal conditions as the domestic workers of a host Member State.⁵ Equally, the providers of economic services should be allowed to enter the host Member State and provide their services on the same footing as domestic service providers.⁶

2.1. The free movement of workers

Even though therefore the focus of the Treaty was on economic activities, early on it became clear that a worker's willingness to exercise his right to free movement also depended on the possibility of taking his family with him. This human aspect to the exercise of an economic right was taken into consideration

⁴ Weatherill, *CASES & MATERIALS ON EU LAW*, (11th ed.), 415.

⁵ Article 3(c) read in conjunction with Article 7 of the EEC Treaty (Treaty of Rome).

⁶ Hatzopoulos, *REGULATING SERVICES IN THE EUROPEAN UNION*, 137.

in 1968, when the Council adopted a Regulation specifying the supplementary rights to which the workers would be entitled when exercising their right to free movement.⁷ This Regulation provided, in relation to the subject of this contribution, that workers should be allowed to bring with them their children under the age of 21,⁸ and that those children should be admitted to the host Member State's general educational, apprenticeship and vocational training courses under the same condition as the nationals of that state.⁹ The aim of this Regulation was to encourage the workers to make use of their right to freedom of movement, by guaranteeing them that they would be able to bring and integrate their spouses and children into the host Member State's society. Though the focus of the EU law on the free movement of workers did therefore not shift, the Regulation did provide children with specific rights that they would be able to enforce *themselves*.

In some cases, the independent right conferred to the child was interpreted by the Court in such a broad way as to derive a residence right for parents that no longer could be considered as 'worker' in the sense of the Treaty. The fact in the *Baumbast*¹⁰ case, for example, fit this bill. R, an American citizen, moved to the UK with her French husband, who had found a job in the UK. The couple got two children who received US citizenship, then they divorced. Because of the divorce, US citizen R lost her right to residence that she previously derived from her French husband's right of residence. When the authorities wanted to deport her and her children from the UK she appealed the decision, and the appeal was referred to the ECJ for a preliminary ruling. The Court, interpreting Article 12 of the Regulation, found that the children, despite their US citizenship and despite the divorce of their parents, remained the children of a EU national who had been, but since ceased to be, a migrant worker in the host Member State, and that these children were therefore entitled to pursue their education in the host Member State, accompanied by the person who is their primary carer. To decide otherwise would mean an interference with the child's right to pursue his studies in the host Member State, according to the Court. Thus, whereas the children's right of access to general education under Regulation 1612/68 was

⁷ Regulation (EEC) No 1612/68 of the Council of 15 October 1968 on the freedom of movement for workers within the Community; the same material is now regulated in Regulation 492/2011, OJ [2011] L141/1.

⁸ In contrast to the laws of the Member States, therefore, and for the purposes of the application of the rights related to the right to free movement of persons, EU law treats descendants as 'dependent' on their parents until the age of 21. This approach has been maintained throughout, see e.g. Directive 2004/38 (Residency Directive).

⁹ Regulation (EEC) No 1612/68, Articles 11 and 12.

¹⁰ ECJ, *Baumbast and R. v Secretary of State for the Home Department*, C-413/99, [2002] ECR I-7091.

originally derived from the economic activities of the worker-parent, in *Baumbast* the scope of the Regulation was extended to cover not only the children of an EU citizen that could no longer be considered as a worker, but also the residency right of the non-EU citizen primary carer of the children.

Similarly in *Ibrahim*,¹¹ a Somali national, was married to a Danish citizen who had worked in the UK for a period of 8 months. Mrs. Ibrahim had moved, together with the couple's four children, to the UK while her husband was working there. The couple then separates and Mrs. Ibrahim applies for social assistance in the form of housing benefits, in order to house her four children and herself. However, in between Mrs. Ibrahim coming to the UK and her applying for housing benefits, a new legal instrument regulating residence in EU Member States had been introduced. According to this new Directive, rights of residence of non-economically active can be made conditional on the person concerned having sufficient resources and comprehensive sickness insurance cover in the host Member State.¹² The UK authorities therefore claimed that Mrs. Ibrahim no longer fulfilled the conditions for legal residence according to EU law. The Court however ruled that the new Directive did not affect the rights of the children who are in education in accordance with Regulation 1612/68, and the derived right of their parent who is their primary carer, and that the right of residence of their primary carer can therefore not be made conditional on this person having sufficient resources and a comprehensive sickness insurance cover.¹³

These two cases, *Baumbast* and *Ibrahim*, thus show us that EU legal instruments that initially aimed at supporting the right of movement of the economically active developed, through purposive interpretation of the Court of Justice, into instruments that conferred and protected an extensive spectrum of rights to education and residence to children and their carers, even when the nexus to the economically active person has ceased to exist. Such children and their parents would not have been able to base such a right on the Treaty provisions on the free movement of persons as they were present at the time of the Court's rulings.

2.2. The free movement of service providers

But not only in the context of the free movement of workers has the involvement of children lead to an extension of the scope of the protection of EU law

¹¹ ECJ, *Ibrahim* and Secretary of State for the Home Department, C-310/08, [2010] ECR I-1065.

¹² Article 7, Directive 2004/38 on the right of citizens of the Union and their family members to move and reside freely within the territory of the Member States, [2004] OJ L158/77.

¹³ ECJ, *Ibrahim*, para 57.

with regard to the creation and implementation of the common market. The Court has also interpreted the provisions regulating the freedom to provide services in cases involving children in creative ways. A typical example of this approach is found in the Court's decision in *Carpenter*,¹⁴ in which the involvement of children again led the Court to decide in favor of a third country national who was in danger of being deported. Mr. Carpenter, a UK national who provided sold advertising space in journals to customers based in other Member States and was therefore considered as service provider, married a Philippines national when she was already overstaying her visa to the UK. Since she was illegally residing in the UK at the time of their marriage, the UK authorities decided that the marriage with a UK citizen would not entitle her to a leave to remain in the UK, and she would therefore be deported. Mrs. Carpenter reasoned however that if she would be forced to leave, she could no longer take care of Mr. Carpenter's kids from a previous marriage, and that Mr. Carpenter could therefore not continue with the provision of services as he was used to doing. The Court of Justice of the EU agreed with the Carpenters' argument, and found that *'the separation of Mr and Mrs Carpenter would be detrimental to their family life'*,¹⁵ and therefore, to the conditions under which Mr Carpenter exercises the fundamental freedom to provide services as protected by EU law. Furthermore, the Court ruled that *'the removal of a person from a country where close members of his family are living may amount to an infringement of the right to respect for family life'* – *'Mrs. Carpenter continues to lead a true family life [...], in particular by looking after her husband's children from a previous marriage'*.¹⁶

Thus, the fact that Mrs Carpenter had taken over the care of Mr Carpenter's children, and that these children would therefore be again in the care of Mr Carpenter in case his wife would be deported, and that this would seriously hinder Mr Carpenter in traveling to other Member States of the EU to provide services there – which is his right according to the fundamental principles on which the single market is founded – was reason enough for the Court to decide that the deportation of Mrs Carpenter would hinder Mr Carpenter's ability to provide services in other Member States. Mrs Carpenter should therefore be allowed to stay and continue to take care of Mr Carpenter's children. If it would not have been for the children, the Court might have taken another view on the existence of a link between Mrs Carpenter's deportation and Mr Carpenter's ability to continue to provide services throughout the EU.¹⁷

¹⁴ ECJ, *Mary Carpenter v. Secretary of State for the Home Department*, Case C-60/00, [2002] ECR I-06279.

¹⁵ ECJ, *Carpenter*, para 39.

¹⁶ *Ibid.*, paras 42 and 44.

¹⁷ Barnard (n 3), 237.

2.3. The free movement of EU citizens post-Maastricht

Whereas the original founding Treaties were thus concerned with the facilitation of the free movement of persons who could fulfill a role as production factor (labor or services) in the host Member State, with the coming into force of the Maastricht Treaty in 1993 another dimension was added to the free movement of persons. Post-Maastricht, Article 8a of the EC Treaty¹⁸ provided for the right to move and reside freely within the territory of the Member States to every citizen of the Union,¹⁹ subject to the limitations and conditions laid down in the Treaty and secondary EU law. Based on this Article therefore, not only economically active persons but all citizens of Member States of the EU were principally allowed to move to and reside in another Member State of the EU. Nevertheless, secondary EU law in the form of three so-called 'residence' Directives²⁰ made the right to residence subject to requirements of adequate health insurance and sufficient financial resources. Therefore, even though the Maastricht Treaty seemed to make an end to the economical nexus, free movement rights were still mostly restricted to persons also moving in order to engage in some kind of economic activity, and in that way contribute to the economic growth of the host Member State.²¹ According to the residence Directives, those economically inactive persons that still wanted to move to and reside in another Member State needed to prove, if they were not able or willing to contribute to the economy of the host Member State, that they would at least not become an '*unreasonable burden*' on the public finances of the host Member State.²²

Member States were not all that keen on receiving economically inactive EU citizens in their territory, and they preferred a restrictive interpretation of these persons' right to move and reside within the EU. Therefore, it was again the Court that gave real meaning to the rights of EU citizens through the interpretation of these three Directives. Two of the Court's rulings regarding citizenship rights, in which the involvement of a child played a decisive role, will now be examined.

¹⁸ Article 18 EC post Amsterdam.

¹⁹ According to Article 8(1) EC (Article 17(1) EC post Amsterdam), every person holding the nationality of a Member State is considered to be a citizen of the Union. Citizenship of the Union complements and does not replace national citizenship.

²⁰ Directives 90/364, 90/365 and 90/366, on the right of residence, respectively the right of residence for employees and self-employed persons who have ceased their occupational activity, respectively the right of residence for students. Directive 90/366 was annulled and replaced by Directive 93/36 as the result of the Court decision in Case C-295/90, *Parliament v. Council*, [1992] ECR I-4193.

²¹ Tomkin, CITIZENSHIP IN MOTION, in *THE FIRST DECADE OF EU MIGRATION AND ASYLUM LAW*, Guild and Minderhoud (Eds.), p. 28.

²² ECJ, *Grzelczyk*, C-184/99, [2001] ECR I-6193, para. 44.

2.3.1. Chen

The first decision in the case of *Chen*²³ can be seen as a continuation of the line of interpretation the Court made use of in the case of *Baumbast*, discussed above. The facts in the *Chen* case were as follows; a Chinese couple, expecting a second child in breach of the official Chinese one-child policy, moved to Cardiff (Wales) and consequently to Northern Ireland for the purpose of giving birth to the baby there. Nationality laws in force in Ireland at the time of the birth of the baby enabled anyone born on the island of Ireland to acquire Irish nationality – and through that, EU citizenship. Baby Catherine thus obtained a right of entry and residence in any of the Member States of the EU, providing that she could prove that she had sufficient financial resources to remain in the host Member State. Though baby Catherine herself was not able to provide the authorities with such proof, the parents had already shown through earlier economic activities that they were well able to provide the baby with sufficient means. The parents further claimed that they, as primary carers of the baby, were entitled to residence alongside the baby, as it would be impossible for baby Catherine to exercise her EU citizenship rights if it wasn't for her parents taking care of her. The Court sided with the Chinese couple, and agreed that it was not necessary for the EU citizen to possess the financial resources personally, but that '*it is sufficient for the nationals of Member States to 'have' the necessary resources*',²⁴ whether possessed personally or through an accompanying family member. The Court furthermore found that indeed a refusal to allow the parents to reside with a minor EU citizen in the host Member State would deprive the child's right of residence of any useful effect.²⁵

The *Chen* case clearly strengthened the status of children as individual EU migrant citizens in their own right.²⁶ Thus, the Court's decision in *Chen* clearly underlines the departure from the economic nexus underpinning the entitlement to free movement, as a child is per se economically inactive.²⁷ Next to that, the Court turned the interpretation of 'dependency' in the residency Directives upside-down. Until *Chen*, it was the EU citizen that needed to prove to be in the possession of sufficient financial resources. This EU citizen's relatives in the ascending and descending line –to a certain limit as laid down Article

²³ ECJ, *Zhu and Chen v Secretary of State for the Home Department*, Case C-200/02, [2004] ECR I-9925.

²⁴ *Chen*, para. 30.

²⁵ *Chen*, para. 45.

²⁶ Stalford, *CHILDREN AND THE EUROPEAN UNION: RIGHTS, WELFARE AND ACCOUNTABILITY*, p. 72; see also pp. 48-49 in the same book.

²⁷ Stalford, *THE RELEVANCE OF EUROPEAN UNION CITIZENSHIP TO CHILDREN*, in Invernizzi and Williams, *CHILDREN AND CITIZENSHIP*, p. 165.

1(2)(b) of Directive 90/364 - that are depending on the EU citizen would then be allowed to enter and reside in the host Member State alongside the EU citizen. Since the parents were not dependent on the EU citizen, they could therefore not benefit from the protection of Article 1(2)(b) of the Directive, according to the UK authorities that sought to rebut the parents' claim to a right of residence. However, in *Chen* the EU citizen herself was dependent on her parents, and it was exactly this dependency on which the parents relied to underpin their right to remain with their child in the host Member State. The Court did not only agree with the parents, it went as far as to rule that *any* person primarily responsible for the care of the EU citizen in question is granted parallel rights of movement and residence, even if the primary carer is not a parent or a family member.²⁸ Thus, the *Chen* judgment of the Court can be said to have been truly ground-breaking in many respects.

2.3.2. Zambrano

The second case on economically inactive persons' right to free movement, and one in which the Court considerably broadened the scope of the protection of the rights that an EU citizen child is an individual bearer of, is the case of *Ruiz Zambrano*.²⁹ In 1999, a Columbian couple and their first child entered Belgium on a visitor's visa. On arrival, the father applied for asylum; this application was however denied. Despite the denial, the family was allowed to continue to live in Belgium, due to the ongoing civil war in Colombia. Even though the father did not have a work permit, he eventually secured a job, and was able to provide for his family. Even though the father at regular intervals made applications to the authorities to have his residency and employment legalized, these applications and the appeals of negative decisions of the authorities were all in vain. The couple had two more children in 2003 and 2005, who automatically acquired Belgian nationality at birth by virtue of Belgian law that was applicable at the time. When Mr. Zambrano lost his job and applied for unemployment benefits in 2005, this application was refused based on the argument that the working days that he relied on for the purpose of completing the qualifying period for unemployment benefit were not completed as required by the applicable legislation, since he had not been in possession of a work permit, and had not been a legal resident of Belgium. Mr Zambrano argued, however, that the Court in *Chen* had decided that parents of a minor child who is a national of a Member State have the right to reside with their children.

²⁸ Chalmers, Davies and Monti, *EUROPEAN UNION LAW: TEXT AND MATERIALS*, p. 498.

²⁹ ECJ, *Zambrano v Office national de l'emploi*, Case C-34/09, [2011] ECR I-01177.

The facts of the *Zambrano* case are different from the *Chen* case as one of the main preconditions for the applicability of the residency Directives (that were, at the time of *Zambrano*, replaced by a single Citizenship Directive³⁰), namely the cross border element of the legal situation, was missing. In most cases, the EU citizen can only claim rights provided to him by EU law when EU law is applicable as a result of his use of one of the four freedoms provided by the Treaties. In case of the secondary EU law regarding EU citizens' rights to move and reside in other Member States of the EU, the law provides that only '*Union citizens who move to or reside in a Member State other than that of which they are a national, and [...] their family members who accompany or join them*' may benefit from its provisions on entry and residence rights. It was for this reason that the *Chen* family had given birth to baby Catherine in Northern Ireland and consequently moved from there to the UK, in order as to secure EU citizenship and furthermore the applicability of EU law to baby Catherine.³¹ The facts in *Zambrano* were however of a nature that did not allow for the application of the Directive. Even though the *Zambrano* children had acquired EU citizenship through birth in Belgium, they had not made use of their EU rights to free movement when the case was referred to the Court.³²

Though the Court for this reason excluded the applicability of the Citizenship Directive to Mr. *Zambrano*, it continued to examine whether he might derive a right of residence from the EU citizenship of the children on its own. According to Article 20 TFEU namely, national authorities are precluded from taking any measures which have the effect of depriving citizens of the Union of the genuine enjoyment of the substance of the rights conferred by virtue of their status as citizens of the Union. Considering the fact that the *Zambrano* children because of their dependency on their parents would have to leave the territory of the Union in case their parents would not be allowed to reside with them, the children would be practically unable to use any of the rights provided to them as EU citizens.³³

It is obvious that the fact that the *Zambrano* case concerned minors as individual bearers of EU rights has been of decisive influence on the ruling of the Court.³⁴ A more recent case based on similar facts, in which however no children were involved, has not been decided in favor of the applicants. In

³⁰ Directive 2004/38 on the right of citizens of the Union and their family members to move and reside freely within the territory of the Member States, [2004] OJ L 158/77.

³¹ ECJ, *Chen*, para. 11.

³² ECJ, *Zambrano*, para. 39.

³³ ECJ, *Zambrano*, paras 42–45.

³⁴ Hailbronner and Thym, *ZAMBRANO CASE OPINION*, (2011) 48 CML Rev. 1253

Dereci et al.,³⁵ five non-EU citizens had entered Austria legally or illegally and had (established) family ties with Austrian citizens; one of the applicants, Mr. Dereci, had married an Austrian citizen and the couple had three children with Austrian nationality. Austria decided to expel all five applicants, and argued the applicants could not rely on the Citizenship Directive since the Union citizens with whom the applicants had family ties had not exercised their right of free movement. The Court agreed with the argument of the Austrian authorities, and further ruled that, considering the particular facts of the case, a refusal to grant a right of residence to the non-EU citizen family members of the EU citizens in question where the EU citizens are not dependent on the non-EU citizen does not lead to a situation in which the Union citizen has to leave the territory of the Union.³⁶ Therefore, the Austrian authorities' refusal to allow the non-EU citizens to reside in Austria was regarded by the Court as being in line with EU law, in as far as it did not deny the EU citizen family members of those non-EU citizens the genuine enjoyment. In this regard, the Court specified that *'the mere fact that it might appear desirable to a national of a Member State, for economic reasons or in order to keep his family together in the territory of the Union, for the members of his family who do not have the nationality of a Member State to be able to reside with him in the territory of the Union, it is not sufficient in itself to support the view that the Union citizen will be forced to leave Union territory if such a right is not granted'*.³⁷ The Court then leaves it to the national court to decide whether the refusal of a right of residence undermines the right to respect for private and family life as provided for in Article 7 of the EU Charter of Fundamental Rights, or, in case EU law is deemed not to be applicable, Article 8(1) of the ECHR. The ECtHR in its turn has however previously decided that where family life can be exercised outside the Party's territory, the expulsion of a family member will not be disproportionate unless strong reasons of long-term presence, integration etc. speak against the expulsion.³⁸ It follows therefore from the ruling of the Court in *Dereci* and consequent cases³⁹ that the involvement of a minor EU citizen who is fully dependent on her carers for the (potential) exercise of his rights as an EU citizen has been the crucial factor that made the Court decide in favor of the applicants in *Zambrano*.

³⁵ ECJ, *Dereci et al. v. Bundesministerium fuer Inneres*, Case C-256/11, 15 November 2011.

³⁶ ECJ, *Dereci*, paras 65–69.

³⁷ ECJ, *Dereci*, para. 68.

³⁸ See, e.g. ECtHR, *Maslov v. Austria*, (Appl. No. 1638/03), judgment of 23 June 2008, paras 71–74.

³⁹ See, similarly, ECJ, *Iada v Stadt Ulm*, Case C-40/11, discussed in detail in Shuibhne, *THE COHERENCE OF EU FREE MOVEMENT LAW*, pp. 132–138.

2.3.3. Involvement of minors in cases on the free movement of persons

The above analysis of case law of the European Court of Justice over the years leads to the conclusion that the Court is willing to stretch the limits of the interpretation of applicable primary and secondary EU law where minors are involved. The extension of the scope of the protection provided by EU law primarily only benefitted the children themselves, by considering them as individual bearers of rights independent of the status of their parents as worker or service provider within the scope of EU law. Through subsequent case law, the scope of the protection was gradually broadened to the present status in which it also encapsulates their non-EU citizen parents/carers, to the extent necessary to guarantee that the children can practice the rights that are theirs through their EU citizenship. The element that all these decisions had in common is that the Court was asked to interpret the applicable EU law in cases which involved the rights of minors, in which cases the Court has shown itself to be sensitive to the special needs of these minors. Therefore the attitude of the Court of the European Union, which has its roots so firmly in economic integration, can despite its origins be said to be indeed child-friendly in cases concerning the free movement of persons.

3. THE CHILD FACTOR IN THE CONTEXT OF THE FREE MOVEMENT OF GOODS

Whereas the impact of the human factor in the Court's decisions in cases on free movement of persons might not come as a complete surprise, it is not only in cases which involve the free movement of persons, but also in the ambit of the free movement of goods that the Court is open to an interpretation of EU law that is receptive to the needs of children.

3.1. Free movement of goods in a nutshell

As already described in short above, the EU integration project is based on the idea of the creation of an internal market in which goods, economically active persons, services and capital can move freely within the territory of the EU as if it were one domestic market. With regard to the free movement of goods, the Treaty provides in its present form that custom duties and quantitative restrictions on imports and exports between Member States, and all measures having equivalent effect to such duties and restrictions, are strictly prohibited.⁴⁰ The Treaty does not provide for an exception to the prohibition of customs duties

⁴⁰ Articles 28, 30, 34 and 35 TFEU.

and charges having equivalent effect, and the Court has until now applied the proscription of the Treaty strictly.⁴¹ The Treaty does provide for an exception to the prohibition of quantitative restrictions and measures having equivalent effect in Article 36 TFEU, which provides that where such is necessary for the public good, quantitative restrictions and measures having equivalent effect may be justified subject to certain conditions. Next to the Treaty-based exception of Article 36 TFEU, the Court has created a case-law based exception to the prohibition. The need for this extra exception was created by the broad interpretation of the prohibition of measures having equivalent effect to quantitative restrictions, which according to the Court's interpretation includes all State measures which are capable of hindering, directly or indirectly, actually or potentially, trade between the Member States.⁴² Due to the narrow construction of Article 36 TFEU and the broad interpretation of the prohibition, objectively justifiable and beneficial measures would also fall within the scope of the prohibition. Therefore, the Court constructed an exception next to the exception provided by Article 36 TFEU, and ruled that also measures inspired by other important mandatory requirements or public policy such as consumer protection, environmental protection and fundamental rights could, under the same conditions as apply to the condition of Article 36 TFEU,⁴³ be justifiable. One of these conditions is that the measures can only be justified if the public policy objective served by the measure cannot be attained by measures that affect the trade between Member State to a lesser degree.⁴⁴ Another condition is that the measure should not be discriminatory, even though discriminatory measures that are objectively justifiable may benefit from the exceptions according to Article 36 TFEU.⁴⁵ These conditions are applied in all cases in which a Member State tries to justify a measure which may hinder trade. The Court seems to be more lenient in cases that involve measures the

⁴¹ Oliver and Martinez Navarro, *FREE MOVEMENT OF GOODS*, in Barnard and Peers, *EUROPEAN UNION LAW*, p. 331.

⁴² ECJ, *Dassonville*, Case 8/74, [1974] ECR 837; consequent case law has repeated the 'Dasonville-formula' almost without exception in a number of variations of the actual wording of the formula, but to the same effect.

⁴³ Whereas initially the Court only applied the mandatory requirements to measures that were indistinctly applicable (or 'non-discriminatory'), more recent case law has shown that the Court has begun to treat the mandatory requirements in the same way as the Treaty based exception of Article 36 TFEU; see e.g. ECJ, *Commission v. Austria*, Case C-320/03, [2005] ECR I-9871; and ECJ, *Gysbrechts*, Case C-205/07, [2008] ECR I-9947.

⁴⁴ ECJ, *De Peijper*, Case 104/75, [1976] ECR 613.

⁴⁵ Article 36 TFEU provides that 'arbitrary discrimination' may not be justified, which leads to the conclusion that discriminatory measures that are objectively justifiable may still benefit from the exceptions of the Article.

Member State claims to have taken for the protection of the child, as we can see especially in two exceptional cases that will now be analyzed.

3.2. De Agostini and Dynamic Medien

In the first case, *De Agostini*,⁴⁶ the Court was asked to rule on the compatibility of a Swedish law that prohibited advertisements directed at children of less than 12 years old with the Treaty provisions on the free movement of goods and the secondary EU law on the broadcasting of audiovisual material in the EU.⁴⁷ The Court first ruled that with regard to the compatibility of the broadcasting of audiovisual material Member States were not allowed to apply additional rules to audiovisual material that was legally broadcasted by service providers established in another Member State, as was the case in the *De Agostini*, where the application of the Swedish law caused content broadcasted by a UK broadcaster to be banned from Swedish television. However, the Court continued to rule that even though the measure, which deprived a trader of the only effective form of promotion which would have enabled it to penetrate a national market could indeed be regarded as a measure having equivalent effect to a quantitative restriction, the Swedish legislator could still adopt and apply legislation laying down more strict rules for television broadcasters established in their own territory, as long as this would be in line with the Treaty provisions on the free movement of goods. The Court therefore left it to the national court to decide whether the infringement of the free movement of goods contained in the law could be justified on the grounds of protection of the interest of the child.

The more recent Court ruling in the second case, *Dynamic Medien*,⁴⁸ can be regarded as more openly recognizing the interest of the child as a mandatory requirement. The case concerned a German law on the protection of children. The law prohibited the sale by mail of DVDs, unless these DVDs had been previously examined and classified per suitable age group by German authorities. Since the examination and classification of goods in Germany that were already legally in circulation in other Member States made import more difficult and expensive, the Court first found that the German law constituted a measure having an equivalent effect of a quantitative restriction. However, the Court continued to find that the protection of children against information and material injurious to their wellbeing was a legitimate aim, and one that was also recognized by various international legal instruments to which the

⁴⁶ ECJ, *Konsumen-Ombudsmannen v De Agostini*, Case C-34/95, [1997] ECR I-3843.

⁴⁷ Audiovisual Media Services Directive, 2010/13/EU (present form).

⁴⁸ ECJ, *Dynamic Medien*, Case C-244/06, [2008] ECR I-505.

Member States are bound. Therefore, and considering the fact that the German law did not go beyond what was deemed necessary to attain this legitimate aim, the Court found the national measure to be in line with the Treaty. The decision in *Dynamic Medien* is indeed an exceptional decision, especially since the principle of mutual recognition, which proscribes that goods legally in circulation in some Member States should also be allowed to circulate freely in other Member States, is one of the cornerstones of the internal market. No doubt the reason behind this remarkable stance of the Court is the fact that the protection of children was at the heart of this case.⁴⁹

4. CONCLUSION

Throughout the decades, the European Court of Justice has developed from a Court that was competent to deal with issues strictly related to economic integration to a Court that protects also fundamental human rights. However, even before this development had been put in motion, the Court has taken decisions that were inspired by a deeply human approach to laws that regulated economic relations. This can perhaps best be seen in the decisions in which the Court was asked to interpret EU law to cases that involved the protection of the rights of children. Even when EU law on the face of it disregarded the human aspect of the economic integration, the Court has found ways in which to provide for the protection of children. Therefore, the title of this contribution should perhaps have been ‘Child-friendly Judges’ instead of ‘Child-friendly Justice’. It is to be hoped that the approach of the EU will however be more child-friendly and consolidated now that the EU has officially embraced its own instruments of fundamental rights protection, and is on the brink of accession to the ECHR.

Bibliography

- Barnard, *THE SUBSTANTIVE LAW OF THE EU – THE FOUR FREEDOMS* (4th ed.), Oxford University Press, Oxford, 2014.
- Chalmers, Davies and Monti, *EUROPEAN UNION LAW: TEXT AND MATERIALS* (3rd Ed.), Cambridge University Press, Cambridge 2014.

⁴⁹ Garde, *THE BEST INTERESTS OF THE CHILD*, in Devenney and Kenny (Eds), *EUROPEAN CONSUMER PROTECTION*, pp. 177–179; Also Stalford, p. 173.

- Garde, *THE BEST INTERESTS OF THE CHILD*, in Devenney and Kenny (Eds.), *EUROPEAN CONSUMER PROTECTION – THEORY AND PRACTICE*, Cambridge University Press, Cambridge 2012.
- Hatzopoulos, *REGULATING SERVICES IN THE EUROPEAN UNION*, Oxford University Press, Oxford 2012.
- Hailbronner and Thym, *ZAMBRANO CASE OPINION*, (2011) 48 CML Rev. 1253.
- Mathijssen and Dyrberg, *MATHIJSENS’S GUIDE TO EUROPEAN UNION LAW* (11th Ed.), Sweet and Maxwell, London 2013.
- Oliver and Martinez Navarro, *FREE MOVEMENT OF GOODS*, in Barnard and Peers, *EUROPEAN UNION LAW*, Oxford University Press, Oxford 2014.
- Shuibhne, *THE COHERENCE OF EU FREE MOVEMENT LAW*, Oxford University Press, Oxford 2013.
- Stalford, *CHILDREN AND THE EUROPEAN UNION: RIGHTS, WELFARE AND ACCOUNTABILITY*, Hart Publishing, London 2012.
- Stalford, *THE RELEVANCE OF EUROPEAN UNION CITIZENSHIP TO CHILDREN*, in Invernizzi and Williams, *CHILDREN AND CITIZENSHIP*, Sage Publications, London 2008.
- Tomkin, *CITIZENSHIP IN MOTION*, in *THE FIRST DECADE OF EU MIGRATION AND ASYLUM LAW*, Guild and Minderhoud (Eds.), Martinus Nijhoff, Leiden 2011.
- Weatherill, *CASES & MATERIALS ON EU LAW*, (11th ed.), Oxford University Press, Oxford, 2014.

OTROKU PRIJAZNO PRAVOSODJE: PRAVICA OTROKA DO PROSTEGA GIBANJA V EVROPSKEM PRAVU IN SODNI PRAKSI

Ozan Turhan,

doktor pravnih znanosti, docent, habilitiran za pravo Evropske unije na Pravni fakulteti Univerze Özyeğin, Istanbul, Turčija

Sodišče Evropske unije je že v času, ko je bilo pristojno zgolj za sprejem odločitev, povezanih z Evropsko unijo kot ekonomsko integracijo, sprejemalo odločitve, ki so bile navdahnjene z izrazito humanim pristopom pri uporabi prava Evropske Unije. Sodišče Evropske unije je igralo pomembno vlogo pri razlagi določb Pogodbe glede oblikovanja in razvoja skupnega trga Evropske unije. Teleološka metoda za razlago pravil o skupnem trgu pa je botrovala, da so temeljne človekove pravice postale pomemben dejavnik te razlage.

Skozi desetletja je Sodišče Evropske unije v svoji praksi napravilo silovit razvoj. Od sodišča, ki je bilo sprva pristojno zgolj za odločitve v zvezi z ekonomsko integracijo, se je Sodišče Evropske unije z leti razvilo v sodišče, ki je postalo pristojno tudi za varstvo temeljnih človekovih pravic. Ta razvoj se najlepše kaže skozi sodne odločitve, v katerih je Sodišče interpretiralo pravo Evropske unije v zadevah glede varstva prostega pretoka ljudi, čeprav so sledi tega razvoj vidne tudi v sodni praksi glede prostega pretoka blaga in prostega pretoka storitev. Še prav posebej pa je ta razvoj viden v sodnih odločitvah, ki obravnavajo prost pretok otrok. Pričujoči prispevek se zato osredotoča na sodno prakso, ki kaže, kako je sodišče prilagajalo splošna pravila Evropske unije o prostem pretoku prav iz razloga, ker je bil v pravnem razmerju udeležen otrok. Navkljub ekonomski usmerjenosti Pogodbe je namreč kmalu postalo jasno, da je delavčeva pripravljenost za uresničitev pravice do prostega gibanja odvisna predvsem od njegove možnosti, da v državo gostiteljico pripelje vse svoje družinske člane, ne samo partnerja.

Sodišče Evropske unije je s svojim holističnim pristopom k pravu Evropske unije postopoma prilagodilo pravila Evropske unije tako, da je zagotovilo varstvo svobodnega pretoka otrok. Sprva je to varstvo zagotavljalo s pomočjo pravil o prostem pretoku družinskih članov delavcev Evropske unije, pozneje s pomočjo pravil, po katerih so bili otroci kot sorodniki sedanjih in nekdanjih delavcev Evropske unije samostojni nosilci pravice do izobrazbe in pravice do bivanja, ter nazadnje s pomočjo pravil o državljanstvu Evropske unije, po katerih gredo otrokom načeloma enake pravice kot polnoletnim državljanom Evropske unije.

Tudi v zadevah, ko je pravo Evropske unije prezrlo človeški vidik ekonomske integracije, je sodišče vedno našlo pot, da je zavarovalo otroka. Primernejše od gesla Evropske unije in tega prispevka »Otroku prijazno pravosodje« bi zato bilo geslo »Otroku prijazen sodnik«. Upati je, da bo evropsko pravosodje zdaj, ko je Evropska unija na podlagi sodne prakse Sodišča Evropske unije razvila samostojne instrumente za varstvo temeljnih pravic, še bolj prijazno otroku in še bolj naklonjeno varstvu njegovih pravic v postopkih, ki ga zadevajo. To je še toliko bolj upati zdaj, ko bo Evropska unija tudi uradno zavezana spoštovati Evropsko konvencijo za varstvo človekovih pravic in temeljnih svoboščin.

PROBLEMATIKA PRAVNE UREDITVE ZOISOVIH ŠTIPENDIJ

Gaja Ana Pavliha,
diplomirana pravnica (UN)

1. UVOD

Neredko smo priče raznim negodovanjem nad ureditvijo štipendij v slovenskem pravnem redu. Kljub temu se zdi, da so očitki pogosto potisnjeni na stran in se pravna ureditev štipendij v ozadju iz leta v leto tiho spreminja, dopolnjuje in predvsem postaja strožja. Posledično se število Zoisovih štipendistov že nekaj let zmanjšuje, čemur – ob upoštevanju trenutne zakonodaje – ni videti konca. Menim, da je skrajni čas, da se obupani, vendar tihi glas štipendistov sliši dlje, kot se je doslej. To je tudi povod tega prispevka, katerega bistvo je kritična ocena sprememb zakonodaje na področju Zoisovih štipendij,¹ predvsem pa krivic, ki se dogajajo »starim štipendistom«. ² V ospredju prispevka bo predvsem presoja nove zakonske ureditve z vidika ustavnih načel. Pri tem velja poudariti, da se pri štipendijskemu razmerju na podlagi neoblastvenega izvajanja funkcije uprave zasleduje javni interes.³ Prav zato je treba tudi štipendijsko razmerje vrednotiti po enakih ustavnih in javnopravnih garancijah kot bolj klasične oblastvene ukrepe.

¹ Zoisova štipendija je ena od vrst štipendij, ki jih pozna slovenski pravni red. Podeljuje jih Javni sklad Republike Slovenije za razvoj kadrov in štipendije, pri čemer jo lahko pridobijo dijaki, študenti ali udeleženci izobraževanja odraslih. <www.sklad-kadri.si/si/stipendije/zois/> (19. 9. 2015).

² V prispevku z izrazom »stari štipendisti« označujem dijake in študente, ki so upravičeni do Zoisovih štipendij še po starem oziroma nekdanjem veljavnem zakonu o štipendiranju.

³ V članku se zaradi specifičnosti teme in omejenega obsega ne bom ukvarjala z vprašanjem pogodbene narave štipendijskega razmerja.

2. NOVI ZAKON O ŠTIPENDIRANJU

Junija 2013 je državni zbor sprejel novi *Zakon o štipendiranju* (v nadaljevanju: ZŠtip-1),⁴ ki se je začel uporabljati 1. januarja 2014.⁵ S sprejetjem tega zakona slovenski pravni red ni postal bogatejši, saj se zdi, da je namen novega pravnega akta podeljevanje čim manjšega števila štipendij. ZŠtip-1 namreč na področju Zoisovih (kakor tudi drugih) štipendij uvaja vrsto sprememb, ki predstavljajo bistveno strožjo ureditev v primerjavi s staro. Pri tem sta sporna tako uvajanje vse bolj krivične zakonodaje in izginjanje oziroma spreminjanje samega namena Zoisovih štipendij, kakor tudi urejanje pravnega položaja »starih štipendistov« po novi pravni ureditvi.

3. KLJUČNE SPREMEMBE NA PODROČJU ZOISOVIH ŠTIPENDIJ

Po ZŠtip-1 je na področju Zoisovih štipendij ključna novost, da ocena ni več glavno merilo, temveč je prvi pogoj za pridobitev štipendije izjemni dosežek.⁶ Obstajajo različna mnenja o tem, katero merilo bi moralo biti prevladujoče pri pridobitvi Zoisove štipendije.⁷ Leta 1986 se je začel izvajati program štipendiranja nadarjenih, ki je bil tri leta pozneje poimenovan po znamenitem baronu in kulturnem mecenu Žigu Zoisu.⁸ Že od začetka so bile tovrstne štipendije namenjene nadarjenim, kar naj bi bil tudi nesporni javni interes. To tezo potrjuje zakonodaja, v kateri je mogoče zaslediti namen oziroma cilj Zoisovih štipendij. Tako je nekdanji veljavni *Zakon o zaposlovanju in zavarovanju za primer brezposelnosti* (v nadaljevanju: ZZZPB),⁹ ki je urejal štipendiranje med letoma 1991 in 2007, izrecno omenjal štipendije za nadarjene,¹⁰ prav tako pa določal, da učenci, ki so izrazito nadarjeni, lahko pridobijo Zoisovo štipendijo.¹¹ Novi ZŠtip-1 omenja nekoliko drugačen namen tovrstnih štipendij, saj

⁴ Ur. l. RS, št. 56/13 in 99/13 – ZUPJS-C.

⁵ ZŠtip-1 je bil 2. julija 2013 objavljen v Uradnem listu, veljati pa je začel 17. julija 2013.

⁶ <www.mddsz.gov.si/si/medijsko_sredisce/novica/article/1939/7185/45d46253d85d09999394356ac7993f05/> (15. 9. 2015).

⁷ Nekateri namreč menijo, da povprečne ocene ne bi smele biti poglavitno merilo za pridobitev oziroma nadaljnje prejemanje štipendije. Več v: P. Japelj, nav. delo, str. 17-18.

⁸ <www.iusinfo.si/DnevneVsebine/Aktualno.aspx?ID=101679> (16. 9. 2015).

⁹ Ur. l. RS, št. 107/06 – UPB, 114/06 – ZUTPG, 59/07 – Zštip, 51/10 – odl. US, 80/10 – ZUTD in 95/14 – ZUJF-C.

¹⁰ Prvi odstavek 55. člena ZZZPB: »Štipendiranje po tem zakonu vključuje kadrovske štipendije, republiške štipendije, štipendije za nadarjene in dajanje jamstev in subvencioniranje obrestne mere za najeta posojila za študij.«

¹¹ Tretji odstavek 56. člena ZZZPB.

navaja, da je Zoisova štipendija »namenjena dijakom in študentom kot spodbuda za doseganje izjemnih dosežkov in s tem ustvarjanje dodane vrednosti na področju znanja, raziskovanja, razvojne dejavnosti in umetnosti.«¹² Kljub drugačnemu izrazoslovju menim, da je spodbujanje nadarjenih učencev še vedno nesporni javni interes na področju štipendiranja s Zoisovimi štipendijami. Razlog za tovrsten javni interes je že od same uvedbe obravnavanih štipendij odkrivanje in podpiranje nadarjenih, ki bi s spodbudo družbi lahko zagotavljali odličen kadrovskega potencial.¹³

Po Slovarju slovenskega knjižnega jezika je *nadarjenost* definirana kot »sposobnost hitro, brez večjega navora pridobiti si potrebno znanje, spretnost za dobro opravljanje kake dejavnosti.«¹⁴ Pojem nadarjenosti pa na podlagi te definicije ne zaobjema le izjemnih dosežkov na posameznih področjih družbenega življenja, temveč tudi doseganje nadpovprečnega učnega oziroma študijskega uspeha.¹⁵ Čeprav tega pojma in njegove interpretacije zakonodaja ne omeja, je po mojem mnenju javnost Zoisove štipendije od nekdaj pojmovala kot spodbudo za nadpovprečne učence. V tej luči je stari *Zakon o štipendiranju* (v nadaljevanju: ZŠtip)¹⁶ za pridobitev Zoisove štipendije poleg splošnih pogojev predpisoval še okviren pogoj minimalno določene povprečne ocene ali izjemnega dosežka,¹⁷ novi ZŠtip-1 pa je uvedel bistveno strožje pogoje in s tem korenito spremenil krog potencialnih (oziroma obstoječih) Zoisovih štipendistov. ZŠtip-1 določa namreč za pridobitev Zoisove štipendije poleg splošnih pogojev dva kumulativna pogoja, in sicer dosego izjemnega dosežka in okvirno

¹² Člen 21 ZŠtip-1.

¹³ <www.mladina.si/109101/nedosegljive-zoisove-stipendije/> (25. 9. 2015).

¹⁴ Slovar slovenskega knjižnega jezika, pod geslom *nadarjenost*.

¹⁵ Prav zato menim, da bi morali pridobitev Zoisovih štipendij omogočiti tako tistim, ki so »nadpovprečno pridni« v določeni izobraževalni ustanovi, kakor seveda tudi tistim, ki dosegajo izjemne dosežke na specifičnem področju družbenega življenja (glasbe, likovne umetnosti ipd.). Strinjam se z mnenji nekaterih, ki opozarjajo na krivičnost ureditve, ki poleg izjemnih dosežkov zahteva tudi doseženo določeno povprečje ocen. Zadnja dva navedena pogoja bi po mojem mnenju morala biti predpisana alternativno. Pri tem naj torej doseganje visokih ocen ostane alternativna možnost pridobitve Zoisove štipendije, saj menim, da so odlični šolski oziroma študijski uspehi vsaj delno tudi posledica nadarjenosti in ne le pridnosti. Slednje bi se lahko dokazovalo s posebnimi psihološkimi testi, ki bi lahko potrdili nadarjenost. Navsezadnje pa pogosto tudi izjemni dosežki niso le odraz posameznikove nadarjenosti, temveč tudi njegove pridnosti. Prav zato se ne strinjam s tistimi, ki nasprotujejo dodeljevanju Zoisovih štipendij na podlagi visokega povprečja ocen. Primerjaj z <www.mladina.si/109101/nedosegljive-zoisove-stipendije/> (25. 9. 2015).

¹⁶ Ur. l. RS, št. 59/07, 63/07 – popr., 40/09, 62/10 – ZUPJS, 40/12 – ZUJE, 57/12 – ZPCP-2D in 56/13 – ZŠtip-1.

¹⁷ Glej prvi odstavek 24. člena ZŠtip.

minimalno določeno povprečno oceno.¹⁸ ZŠtip-1 med izjemne dosežke uvršča najvišja mesta iz znanja ali raziskovanja na državnih tekmovanjih, priznanja za najboljše raziskovalne naloge, najvišja mesta na mednarodnih tekmovanjih (iz znanja, raziskovanja, razvojne dejavnosti ali umetnosti), objavo znanstvenoraziskovalne naloge ali znanstvenega dela (v strokovni ali znanstveni publikaciji ali zborniku), umetniško ali drugo delo, ki je dobilo vsaj dve objavljeni pozitivni strokovni kritiki itd.¹⁹

Vsak, ki je študiral ali pa študira na fakulteti,²⁰ ve, da je zelo težko dosegati najboljše uspehe pri študiju, hkrati pa zmagoslavno osvajati izjemne dosežke. Očitno je zakonodajalec namen podeljevati Zoisove štipendije v čim manjšem številu,²¹ kar potrjujejo podatki o vse manjšem številu Zoisovih štipendistov. Leta 2010 je bilo v Sloveniji 13.170 Zoisovih štipendistov, leta 2013 pa le še 10.510,²² kar samo po sebi ni izjemno zmanjšanje, a kaže na trend v tej smeri.

Mediji v skladu s prikazanimi zaskrbljujimi podatki poročajo o mnogih razočaranih študentih zaradi novega sistema dodeljevanja štipendij. Med temi naj bi bili tudi primeri študentov s povprečno oceno 10, njihovo diplomsko delo pa je bilo nagrajeno celo s Prešernovo nagrado.²³ Po novi zakonodaji lahko tudi zlati maturant na koncu srednje šole izgubi Zoisovo štipendijo, če hkrati nima nekega izjemnega dosežka. O težki dosegljivosti slednjih opozarja tudi Študentska organizacija Univerze v Ljubljani, ki meni, da študij na mnogih visokošolskih zavodih doseganja izjemnih dosežkov sploh ne omogoča, saj imajo študentje na začetku študija omejene možnosti za pisanje znanstvenih

¹⁸ Drugi pogoj povprečne ocene se razlikuje glede na to, ali je prosilec dijak ali študent, saj je zanje predpisana različna spodnja meja. Prav tako se pogoji nekoliko razlikujejo glede na to, ali oseba vlaga vlogo za štipendijo neposredno ob prehodu iz osnovne oziroma srednje šole na višjo raven izobraževanja, ali ne. Poleg tega lahko namesto izkazane povprečne ocene uveljavlja na eni strani dijak dejstvo, da je bil zlati maturant, na drugi strani pa študent dejstvo, da je bil na podlagi svoje povprečne ocene uvrščen med najboljših pet odstotkov v svoji generaciji. Glej prvi in drugi odstavek 22. člena ZŠtip-1.

¹⁹ Člen 24 ZŠtip-1.

²⁰ Čeprav se za potrebe tega prispevka ne želim spuščati v razpravo o različni težavnosti slovenskih visokošolskih izobraževalnih programov, bi želela izpostaviti v praksi pogost očitek enakim pogojem za pridobitev oziroma nadaljnje prejemanje Zoisove štipendije, ne glede na fakulteto (program), na kateri se štipendist izobražuje.

²¹ Pri tem velja opozoriti, da namen zakona ni nujno enak namenu spremembe zakonodaje, saj je javni interes ostal v temelju enak, a je postrožitev lahko usmerjena tudi v manjše število štipendij. Seveda obstaja možnost, da ima sama ureditev tudi več namenov, ki se lahko znajdejo v medsebojnem konfliktu in tako povzročajo lastno nejasnost.

²² Leta 2015 je v času citiranega vira na novo pridobilo Zoisovo štipendijo le 73 študentov višjih letnikov višješolskega ali dodiplomskega izobraževanja ter študentov magistrskega študija. Menim, da je ta podatek več kot zaskrbljujoč. <www.zurnal24.si/zaradi-zaostritve-pogojev-manj-stipendistov-clanek-245093> (17. 9. 2015).

²³ Prav tam.

del ali pridobitev dosežkov na področju raziskovanja, poleg tega pa tekmovanja niso omogočena na vseh smereh.²⁴ Študentska organizacija predlaga spremembo aktualne zakonodaje, in sicer razširitev pojmovanja izjemnih dosežkov, med katere naj bi po njihovem predlogu spadala tudi povprečna ocena nad 9,4 ali uvrstitev med najboljša dva odstotka v svoji generaciji, prav tako pa bi bilo treba kot izjemne ponovno šteti športne dosežke.²⁵ Poleg tega predlagajo tudi ohranitev uspešno pridobljene Zoisove štipendije ob prehodu na višjo stopnjo študija.²⁶ Te predloge podpiram, čeprav je kriterij izjemnih dosežkov še vedno precej strog v primerjavi s staro zakonodajo. Kljub temu pa je opisani predlog štipendistom zagotovo bolj prijazen kot trenutna pravna ureditev Zoisovih štipendij.

Kljub strožjim pogojem za pridobitev Zoisove štipendije, novi ZŠtip-1 za njeno nadaljnje prejetje predpisuje pogoje podobno kakor prejšnji zakon. Za nadaljnje prejetje Zoisove štipendije mora namreč štipendist izkazati »le« vpis v višji letnik istega izobraževalnega programa in doseženo zahtevano povprečno oceno ali izjemni dosežek.²⁷ Ne zahteva se torej kumulativno izpolnjevanje obeh pogojev (povprečne ocene in izjemnega dosežka), temveč sta pogoja v tem primeru predpisana alternativno. Menim, da bi pogoje za nadaljnje prejetje Zoisove štipendije morali zahtevati tudi pri prehodu iz diplomskega na podiplomski študij, saj bi tako zakon resnično zasledoval enega od splošnih namenov štipendiranja, in sicer krajšanje dobe izobraževanja.²⁸ Študentje zagotovo ne bi smeli biti posredno sankcionirani zaradi nadaljevanja študija na višji stopnji. Omenjeni in mnogi drugi razlogi narekujejo potrebo po spremembi trenutnega ZŠtip-1 tako iz političnega in vrednostnega vidika, kakor tudi pravnega. Sedaj veljavni ZŠtip-1 bi se pravno gledano zaradi zatrtih in v nadaljevanju predstavljenih ustavnih kršitev moral spremeniti.

Naslednja sprememba, ki jo je prinesel novi zakon na področju Zoisovih štipendij,²⁹ je ukinitve dodatka za učni oziroma študijski uspeh.³⁰ Štipendistom

²⁴ Prav tam.

²⁵ Prav tam.

²⁶ Prav tam.

²⁷ Člen 23 ZŠtip-1 in 19. člen *Pravilnika o dodeljevanju Zoisovih štipendij* (Ur. l. RS, št. 35/14).

²⁸ Krajšanje dobe izobraževanja sicer ni (neposredni) namen štipendiranja s Zoisovimi štipendijami, je pa na podlagi 2. člena ZŠtip-1 eden od splošnih namenov štipendiranja. Lahko torej sklepamo, da je skrajšati čas izobraževanja splošna usmeritev politike na področju visokega šolstva, s katero pa je predstavljena ureditev v učinkih v neskladju. Slednje je lahko pravno vprašanje le v primeru, če se izrazi v neenakosti obravnavanja kot kršitev Ustave RS.

²⁹ Dodatek za uspeh je zakonodajalec namreč ohranil pri državnih štipendijah. Glej 19. člen ZŠtip-1.

³⁰ K Zoisovi štipendiji se lahko tako po novem ZŠtip-1 dodelita le dodatek za bivanje in dodatek za štipendiste s posebnimi potrebami. Glej tretji odstavek 26. člena ZŠtip-1.

je po starem ZŠtip vsako leto, pod pogojem izpolnjevanja pogojev za nadaljnje prejemanje štipendije, lahko dober uspeh prinesel povišanje štipendije.³¹ Sklepam, da je pravodajalec zaradi predrugačenja namena Zoisovih štipendij posledično ukinil dodatek za uspeh, ker po novem ocene niso več poglavitno merilo, temveč so to izjemni dosežki.

Medtem, ko je zakonodajalec ukinil dodatek za uspeh, je dodatek za bivanje izrazito spremenil. Zanj je namreč uvedel strožje pogoje, saj se poleg prijavljenega začasnega prebivališča in določene razdalje oddaljenosti stalnega prebivališča od kraja izobraževanja zahteva tudi sklenjena najemna pogodba.³² Do dodatka za bivanje na eni strani niso upravičeni posamezniki, ki prejemajo subvencijo za bivanje (npr. v študentskem domu), na drugi strani pa tisti, ki ta dodatek prejemajo, niso upravičeni do subvencioniranih mesečnih vozovnic.³³

Jedrnato predstavljene spremembe zakonodaje prikazujejo reformo ureditve Zoisovih štipendij. Tovrstnih sprememb »stari štipendisti«³⁴ zagotovo niso pričakovali. In čeprav se lahko marsikomu zdijo le obrobne, se v čevljih potencialnih ali obstoječih štipendistov zdijo še kako velike.

4. PRAVNI POLOŽAJ »STARIH ŠTIPENDISTOV«³⁵

Štipendijsko razmerje upravičencev, ki so pridobili Zoisovo štipendijo po prejšnjem zakonu o štipendiranju, se na podlagi nove zakonodaje še naprej presoja po starem zakonu »do zaključka izobraževalnega programa, za katerega so pridobili Zoisovo štipendijo.«³⁶ Pri prehodu na višjo stopnjo izobraževanja se posledično štipendijsko razmerje upravičenca presoja po novem in ne več po starem (milejšem) zakonu. Sprašujem se, ali bi tovrstni ureditvi lahko očitali kršitev ustavnih načel enakosti in zaupanja v pravo.

³¹ Člen 29 ZŠtip.

³² Prav tako se zahteva, da znaša strošek najema vsaj 65 evrov mesečno in štipendist ni lastnik ali solastnik nepremičnine. Glej 18. člen ZŠtip-1 in 17. člen Pravilnika o dodeljevanju Zoisovih štipendij.

³³ Drugi in peti odstavek 18. člena ZŠtip-1.

³⁴ Glej opombo št. 2, zgoraj.

³⁵ Kakor sem omenila že na začetku prispevka, z izrazom »stari štipendisti« označujem dijake in študente, ki so upravičeni do Zoisovih štipendij še po starem oziroma nekdanjem veljavnem zakonu o štipendiranju (ZŠtip).

³⁶ Drugi odstavek 118. člena ZŠtip-1.

4.1. Kršitev načela enakosti

Načelo enakosti pred zakonom zagotavlja drugi odstavek 14. člena Ustave Republike Slovenije (v nadaljevanju: URS),³⁷ ki v prvi vrsti od zakonodajalca terja enako obravnavo enakih oziroma podobnih razmerij.³⁸ Pri oceni skladnosti zakonske rešitve z ustavnim načelom enakosti Ustavno sodišče presoja, »*ali je zakonodajalčevo enako oziroma različno obravnavanje pravnih razmerij tudi objektivno utemeljeno, torej, ali ni njegovo ravnanje morda arbitrarno.*«³⁹ V primeru Zoisovih štipendij zakonodajalec različno ureja pravni položaj »starih štipendistov« glede na to, ali prehajajo na višjo stopnjo izobraževanja ali ne. Gre torej za razlikovanje znotraj skupine,⁴⁰ kar ustvarja močan dvom v ustavnost take ureditve.

Sodna praksa Ustavnega sodišča RS presoja dopustnost posega v pravico do enakosti pred zakonom po *testu arbitarnosti*.⁴¹ V eni od svojih odločb je Ustavno sodišče zapisalo, da »*za dopustnost takšnega posega zadošča že kakršenkoli nearbitraren, torej razumen in stvarno utemeljen razlog.*«⁴² Zakonodajalec torej lahko skozi različna časovna obdobja različno uredi enake položaje pravnih subjektov, a le pod pogojem, da ima za to razumen in stvaren razlog, ki izhaja iz narave stvari.⁴³ To po mnenju Ustavnega sodišča pomeni, »*da mora razlikovanje služiti ustavno dopustnemu cilju, da mora biti ta cilj v razumni povezavi s predmetom urejanja v predpisu in da mora biti uvedeno razlikovanje primerno sredstvo za doseg tega cilja.*«⁴⁴

V obravnavani situaciji se je torej treba vprašati, ali se vsi »stari štipendisti« nahajajo v bistveno enakih položajih⁴⁵ in, ali za različno urejanje le-teh obstaja stvaren in razumen razlog.

³⁷ Ur. l. RS št. 33/91-I, 42/97 – UZS68, 66/00 – UZ80, 24/03 – UZ3a, 47, 68, 69/04 – UZ14, 69/04 – UZ43, 69/04 – UZ50, 68/06 – UZ121, 140, 143, 47/13 – UZ148 in 47/13 – UZ90, 97, 99.

³⁸ Odločba US RS, št. U-I-260/04 z dne 20. aprila 2007.

³⁹ Prav tam.

⁴⁰ M. Avbelj, nav. delo, str. 16-17.

⁴¹ Odločba US RS, št. U-I-300/95 z dne 14. oktobra 1998.

⁴² Prav tam.

⁴³ Odločba US RS, št. U-I-239/14, Up-1169/12 z dne 26. marca 2015.

⁴⁴ Odločba US RS, št. U-I-161/12 z dne 20. februarja 2014.

⁴⁵ Ustavno sodišče je v eni izmed svojih odločb namreč zapisalo, da je pri presoji skladnosti zakonodajne rešitve z načelom zakonitosti pred zakonom (drugi odstavek 14. člena Ustave RS) treba najprej odgovoriti na vprašanje, ali se določeni posamezniki oziroma skupine oseb nahajajo v bistveno enakih položajih. Glej Odločbo US RS, št. U-I-287/10 z dne 3. novembra 2011.

Žal se je vse od sprejetja novega ZŠtip-1 ogromno študentov znašlo v situaciji, v kateri morajo tisti, ki že vrsto let prejemajo Zoisovo štipendijo na podlagi starega zakona, ob prehodu na podiplomski študij kar naenkrat na novo zaprositi za pridobitev Zoisove štipendije (seveda na podlagi novega zakona). Čeprav so študenti v tem primeru »stari štipendisti«, so ob prehodu na višjo raven izobraževanja na podlagi nove zakonodaje obravnavani kot »novi štipendisti«. Menim, da se tako dodiplomski kakor podiplomski študenti nahajajo v podobnem pravnem položaju; navsezadnje je njihovo razlikovanje le ena od posledic nedomišljene bolonjske reforme,⁴⁶ zaradi katere morajo študentje po končani prvi stopnji študija ponovno zaprositi za pridobitev štipendije.⁴⁷ V primeru enovitega študija tovrstnega problema ne bi bilo, ker bi študenti lahko koristili nadaljnje prejetje štipendije. Kljub sedanji »razdrobljenosti« študija menim, da se dodiplomski in podiplomski študentje nahajajo v pretežno enakem položaju. Ta teza je še posebej podprta z dejstvom, da veliko študentov nadaljuje študij na drugi stopnji, prav tako pa veliko fakultet na prvi stopnji visokošolskega izobraževanja sploh ne zahteva izdelave diplomskega dela.

Iz tega izhaja, da so tako tisti štipendisti, ki ostajajo na isti stopnji izobraževanja, kakor tisti, ki prehajajo na naslednjo stopnjo, v bistveno enakem položaju⁴⁸ in bi jih zato morali obravnavati enako. Potemtakem bi morali študenti ob prehodu na višjo stopnjo obdržati prej uspešno pridobljeno štipendijo,⁴⁹ nadalje pa bi morali v tej specifični situaciji prehodne ureditve štipendijska razmerja ob prehodu na višjo stopnjo presoati še po starem ZŠtip.

Navzlic domnevno ugotovljenem enakem položaju »starih štipendistov« njihovo različno obravnavanje ne pomeni samodejne kršitve načela enakosti pred zakonom. Če za razlikovanje omenjene skupine posameznikov obstoji stvaren

⁴⁶ Mnogi strokovnjaki menijo, da je bolonjska reforma ponesrečena. Tako je na primer Ada Polajnar Pavčnik izrazila mnenje, da za pravno stroko bolonjska reforma ni prinesla nobene koristi, saj stopenjski študij za pravnike ni primeren. Tudi Miha Juhart je podobno zapisal v enemu od svojih prispevkov: »Čeprav sam nisem bil med najglasnejšimi kritiki uvajanja načel bolonjskega študija pri pravnem študiju, se mi zdijo rezultati še slabši od napovedi največjih skeptikov. Delitev pravnega študija na prvo in drugo stopnjo se je pokazala kot popoln nesmisel.« Več v: A. Polajnar Pavčnik, nav. delo, str. 3, in M. Juhart, nav. delo, str. 3.

⁴⁷ Poleg tega v našem primeru študent ob prehodu na višjo stopnjo študija pade pod nov ZŠtip-1, ki uvaja veliko strožje pogoje za pridobitev Zoisove štipendije.

⁴⁸ Menim, da se štipendist, ki ostaja na isti stopnji izobraževanja, in štipendist, ki prehaja na naslednjo stopnjo, nahajata v bistveno enakem položaju zaradi več razlogov. Prvič, ker imata oba štipendista status študenta. Drugič, ker ju loči le (ne)narejeno diplomsko delo ali (ne)opravljenih nekaj izpitov. Tretji razlog pa je dejstvo, da ponekod na prvi stopnji študija diplomska naloga sploh ni zahtevana, s čimer se spodbuja nadaljevanje študija na drugi stopnji.

⁴⁹ To rešitev predlaga med drugimi tudi ŠOU v Ljubljani. <www.zurnal24.si/zaradi-zaostritve-pogojev-manj-stipendistov-clanek-245093> (17. 9. 2015).

in razumen razlog, je ureditev ustavnoskladna. Menim, da iz samega starega ali novega zakona ne izhaja razumen, iz narave stvari izhajajoč razlog za drugačno ureditev pravnega položaja »starih štipendistov«, zato si upam trditi, da je razlikovalni znak (ne)nadaljevanja izobraževalnega programa arbitraren. V starem zakonu namreč ni mogoče zaslediti jasno izraženega namena, da se Zoisova štipendija podeli le za določeno stopnjo izobraževalnega programa in da po koncu slednjega štipendijsko razmerje preneha.⁵⁰ Tega namena ne omenja niti prej veljavni *Pravilnik o dodeljevanju Zoisovih štipendij*,⁵¹ ki temu namenu kvečjemu oporeka. Ta⁵² v svojem 2. členu med drugim namreč pravi, da se njegove določbe uporabljajo tudi za obravnavo »vlog štipendistov, ki že prejemajo Zoisovo štipendijo, za nadaljnje prejetje Zoisove štipendije za nadaljevanje izobraževanja na višji stopnji, ki se vložijo po začetku uporabe zakona in tega pravilnika.« Iz te določbe bi lahko že na podlagi jezikovne razlage sklepali, da se pri nadaljevanju izobraževanja na višji stopnji uporabljajo določbe o nadaljnjem prejemanju štipendije, zaradi česar štipendijsko razmerje ne preneha samodejno. Stari pravilnik (ki ureja štipendijska razmerja »starih štipendistov«) torej zelo jasno predpisuje, da se pri nadaljevanju izobraževanja na višji stopnji vloži vloga za nadaljnje prejetje štipendije (in ne za novo pridobitev), kar posledično pomeni, da bi se moral za vse »stare štipendiste« tudi na višji stopnji izobraževanja uporabljati stari ZŠtip. Pri tem se sicer pojavi vprašanje legitimnosti podzakonskega urejanja tovrstnega vprašanja, vendar bi citirano določbo pravilnika lahko interpretirali kot urejanje zakonsko določenih pravic in predložitev namena samega zakona.

Pri iskanju stvarnega in razumnega razloga pri presoji skladnosti predpisa z načelom enakosti pred zakonom bi se lahko oprli tudi na zakonodajno gradivo pri pripravi novega ZŠtip-1, a domnevam, da tovrstnega razloga niti tam ne bi našli. Prav tako menim, da niti stara niti nova zakonodaja ne ponujata razloga, ki bi opravičeval različno obravnavo »starih štipendistov«. Vse štipendiste, ki so uspešno pridobili Zoisovo štipendijo po starem ZŠtip, bi tako morali na podlagi načela enakosti pred zakonom iz drugega odstavka 14. člena Ustave RS še naprej obravnavati po istem zakonu vse do konca njihovega izobraževanja oziroma do trenutka, ko še izpolnjujejo zakonske pogoje za prejetje štipendije. Navkljub zatrjevanju kršitvi načela enakosti pred zakonom s strani

⁵⁰ Matej Avbelj opisuje podobno situacijo ob sprejemu prejšnjega Zakona o štipendiranju, pri čemer so se pojavile podobne težave kot ob sprejemu nove zakonodaje na tem področju. M. Avbelj, nav. delo, str. 16-17.

⁵¹ Ur. l. RS, št. 51/08, 40/09 – ZŠtip-A, 45/09, 56/13 – ZŠtip-1 in 35/14.

⁵² Po sprejemu novega ZŠtip-1 je bil 23. aprila 2014 sprejet novi *Pravilnik o dodeljevanju Zoisovih štipendij*, ki je začel veljati 17. maja 2014.

novega zakona na področju Zoisovih štipendij seveda ni moč napovedati, ali bi temu v primeru ustavne presoje ZŠtip-1 pritrdilo tudi Ustavno sodišče.⁵³

V pravni ureditvi položaja »starih štipendistov« je mogoče zaznati še eno neenako obravnavanje posameznikov, ki se nahajajo v podobnem položaju. Različno se namreč obravnava položaj »starih štipendistov«, ki bodo nadaljevali študij na višji stopnji izobraževanja, in tistih, ki bodo »vzeli« dodatno leto (t. i. absolventski staž). Študent zadnjega letnika na določeni stopnji visokošolskega izobraževanja se lahko vpiše v dodatno leto in pri tem pod omiljenimi pogoji (na podlagi starega ZŠtip) prejme Zoisovo štipendijo, pod pogojem, da jo je že pred tem prejemal. Štipendijsko razmerje »absolventov« se tako presoja po starem zakonu o štipendiranju, saj ostajajo v istem izobraževalnem programu. Stara in nova zakonodaja sta torej uvedli ureditev, ki – grobo rečeno – podpihuje lenobo in spodbuja študente, da že v času študija preračunljivo tehtajo možnosti, ki so v nasprotju s študijem in trdim delom. Pri tem je treba pojasniti, da dodatno leto pripade študentu avtomatično po zadnjem letniku,⁵⁴ ne glede na to, ali je že opravil vse študijske obveznosti in bi se sicer lahko vpisal na višjo stopnjo študija. Tako ureditev je v nasprotju z namenom štipendiranja in javnim interesom, ki se zasleduje na tem področju. Posledično bi lahko argumentirali, da razlikovanje med študenti v bistveno enakem položaju ni razumno in ni utemeljeno v prevladujočem javnem interesu.

Drznem si domnevati, da bo marsikateri študent zaradi lažje pridobljene štipendije študij podaljšal za še eno leto, namesto da bi ga takoj nadaljeval na drugi stopnji. Tako si lahko hitro zamislimo študenta zadnjega letnika fakultete na prvi stopnji študija (ki že vrsto let prejema Zoisovo štipendijo na podlagi starega ZŠtip), ki je kljub želji po nadaljevanju študija primoran izbirati med dvema možnostma. Prva je nadaljevanje študija na drugi stopnji in vložitev vloge za novo pridobitev štipendije pod bistveno strožjimi pogoji na podlagi novega ZŠtip-1. Pri tem bo moral izkazati tako zahtevano povprečno oceno kakor tudi nek izjemen dosežek, poleg tega pa novi zakon predpisuje strožje pogoje za uveljavitev dodatka za bivanje in ukinja dodatek za uspeh. Druga možnost, ki je študentu na razpolago, pa je vpis v dodatno leto, ko se bo njegovo štipendijsko razmerje še naprej presoјalo po starem ZŠtip. Študent bo moral doseči le zahtevano povprečno oceno, pri čemer ni treba, da ima opravljene vse izpite zadnjega letnika. Prav tako bo študentu pri drugi možnosti pod mi-

⁵³ M. Avbelj, nav. delo, str. 16-17.

⁵⁴ Dodatno leto pripade študentu tako na prvi kakor tudi na drugi stopnji študija pod pogojem, da na isti stopnji v času študija ni ponavljal letnika ali spremenil študijski program ali smer. Glej 1. in 7. alinejo prvega odstavka 70. člena in drugi odstavek 70. člena *Zakona o visokem šolstvu* (ZVis). Ur. l. RS, št. 32/12 – UPB7, 40/12 – ZUJF, 57/12 – ZPCP-2D, 109/12 in 85/14.

lejšimi pogoji na voljo dodatek za izobraževanje zunaj stalnega prebivališča, poleg tega pa mu bo na razpolago tudi dodatek za študijski uspeh.⁵⁵

Če bi se poskušali vživeti v vlogo študenta v opisanem hipotetičnem (a še kako realnem) primeru, bi verjetno marsikaterega bralca zamikal absolventski staž in nadaljnje prejetje štipendije pod milejšimi pogoji. Prav zato je mogoče logično sklepati, da trenutna pravna ureditev Zoisovih štipendij (predvsem prehoda iz stare na novo zakonodajo) podaljšuje dobo študija, ne pa skrajšuje, kot naj bi bil njen posredni namen. V uvodnih določbah tako novega kot starega zakona je namreč med nameni štipendiranja poudarjeno tudi spodbujanje izobraževanja in doseganje višje izobrazbene ravni.⁵⁶ Prav tako pa novi ZŠtip-1 med splošnimi nameni štipendiranja izrecno navaja krajšanje dobe izobraževanja,⁵⁷ kar je zagotovo v nasprotju s prej ugotovljenim sklepom.

Naj pri tem navedem, da osebno nikakor ne nasprotujem pridobitvi štipendije za dodatno leto, vendar menim, da bi v prehodnem obdobju morali tako študente, ki nadaljujejo študij na višji stopnji, kot tiste, ki se vpisujejo v dodatno leto, obravnavati podobno, torej po istem (starem!) zakonu o štipendiranju, kar zahteva prav 14. člen URS. Ti dve podskupini »starih štipendistov« torej ne bi smeli različno obravnavati, ker bi s tem zasledovali napačen namen štipendij, in sicer podaljševanje dobe študija. Trenutna pravna ureditev žal povzroča prav to, zato se ne smemo pretirano čuditi študentom, ki v današnji ekonomski in gospodarski krizi koristijo absolventski staž le zaradi prejemanja štipendije.

4.2. Neprava retroaktivnost oziroma kršitev načela zaupanja v pravo

Po sprejemu novega zakona o štipendiranju se štipendijsko razmerje »starih štipendistov« še naprej presoja po starem ZŠtip vse do prehoda na višjo stopnjo študija.⁵⁸ Zoisova štipendija se bojda po določbah novega ZŠtip-1 podeljuje le za določen izobraževalni program, a kot rečeno 2. člen starega *Pravilnika o dodeljevanju Zoisovih štipendij* izrecno omenja nadaljnje prejetje štipendije za nadaljevanje izobraževanja na višji stopnji. Na podlagi te določbe in dejstva, da namen podeliti štipendijo le za določeno stopnjo študija v prejšnjem zakonu ni bil izrecno izražen, lahko ugotovimo, da so se »stari štipendisti« povsem

⁵⁵ Glej ZŠtip in ZŠtip-1.

⁵⁶ Člen 2 ZŠtip in prvi odstavek 2. člena ZŠtip-1.

⁵⁷ Prvi odstavek 2. člena ZŠtip-1.

⁵⁸ Drugi odstavek 118. člena ZŠtip-1 se namreč glasi takole: »Štipendijsko razmerje upravičencev, ki so pridobili Zoisovo štipendijo po Zakonu o štipendiranju (Ur. l. RS, št. 59/07, 63/07 – popr., 40/09, 62/10 – ZUPJS, 40/12 – ZUJF in 57/12 – ZPCP-2D), se presoja po navedenem zakonu do zaključka izobraževalnega programa, za katerega so pridobili Zoisovo štipendijo.«

upravičeno zanesli na staro zakonodajo, zlasti na pogoje, ki jih morajo izpolnjevati za prejemanje Zoisove štipendije.

Zato trdim, da imamo v obravnavanem primeru opravka z nepravo retroaktivnostjo. Pri nepravi retroaktivnosti⁵⁹ oziroma retrospektivnosti je pravno dejstvo, na katerega pravno pravilo navezuje pravne posledice, »pravno razmerje, ki se začne v preteklosti in se razteza v prihodnost.«⁶⁰ Nova zakonodaja tako z učinkom za naprej poseže v preteklosti izoblikovan pravni položaj, ki še naprej obstaja.⁶¹ O nepravi retroaktivnosti torej govorimo, če pride z novo zakonodajo do dejanskega zoženja pravic ali stopnjevanja obveznosti za naprej.⁶² Za dosego dopustnosti tovrstnih omejitev in posegov morajo biti spoštovane stroge zahteve, ki jih nalagajo načela pravne predvidljivosti, pravne enakosti itd.⁶³ Prav tako morajo biti spremembe »vnaprej predvidene in morajo omogočiti ustrezen prehod iz stare v novo ureditev (načelo postopnega uvajanja nove ureditve).«⁶⁴ Kadar nova zakonodaja posega v trajajoča pravna razmerja oziroma upravičena pravna pričakovanja (in gre torej za nepravo retroaktivnost), je zakonodajalec po mnenju Ustavnega sodišča RS dolžan urediti prehodno obdobje.⁶⁵

Če je na eni strani prava retroaktivnost načeloma ustavno nedopustna na podlagi 155. člena URS, se na drugi strani ustavno dopustnost neprave retroaktivnosti presoja na podlagi 2. člena URS. Načelo varstva zaupanja v pravo, katero je kot element pravne varnosti Ustavno sodišče RS večkrat označilo kot eno izmed načel pravne države,⁶⁶ posamezniku zagotavlja, »da mu država njegovega pravnega položaja ne bo poslabšala arbitrarno, torej brez stvarnega razloga, utemeljenega v prevladujočem in legitimnem javnem interesu.«⁶⁷ Gre torej za splošno ustavno načelo, ki nima absolutne veljave in je torej lahko podvrženo omejitvam v skladu s tehtanjem dobrin v konkretnem primeru.⁶⁸

⁵⁹ Nepravo retroaktivnost moramo razmejiti od prave retroaktivnosti v širšem pomenu besede. V obeh primerih pravno pravilo učinkuje za naprej, razlikujeta pa se v predmetu pravnega urejanja. Medtem, ko se pri pravi retroaktivnosti v širšem pomenu besede pravno pravilo nanaša na enkratne dogodke ali dejanja, se pri nepravi retroaktivnosti nanaša na pravna razmerja, ki že po naravi trajajo dlje časa. A. Novak, nav. delo, str. 188–191.

⁶⁰ Prav tam, str. 188–189.

⁶¹ Prav tam, str. 189.

⁶² M. Pavčnik, nav. delo, str. 261.

⁶³ Prav tam, str. 261.

⁶⁴ Prav tam, str. 261–262.

⁶⁵ Odločba US RS, št. U-I-69/03 z dne 20. oktobra 2005.

⁶⁶ Odločba US RS, št. U-I-150/05, z dne 5. julija 2007 in Odločba US RS, št. U-I-216/99, z dne 24. januarja 2002.

⁶⁷ Odločba US RS, št. U-I-216/99 z dne 24. januarja 2002.

⁶⁸ Prav tam.

»Kolizijo dveh vrednot (načela zaupanja v nadaljnji obstoj pravnih norm in načela prilagajanja prava družbenim razmerjem) je treba reševati s tehtanjem med njima.«⁶⁹

Pri tem je še posebej pomembna prehodna ureditev, katere nujnost obstoja in obseg se presojata glede na razmerje med zakonskim ciljem in prizadetostjo posameznikovega pravnega položaja.⁷⁰

»Pri takem tehtanju ustavnopravnih dobrin je na eni strani torej ustavno načelo varstva zaupanja v pravo, pri čemer je zlasti pomembno, kakšen je pomen pričakovanja določene pravice za življenje prizadetega posameznika in kakšna je teža spremembe, ter na drugi strani, ali so spremembe na pravnem področju, za katero gre, relativno predvidljive in so torej prizadeti s spremembo lahko vnaprej računali.«⁷¹

Pri tem ima zakonodajalec na voljo precej lastne presoje, ki je v primeru novega ZŠtip-1 po mojem mnenju ni pravilno uporabil. Resda je bil urejen prehodni režim,⁷² vendar ne zadovolji pravnih pričakovanj prizadetih oseb.

Obseg prehodnega režima bi se v primeru nove zakonodaje na področju štipendij moral urediti tako, da bi se štipendijska razmerja »starih štipendistov« presojala po starem ZŠtip vse do konca izobraževanja. Prehod na višjo stopnjo izobraževalnega programa ne bi smel biti niti v prehodni ne v novi ureditvi razlog za prenehanje štipendijskega razmerja in posledično novo uveljavljanje štipendije. Slednje potrjujejo tudi vidiki upravičenega pričakovanja v obravnavanem primeru. Štipendijsko razmerje se začne, ko pristojni organ⁷³ na podlagi vloge za pridobitev Zoisove štipendije izda upravno odločbo o dodelitvi štipendije.⁷⁴ Vsako leto mora štipendist za nadaljevanje štipendijskega razmerja izkazati izpolnjevanje zahtevanih pogojev za nadaljnje prejemanje štipendije.⁷⁵ Novi ZŠtip-1 večkrat poudari, da se štipendija dodeli le za določen izobraževalni program, kar pomeni, da na koncu slednjega preneha.⁷⁶ Tega pa ni mogoče zaslediti v starem zakonu, poleg tega pa nekdanji veljavni pravilnik (sprejet na podlagi starega ZŠtip) v eni od svojih uvodnih določb izrecno omenja nadaljnje prejemanje Zoisove štipendije pri nadaljnjem izobraževanju na višji

⁶⁹ Prav tam.

⁷⁰ Prav tam.

⁷¹ Prav tam.

⁷² V obravnavanem primeru štipendij je zakonodajalec uredil prehodno obdobje tako, da se do konca prehoda na drug izobraževalni program uporablja prejšnja zakonodaja.

⁷³ Pristojni organ je Javni sklad Republike Slovenije za razvoj kadrov in štipendije. <www.sklad-kadri.si/si/stipendije/zois/> (15. 9. 2015).

⁷⁴ Glej 6. in 7. člen ZŠtip-1.

⁷⁵ Glej tretji odstavek 9. člena in 23. člen ZŠtip-1 ter tretji odstavek 24. člena ZŠtip.

⁷⁶ Glej 9. člen ZŠtip-1.

stopnji.⁷⁷ Na podlagi te določbe lahko sklepamo, da prehod na višjo stopnjo izobraževanja na podlagi stare zakonodaje ni bil razlog za prenehanje študentskega razmerja. Prav zaradi tega se po mojem mnenju študentsko razmerje in zaupanje vanj razteza ne le prek enega študijskega leta, ampak tudi prek ene stopnje izobraževanja. Seveda imajo to upravičeno pravno pričakovanje lahko le »stari študenti«, saj takšna interpretacija ni v skladu z novo zakonodajo.

Poleg vprašljive (ne)primerne ureditve prehodnega režima dvomim tudi v obstoj stvarnega razloga, utemeljenega v prevladujočem in legitimnem javnem interesu, za poslabšanje pravnega položaja Zoisovih študentov. Zakonodajalec je izrazito spremenil prej veljavno zakonodajo, začeni s poglobitnim merilom za dodelitev Zoisovih štipendij. Sprašujem se, kakšni razlogi so vodili slovenskega zakonodajalca za takšno nepravilno ravnanje in koliko upravičujejo tovrstne spremembe. Kljub ekonomski in gospodarski krizi se na področju izobraževanja ne bi smelo varčevati,⁷⁸ vključno z dodeljevanjem katerihkoli štipendij. Menim, da sprememba na področju Zoisovih štipendij ni bila nujna, zaradi česar bi morala predhodna ureditev ohraniti prednost.⁷⁹

Upam si trditi, da študenti obravnavanih sprememb nis(m)o predvidevali, niti ne pričakovali, da bo ob prehodu v višji izobraževalni program zahtevana nova pridobitev štipendije in izrazito strožji pogoji kot sicer, zaradi česar je teža posega v upravičeno pravno pričakovanje ogromna. Posledica tega posega in neprimerne prehodne ureditve⁸⁰ je nezmožnost prilagoditve novim zahtevam v razmeroma kratkem času. Novi zakon namreč kot enega od kumulativnih pogojev predpisuje tudi izjemne dosežke, ki so težko dosegljivi ter zato terjajo veliko posameznikovega truda in časa. Prav zato »stari študent« omenjene strožje pogoje navkljub prehodni ureditvi in poznejši uporabi zakona⁸¹ težko doseže, o čemer v praksi priča že omenjeni upad števila študentov v prejšnjih letih. Zaradi vseh predstavljenih razlogov menim, da je bilo s spremembo zakonodaje na področju Zoisovih štipendij prizadeto načelo varstva zaupanja v pravo, prav tako pa dvomim, ali za tovrsten poseg sploh obstajajo razlogi v javnem interesu.⁸²

⁷⁷ Glej 2. člen starega Pravilnika o dodeljevanju Zoisovih štipendij.

⁷⁸ Pri tem je treba opozoriti, da je varčevanje z javnimi sredstvi tudi po praksi Ustavnega sodišča ustavno dopusten cilj. Kljub temu pa se sprašujem, ali je izpostavljeno varčevanje prav pri izobraževanju smiselno na tak način (torej prek omejevanja možnosti za študij nadarjenim).

⁷⁹ Primerjaj z odločbo US RS, št. U-I-39/99, z dne 3. februarja 2000.

⁸⁰ Glej prehodne določbe ZŠtip-1 (natančneje drugi odstavek 118. člena slednjega zakona).

⁸¹ ZŠtip-1 je začel namreč veljati 17. julija 2007, uporabljati pa se je začel s 1. januarjem 2014. Glej 125. člen ZŠtip-1.

⁸² Primerjaj z odločbo US RS, št. U-I-90/05, z dne 7. julija 2005.

5. OB ROB POTENCIALNIM PRAVNIM KRŠITVAM

Pri sprejemu nove zakonodaje na področju Zoisovih štipendij smo torej prič domnevnim kršitvam tako ustavnega načela enakosti pred zakonom kakor tudi načela varstva zaupanja v pravo kot enega od načel pravne države. Obravnavana problematika še ni romala v mlinsko kolesje Ustavnega sodišča, ki bi s svojo presojo odgovorilo na mnoga odprta vprašanja tega prispevka.

Kot je bilo že povedano, se ob bok sami ureditvi pravnega položaja »starih štipendistov« kamni spotike pojavljajo tudi v novi zakonodaji (oziroma ureditvi pravnega položaja vseh »novih štipendistov«), recimo pri izjemnih dosežkih, kjer se poleg nejasnih in odprtih pojmov ponekod postavlja pogoje, ki niso v sferi štipendista. V mislih imam konkreten izjemni dosežek, in sicer objavo znanstvenoraziskovalne naloge ali znanstvenega dela v strokovni ali znanstveni publikaciji ali zborniku, kjer ne zadostuje potrdilo o sprejemu v objavo (o bodoči objavi), temveč je zahtevana dejanska objava v enem izmed navedenih virov.⁸³ Znanstveni članek mora biti tako najpozneje zadnji dan pred začetkom šolskega ali študijskega leta, za katerega vlagatelj vlaga dodelitev ali nadaljnje prejetje štipendije, objavljen.⁸⁴ Izjemen dosežek terjaja svoj čas. Pri znanstvenem prispevku je denimo jasno, da lahko ta nastaja tudi več mesecev, hkrati pa je recenzijski postopek v znanstvenih publikacijah pogosto daljši od nekaj mesecev. Če je treba potem počakati še na dejansko objavo, lahko od oddaje do objave mine tudi eno leto. Za ZŠtip-1 pa to ne zadošča, kljub dokazilu, da je bil članek pripravljen, oddan, recenziran in sprejet v objavo v zahtevanem obdobju. Izjemni dosežki, zaradi katerih je nekdo upravičen do Zoisove štipendije, bi tudi sicer morali biti v celoti v sferi posameznika in ne v tujih rokah (npr. urednika). Zagotovo je sporno, da se prejem Zoisove štipendije navezuje na ravnanje tretje osebe (ki je lahko denimo neodzivna ali pa je pač za objavo v neki reviji čakalna vrsta izjemno dolga). V zvezi s tem bi bila nujno potrebna sprememba ureditve, ki bi po novem morala določati, da za doseg izjemnega dosežka objave znanstvenega članka zadostuje že samo potrdilo o sprejemu v objavo (bodoči objavi). Če slednje zadosti pogojem za habilitacijo visokošolskih učiteljev, bi moralo tudi na primeru Zoisovih štipendij.

⁸³ Tu je treba opozoriti, da je v zvezi s tem vprašanjem z zakonom vse v redu, enako pa ni mogoče trditi za njegovo uporabo. Izpostavljeni problem bi lahko na podlagi omenjenih ugotovitev predstavljal neustavno razlago zakona, če je v nasprotju s temeljnim namenom in dodatno vzpostavlja nerazumno neenakost med študenti (ki so prispevek uspešno oddali v objavo) v bistveno enakem položaju. Razlaga zakona bi bila lahko v zvezi s tem vprašanjem neustavna tudi zato, ker zaradi nezmožnosti dosega pogojev v razmeroma kratkem obdobju enega leta (težko je denimo objaviti prispevek, če revija izhaja le nekajkrat letno) posega v zaupanje v pravo.

⁸⁴ Glej 10. člen trenutno veljavnega Pravilnika o dodeljevanju Zoisovih štipendij.

6. SKLEP

Predstavljene novosti in problematike na področju Zoisovih štipendij po mojem mnenju predstavljajo šolski primer šepajoče pravne države. Ne le, da se štipendisti na zakonodajo ne morejo zanesti in vanjo zaupati, temveč se jim prav tako z vsako reformo postavlja strožje pogoje in oži njihove možnosti za pridobitev štipendije. To ni pomoč, temveč metanje polen pod noge mladim, ki bodo bržkone še pogostejše iskali svoj prostor pod soncem v tujini.

Nedvomno morajo za tovrstno štipendijo veljati strogi pogoji, a se hkrati neke zgornje meje ne sme preseči. S trenutno zakonodajo so predpisani tako strogi pogoji, da bo veliko učencev, dijakov in študentov obupalo ter si ne prizadevalo za doseganje boljših rezultatov, kot si je morda nekoč. Po osebnem prepričanju zagotovo štipendija pri nikomur ne bi smela biti razlog za doseganje znanja, vendar vsaj v določeni meri pomeni motivacijo. Navsezadnje naj bi štipendistom omogočala, da se v celoti lahko posvetijo študiju in ne morebitnemu študentskemu delu, ki je za mnoge zaradi visokih stroškov izobraževanja (tako neposrednih kot posrednih) nujen. Po mnenju zakonodajalca do Zoisove štipendije ni upravičen ne zlati maturant ne študent s povprečno oceno 10, prav tako ne tisti, ki je dosegel nek izjemni dosežek, a v šoli nima odličnih ocen. Ali trenutna zakonodaja še zmeraj zasleduje tisti pravi namen Zoisovih štipendij, kot ga je nekoč? Bojim se, da ne.

Literatura

- Matej Avbelj: Uganka Zoisovih štipendij, v: *Pravna praksa*, (2008) 33, str. 16-17.
- S. H. H.: Zaradi zaostitve pogojev manj štipendistov, v: *Žurnal24*, 11. februar 2015; na voljo je na <www.zurnal24.si/zaradi-zaostitve-pogojev-manj-stipendistov-clanek-245093> (17. 9. 2015).
- Petra Japelj: Študent naj bo!, v: *Pravna praksa*, (2009) 15, str. 17-18.
- Miha Juhart: Za enovit petletni študij prava!, v: *Pravna praksa*, (2014) 38, str. 3.
- Marija Kremenšek: Nova ureditev posameznih vrst štipendij, v: *Ius-Info*, 22. julij 2013; na voljo je na <www.iusinfo.si/DnevneVsebine/Aktualno.aspx?ID=101679> (16. 9. 2015).
- Aleš Novak: Retroaktivnost in narava prava, v: *Pravnik*, 70 (2015) 3-4, str. 171-192.

Marijan Pavčnik: Teorija prava: prispevek k razumevanju prava. Tretja izdaja, GV Založba, Ljubljana 2007.

Ada Polajnar Pavčnik: Bolonjska reforma ni prinesla nobene koristi, v: Pravna praksa, št. 2/2014, str. 3.

Slovar slovenskega knjižnega jezika. DZS, Slovenska akademija znanosti in umetnosti, Inštitut za slovenski jezik Frana Ramovša, Ljubljana 1994.

Tjaša Zajc: Nedosegljive Zoisove štipendije, v: Mladina, 10. februar 2012; na voljo je na <www.mladina.si/109101/nedosegljive-zoisove-stipendije/> (25. 9. 2015)

JAVNA SLUŽBA IN POSLOVANJE NOTARSKE DEJAVNOSTI V SLOVENIJI

Nataša Omerzu,
diplomirana ekonomistka (UN)

Iztok Kolar,
*univerzitetni diplomirani ekonomist, doktor ekonomskih znanosti,
docent na Ekonomsko-poslovni fakulteti Univerze v Mariboru*

1. UVOD

Javnost¹ ima o notarjih kot delu pravosodnega sistema Slovenije odprtih več vprašanj, med drugim tudi o finančni plati poslovanja notarske dejavnosti, ki je pri nas prisotna slabih dvajset let. Z rastjo pristojbin za notarske storitve se je javnost začela zanimati za finančno plat delovanja notarske dejavnosti. Z razvojem tehnologije in s prehodom na elektronsko poslovanje (e-dokumenti, e-zemljiška knjiga itd.) se je pričakovalo, da se bodo notarske storitve temu prilagodile, prav tako pa tudi, da bo o delovanju notarske dejavnosti javnosti na voljo več podatkov.

Ni znano, da bi bile javno dostopne informacije o tem, kakšna je resnična in dejanska finančna plat izvajanja notarske dejavnosti. V več virih (na primer člankih časnikov *Finance*, *Delo* in *Slovenske novice*) lahko najdemo trditve, da notarji poslujejo nadpovprečno uspešno in si ustvarjajo veliko zasebno premoženje. Resnica je, da v Sloveniji utemeljenega odgovora in preverbe te hipoteze še nimamo. Da bi se izognili nejasnostim in špekulacijam, jo je treba znanstveno preveriti. Dodatna dilema je še, ali se javnost lahko prepriča o dobičkonosti notarske dejavnosti v Sloveniji in kako lahko to stori.

Cilj tega prispevka je tako proučiti delovanje notarske dejavnosti v Sloveniji in dostop javnosti do računovodskih in drugih podatkov o finančnem poslova-

¹ Javnost – pripadniki družbene, ekonomske in pravne ureditve, člani in članice neke družbe, skupnosti ali prostora.

nju notarjev pri nas ter preveriti tezo, da je notarska dejavnost v Sloveniji nadpovprečno donosna storitvena dejavnost. Dodatni cilji so še raziskati razloge za obstoječe stanje informiranja javnosti o finančni plati poslovanja notarske dejavnosti, kakšne so prednosti in slabosti javnosti razpoložljivih podatkov o poslovanju notarjev ter kako je to vprašanje rešeno v sosednji Avstriji.

Za raziskovanje v tem prispevku sva zbrala in proučila razpoložljive finančne podatke o notarski dejavnosti v Sloveniji za zadnjih pet let, jih primerjala s povprečjem vseh storitvenih (pravnih in drugih storitev), tako po različnih finančnih vidikih uspešnosti in učinkovitosti kot tudi dostopnosti. Uporabljena je raziskovalna metoda primerjave pravnih in drugih podlag za delovanje notarjev, analiza vsebin in metoda intervjuja. Uporabila sva tudi metodo ekonomske analize prava.

2. NASTANEK IN RAZVOJ NOTARSKE DEJAVNOSTI V SLOVENIJI

Notariat na današnjem ozemlju Slovenije obstaja od 21. maja 1855, ko je bil sprejet avstrijski notarski red, ki je veljal tudi v slovenskih deželah tedanje Avstrije. Latinski tip notariata je bil 17. novembra 1944 z odlokom Antifašističnega sveta narodne osvoboditve Jugoslavije (AVNOJ) odpravljen. Za ta tip notariata, ki je bil pri nas v začetku 90. let prejšnjega stoletja vnovič uveden, je značilno, da omogoča trdno mednarodno organiziranost notarjev in učinkovito opravljanje notarskih storitev tudi v razmerjih z mednarodnim elementom. Slovenski pravosodni sistem je dobil novo nepristransko ustanovo. Prvi notarji so začeli delovati leta 1995.² Ena bistvenih značilnosti latinskega tipa notariata je tudi *numerus clausus* notarskih mest, njihovo določanje pa je večinoma v pristojnosti ministra za pravosodje in javne uprave.³ Obstajata dve merili za določitev števila notarjev. Velja, da mora biti en notar na določeno število prebivalcev (do 30.000) ali pa je treba upoštevati gospodarsko moč področja. V praksi se je uporabilo prvo merilo, torej število prebivalcev. To je povzročilo oblikovanje dveh vrst notarskih pisarn, ki imajo bistveno različno strukturo, bistveno različne prihodke in stroške, različne interese ipd., kar posledično pomeni tudi drugačno organiziranost pisarn.⁴ S tem pa so se kot najpomembnejšo pridobitev notariata začeli izpostavljati prihodke notarskih pisarn.⁵

² A. Veble, nav. delo, str. 7.

³ R. Gajšek, nav. delo, str. 20.

⁴ A. Dokler, nav. delo, 2002, str. 75.

⁵ A. Škrk, nav. delo, str. 13.

3. RAZLOGI OBSTOJEČEGA STANJA O JAVNIH PODATKIH NOTARSKE DEJAVNOSTI V SLOVENIJI

Potreba po transparentnosti poslovanja vseh poslovnih subjektov izvira iz dveh razlogov. Prvi je razviden iz namena javne objave, ki omogoča preprost in učinkovit dostop do (s)poročil in podatkov o poslovanju poslovnih subjektov, ki so pomemben del informacij pri sprejemanju poslovnih odločitev in s tem primerne obvladovanja tveganj, povezanih s poslovnim sodelovanjem s katerikoli poslovnim partnerjem, tudi notarjem. Drugi razlog je v potrebni transparentnosti delovanja pravne in demokratične države in lokalnih skupnosti. Gre za potrebo po zaupanju v odgovornost nosilcev javnih funkcij, saj javna dostopnost informacij omogoča bolj argumentirano razpravo o zadevah javnega pomena, zmanjšuje tveganja za slabo upravljanje, zlorabo oblasti, predvsem pa omejuje sistemsko korupcijo, nepošteno konkurenco in klijentelizem, kar pa so dejavniki, ki slabijo zaupanje v katerokoli dejavnost, tudi notarsko. Na teh razlogih je utemeljena potreba po prvotnem spoznavanju dejanskega stanja podlag, ki okvirjajo delovanje in posredovanje podatkov javnosti o poslovanju notarske dejavnosti pri nas.

Razloge za stanje okvirja delovanja in transparentnosti notarske dejavnosti je možno razdeliti v dve skupini:

1. pravne podlage v zakonodaji in
2. pravne podlage v strokovnih okvirjih.

3.1 Pravne podlage v zakonodaji

Pravne podlage, ki opredeljujejo delovanje in poslovanje notariata pri nas so:

- Zakon o notariatu,
- Notarska tarifa,
- Pravilnik o poslovanju notarjev,
- Statut Notarske zbornice Slovenije,
- Pravilnik o centralnem registru oporok,
- Pravilnik o delovnem času notarjev
- Zakon o elektronskem poslovanju in elektronskem podpisu,
- Zakon o gospodarskih družbah,
- Zakon o dohodnini,
- Zakon o davku od dohodkov pravnih oseb,
- Zakon o davčnem postopku,
- Zakon o dostopu do informacij javnega značaja.

Zakon o notariatu (ZN)⁶ v skladu s 137. členom Ustave RS določa, da je notariat javna služba, ki jo opravljajo notarji in notarke, imenovani po tem zakonu. Ti opravljajo svoboden poklic.⁷ Javna služba je opredeljena kot družbi nujno potrebna dejavnost, prek katere se zadovoljujejo potrebe po javnih dobrinah in storitvah, ki jih v javnem interesu trajno in nemoteno zagotavlja državna oziroma lokalna skupnost, kadar in če jih ni mogoče zagotavljati na trgu, pri tem pa njen prvenstven cilj ni pridobivanje dobička.⁸ Notarju je tako zaupana javna naloga, da sprejema izjave volje strank, jih opredeli in jim da pravno obliko, tako da ustvari ustrezne listine. Status tako imenovanega svobodnega poklica pomeni, da posameznik ni niti javni uslužbenec niti zaposlen v katerikoli pravni osebi, ampak je samozaposlen, samostojen in neodvisen. Poklic je dolžan opravljati le osebno, lahko pa ima enega notarskega pomočnika.⁹

Člen 2 ZN določa:

»Prihodki notarjev kot oseb javnega zaupanja so javni za potrebe varovanja ugleda notariata kot javne službe in za zagotavljanje zaupanja strank glede delovanja notariata kot javne službe. Poleg prihodka notarja so javni tudi njegovo ime in priimek ter naslov sedeža notarske pisarne«.

Podatke na podlagi 2. člena ZN o poslovanju notarjev zbira in posreduje Notarska zbornica Slovenije. Ta podatke prejme od notarjev. Na podlagi klica na Notarsko zbornico Slovenije ter poskusa navezave stika prek elektronske pošte do odgovora, katere podatke imajo na voljo na zbornici, nisva uspela priti.

Notarji pri nas so včlanjeni v Notarsko zbornico Slovenije, ki je po ZN pravna oseba. Zbornica skrbi za ugled, verodostojnost in razvoj notariata ter zastopa interese notarjev in notarskih pomočnikov.¹⁰ Enkrat letno mora o svojem delovanju in delovanju notarjev poročati ministru za pravosodje. Sestavljajo jo skupščina zbornice (ki sprejema statut zbornice in druge splošne akte ter voli izvršni in nadzorni odbor ter predsednika), izvršni in nadzorni odbor ter predsednik zbornice. Zbornica vodi centralni register oporok kot informatizirano bazo podatkov. Vsebuje podatke o:

- oporokah, sestavljenih v obliki notarskega zapisa;
- oporokah, ki so shranjene pri notarju;
- oporokah, ki jih sestavi odvetnik ali so mu izročene v hrambo;

⁶ Ur. l. RS, št. 13/94 in nasl.

⁷ J. Dernovšek, nav. delo, str. 21.

⁸ <http://sl.wikipedia.org/wiki/Javna_sl%C5%BEba> (28. 4. 2015).

⁹ A. Dokler, nav. delo, 2010, str. 44.

¹⁰ <www.notar-z.si/predstavitev/predstavitev> (28. 4. 2015).

- sodnih oporokah in oporokah, izročenih v hrambo sodišču na podlagi določil zakona, ki ureja dedovanje.

Notarsko pisarno mora notar organizirati v skladu s Pravilnikom o poslovanju notariata, svojo dejavnost pa opravlja tam, kjer ima sedež (v posebnih okoliščinah tudi zunaj svoje pisarne).¹¹ Notarju moramo zaupati, zato je pomembno, da tudi s svojo podobo in poslovanjem kaže profesionalnost, zanesljivost, zaupanje in ugled.¹² Zagotoviti je treba ustrezno hrambo notarskih listin in ustrezen nadzor nad poslovanjem notarja s strani Ministrstva za pravosodje, predsednikov višjih sodišč in Notarske zbornice. Nadzor vključuje tudi preverjanje finančnega poslovanja notarjev, vendar zgolj z vidika njihovih prihodkov.¹³ Nadzor nad zakonitostjo opravljanja notariata izvaja ministrstvo, neposredni nadzor nad poslovanjem notarja oziroma začasnega namestnika pa opravlja Notarska zbornica.¹⁴ Dejansko nad finančnim poslovanjem notarjev bdi Notarska zbornica oziroma notarji sami.¹⁵

Bistvena vsebina notariata z vidika opravljanja notarske dejavnosti je sestavljanje javnih in zasebnih listin ter s tem povezano pravno svetovanje udeležencem pravnih poslov.¹⁶ Posledica kršitve dolžnosti in pooblastil je odškodninska odgovornost notarja.¹⁷ Notar osebno odgovarja za škodo v zvezi z opravljanjem notariata.¹⁸

Pravilnik o poslovanju (v nadaljevanju: Pravilnik) določa, da mora notar zaradi evidence notarskih storitev voditi naslednje vpisnike in knjige:

- splošni vpisnik;
- vpisnik overitev podpisov z abecednim imenikom strank;
- protestni register;
- vpisnik zadev, ki jih notarju preda v poslovanje sodišče z abecednim imenikom strank;
- vpisnik oseb, ki so pred notarjem sestavile oziroma mu predale v hrambo oporoko;
- vpisnik hrambe denarja, vrednostnih papirjev in listin;
- vpisnik deponiranih podpisov z abecednim imenikom strank;

¹¹ B. Podgoršek, nav. delo, 2000, str. 37–39.

¹² L. Pisani, nav. delo, 2010, str. 75.

¹³ A. Dokler, nav. delo, 2010, str. 45

¹⁴ Prav tam.

¹⁵ Ur. l. RS, št. 45/08.

¹⁶ J. Dernovšek, nav. delo, 2000, str. 21.

¹⁷ Prav tam, str. 65.

¹⁸ A. Ratnik, nav. delo, 2006, str. 37.

- vpisnik zemljiškoknjižnih postopkov z abecednim imenikom strank;
- skupni abecedni imenik strank za vpisnike pod 1., 3., 5. in 6. točko.¹⁹

Vpisniki in knjige se lahko vodijo v elektronski obliki, razen vpisnika zemljiško-knjižnih postopkov z abecednim imenikom strank, ki se mora voditi samo v elektronski obliki. Vendar pa velja, da morajo imeti vpisniki in knjige v elektronski obliki enake lastnosti in predpisane podatke kot tiste v fizični obliki. Vodenje v elektronski obliki lahko notar začne, ko je vpisan v evidenco notarjev, ki jo vodi Notarska zbornica Slovenije. Vodenje je treba izvajati kronološko in čitljivo.²⁰

Z razvojem interneta in informacijskih tehnologij se je razvilo elektronsko izmenjevanje podatkov med fizičnimi in pravnimi osebami.²¹ Prehod s klasičnega na elektronsko poslovanje je omogočil nastanek elektronskega prostora, v katerem notarji varno in trajno hranijo notarske listine. Nevarnost hude prostorske stiske se je tako zmanjšala, saj tehnologija omogoča hitrejšo in ekonomično poslovanje. Posel lahko sklenemo kjerkoli in v najhitrejšem času. Pri tem se pojavlja nevarnost, saj elektronsko sklepanje pravnih poslov ne varuje enega od temeljnih namenov predpisane obličnosti. To so odpravili z Zakonom o elektronskem poslovanju in elektronskem podpisu, ki določa, da je elektronska oblika enakovredna predpisani pisni obliki, če so podatki v elektronski obliki dosegljivi in primerni za poznejšo uporabo.²²

Zakon o gospodarskih družbah (ZDG-1)²³ med drugim v 58. členu določa, da mora Agencija Republike Slovenije za javnopravne evidence in storitve (AJ PES) javno objaviti letna poročila in konsolidirana letna poročila velikih in srednjih kapitalskih družb, dvojnih družb in tistih majhnih kapitalskih družb z vrednostnimi papirji, s katerimi se trguje na organiziranem trgu, skupaj z revizorjevim poročilom.²⁴ Javna objava pomeni dostopnost podatkov in informacij javnosti. Podatkov iz letnih poročil za javno objavo in za državno statistiko ne predlagajo samostojni podjetniki, ki so obdavčeni na podlagi ugotovljenega dobička z upoštevanjem normiranih odhodkov ter poslovni subjekti, ki niso ustanovljeni kot pravne osebe in nimajo statusa samostojnega podjetnika (notarji, odvetniki, samostojni zdravstveni delavci, samostojni kulturni delavci, športniki, novinarji, nekateri drugi poslovni subjekti in civilna združenja).²⁵

¹⁹ Ur. l. RS, št. 30/11.

²⁰ Prav tam.

²¹ A. Šanca, nav. delo, str. 58.

²² B. Podgoršek, nav. delo, 2003, str. 46-47.

²³ Ur. l. RS, št. 42/06 (60/06 – popr.) in nasl.

²⁴ Ur. l. RS, št. 65/09.

²⁵ <http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:ZxumlSbRffcJ:www.ajpes.si/letna_porocila/splosno+&cd=1&hl=sl&ct=clnk&gl=si> (28. 4. 2015).

Na podlagi ZGD-1 so notarji dolžni voditi poslovne knjige in poročati o svojem poslovanju v skladu z Zakonom o dohodnini (ZDoh-2)²⁶ in Zakonom o davku od dohodkov pravnih oseb (ZDDPO-2).²⁷ Zakon o spremembah in dopolnitvah Zakona o dohodnini (ZDoh-2L)²⁸ in Zakon o spremembah in dopolnitvah Zakona o davčnem postopku (ZDavP-2F)²⁹ sta prinesla številne novosti za zavezance, ki ugotavljajo davčno osnovo z upoštevanjem normiranih odhodkov. Ti morajo od 1. januarja 2013 sami izračunati dohodnino od dohodka iz dejavnosti v davčnem obračunu.³⁰

Tukaj je treba omeniti, da je v sodbi v zadevi U 935/2005 z dne 23. novembra 2005 Upravno sodišče RS razsodilo, da je lahko podatek o dohodku in poslovnem izidu iz dejavnosti notarja pod pogoji iz Zakona o dostopu do informacij javnega značaja (ZDIJZ)³¹ javnosti razkrit.³²

3.2 Pravne podlage v strokovnih okvirjih

Med strokovnimi okvirji za delovanje notarske dejavnosti je treba omeniti Kodeks notarske poklicne etike. Ta opredeljuje temeljna načela in pravila, po katerih naj se ravnaajo notarji pri opravljanju svojega poklica.³³ Notarji so svoj kodeks sprejeli na skupščini Notarske zbornice Slovenije 15. aprila 1996. Med drugim Kodeks notarske poklicne etike določa, naj si notar kot oseba javnega zaupanja ves čas prizadeva, da si to zaupanje ohrani, ga utrjuje in ga z nobenim dejanjem ne omaje. Tako se ta zahteva sklada s potrebo po povečevanju potrebne transparentnosti delovanja pravne in demokratične države in lokalnih skupnosti, saj je to bistven element zaupanja v nosilce javnih funkcij. Vsakršno netransparentnost je potem mogoče razumeti kot zmanjševanje prizadevanj pri zagotavljanju potrebne transparentnosti in s tem posledično manjšanje zaupanja v dejavnost.³⁴

²⁶ Ur. l. RS, št. 117/06 in nasl.

²⁷ Prav tam.

²⁸ Ur. l. RS, št. 94/12.

²⁹ Prav tam.

³⁰ Ur. l. RS, št. 94/12.

³¹ Ur. l. RS, št. 24/03 in nasl.

³² <www.sodisce.si/usrs/odlocitve/59624/> (28. 4. 2015).

³³ <www.notar-z.si/drupal/sites/default/files/notarski-kodeks-etike.pdf> (28. 4. 2015).

³⁴ Prav tam.

4. POSLOVANJE NOTARSKE DEJAVNOSTI V SLOVENIJI

Podatki o prihodkih so celotna prejeta denarna sredstva iz poslovanja notarske pisarne (celoten promet – pri tej gospodarski kategoriji ne gre za čisti prihodek notarja) in so rezultat dela notarjev kot tudi sredstev v hranjenje, upravljanje itd. Ker notar ni niti javni uslužbenec niti pravna oseba s pridobitno dejavnostjo, njegovo poslovanje pa ima veliko posebnosti, njegovi prihodki niso primerljivi z zaslužki javnih uslužbencev in drugih funkcionarjev.³⁵ V Republiki Slovenije je notariatu najbližja dejavnost odvetništvo. Bistvena razlika med njima je v tem, da velja za notarje po Zakonu o notariatu *numerus clausus*, odvetnik pa lahko postane vsakdo, ki izpolnjuje zakonske pogoje za vpis v imenik odvetnikov.³⁶

Iz sredstev celotnega prometa notariata se morajo najprej zagotoviti vsa plačila vsem zaposlenim v skladu z delovnopravno zakonodajo (torej plače, regresi, nadomestila itd.) in tudi plačila delavcem v primeru odsotnosti redno zaposlenih. Nadalje se morajo iz celotnega prometa kriti tudi vsi stroški v zvezi s poslovanjem notariata. Upoštevati moramo, da je delovanje notarske pisarne povezano z visokimi stroški, ki pa se jim notar zaradi zagotavljanja pravne varnosti ne more izogniti (na primer vrhunska računalniška oprema, ustrezni prostori za arhiv in ognjevarne omare, predpisane notarske listine in vpišniki ipd.). Če od zneska prihodkov odštejemo vse te gospodarske kategorije, še ne pridemo do dobička notarske dejavnosti. Notar mora namreč izpolniti še svojo obveznost do države, plačati mora torej davek od dejavnosti oziroma dohodnino v višini 41 odstotkov oziroma v odvisnosti od dohodninskega razreda, v katerega pade. Upoštevati moramo tudi osebno odškodninsko odgovornost notarja (notar za morebitne napake pri svojem delu odgovarja z vsem svojim premoženjem), po čemer se bistveno razlikuje od drugih. Neodvisnost in primeren družbeni položaj notarju torej zagotavlja njegov primeren prihodek.³⁷ Iz teh podatkov navsezadnje niso razvidni premoženjski položaj, dolgovi, sredstva in druge sestavine gospodarskega poslovanja. Za primerno obvladovanje tveganj bi bilo namreč zanimivo pridobiti podatke o gospodarskih kategorijah, kot so stroški rezervacij, škod, višina in vrsta obveznosti do virov sredstev, denarnih tokov idr., da bi si lahko uporabniki notarskih storitev ustvarili predstavo o poslovni dejavnosti. To pa bi bil tudi pokazatelj transparentnosti o zaupanju vrednem poslovnem partnerju.

³⁵ <www.google.si/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&frm=1&source=web&cd=1&ved=0CCoQFjAA&url=http%3A%2F%2Fwww.slovenskenovice.si%2Fsites%2Fslovenskenovice.si%2Ffiles%2Farticle_attachments%2Fprihodki_2011.pdf&ei=lktDUZLZKczCtAaPzIGgBQ&usg=AFQjCNGKi62Z7RIVLCHkZYibIRJYPpF1Ag&sig2=F1N56Pph75RuwHoOpLSYPA> (28. 4. 2015).

³⁶ J. Dernovšek, nav. delo, str. 21.

³⁷ Prav tam.

Ministrstvo za finance, natančneje Finančna uprava RS (FURS), navaja, da so prihodki notarjev obdavčeni z dohodnino kot dohodkom iz dejavnosti. V primeru, ko notar ugotavlja davčno osnovo z upoštevanjem dejanskih prihodkov in odhodkov, je davčna osnova dobiček, ki se ugotovi v davčnem obračunu. Prilogi davčnega obračuna sta tudi bilanca stanja in izkaz poslovnega izida. FURS zbira in hrani podatke, ki izhajajo iz davčnega obračuna akontacije dohodnine od dohodka iz dejavnosti, iz obračuna davčnega odtegljaja in iz davčnih napovedi, vendar pa lahko zaradi varovanja davčne tajnosti posreduje le zbirne podatke na ravni posamezne dejavnosti.³⁸

Ministrstvo za pravosodje in javno upravo ter Notarska zbornica Slovenije obravnavata predlog za znižanje notarskih tarif zaradi gospodarske krize in poslabšanja finančnega stanja prebivalstva.³⁹ Notarji nasprotujejo predvsem tistim predlogom zakona, ki se nanašajo na ukinitve notarskih mest in s tem povezano sprostitev trga ter ukinitve krajevne pristojnosti notarjev. V Zbornici menijo, da bi sprostitev notarskih mest v Sloveniji povzročila koncentracijo notarjev v večjih mestih, posledično pa propad manjših notarjev zunaj večjih središč. Zato so se ob začetkih notariata odločili za omejitev števila notarjev v Sloveniji, prav tako tudi zaradi zagotavljanja stabilnosti delovanja notarskih pisarn ter rednega in zanesljivega nadzora nad poslovanjem te javne službe.⁴⁰

5. ANALIZA EKONOMSKIH PODATKOV O DOSEDANJEM POSLOVANJU NOTARJEV V SLOVENIJI

Ekonomska analiza prava je del ekonomske vede, ki analizira vzpostavljanje, strukturo, proces in ekonomske posledice prava ter pravnih institucij. Uporablja predvsem koncepte in orodja mikroekonomike in ekonomske blaginje.⁴¹

Ugotavlja, da javnosti ni na voljo nobenih podatkov o finančni plati poslovanja notarjev za obdobje pred letom 2006. Z ZN je javnost v 2. členu tega zakona šele po letu 2006 dobila zakonsko pravico do podatka o prihodkih notarjev. V praksi pa avtorja tega prispevka kot predstavnika javnosti tega konkretnega podatka v šestih mesecih in več prošnjah ter stikih nisva prejela. Odgovori predstavnikov Notarske zbornice so bili, v prvem primeru, da teh podatkov ne zbirajo in nimajo na voljo,⁴² v drugem primeru pa so posredovali podatke

³⁸ Dopis št. 100-219/13.

³⁹ <www.slovenskenovice.si/novice/slovenija/notarji-bodo-znizali-svoje-tarife> (28. 4. 2015).

⁴⁰ <www.delo.si/novice/slovenija/notarji-kakovost-storitev-se-bi-zmanjsala.html> (28. 4. 2015).

⁴¹ K. Zajc, nav. delo, str. 18.

⁴² Dopis z dne 24. julija 2013.

o prihodkih vseh notarskih pisarn od leta 2008 do leta 2011, kar ne omogoča nobene uporabne vrednosti ali transparentnosti o poslovanju posameznega notarja, s katerim bi lahko odločevalec – potencialna stranka notarja, gradila svoje zaupanje oziroma skušala obvladovati svoja tveganja s posameznim notarjem, kot to počne s svojimi drugimi poslovnimi partnerji. Notarska zbornica je v nadaljevanju zagotovila podatke o bruto prihodku, torej celotnem prometu posamezne notarske pisarne,⁴³ kar je že bolje, toda v primerjavi z informacijami o drugih partnerjih še vedno neuporabno.

Poskusila sva še z zbiranjem podatkov neposredno pri notarjih, vendar tudi tukaj povsem neuspešno. Večina notarjev, s katerimi sva navezala stik, je prošnjo za posredovanje podatkov in pogovor o tem preprosto prezrla ali pa so poslali dobesedno enak zavrnilni odgovor, da teh podatkov ne želijo posredovati. Ti isti notarji, ki so odgovorili, so kot razlog neposredovanja finančnih podatkov o svojem poslovanju navedli, da ne vodijo podrobnih podatkov o prihodkih in drugih gospodarskih kategorijah, ker zakon tega od njih ne zahteva ali zato ker so ti podatki po njihovem mnenju poslovna skrivnost ali pa menijo, da javnost nima pravice vedeti, kako poslujejo.

Na Statističnem uradu Republike Slovenije je mogoče pridobiti podatek o številu notarjev skozi posamezna leta, podatkov o prihodkih oziroma dobičkih posameznih notarjev pa nimajo. Vidimo, da se je število notarjev od leta 1997 do leta 2003 gibalo med 67 in 68. Ti podatki so nam na voljo le za okoli deset let nazaj, kar kaže na to, da poslovanju notarske dejavnosti tudi na Statističnem uradu RS ne namenjajo večje pozornosti. Zasledimo tudi podatek, da je lastnina notarjev v celoti zasebna, kapital pa je domači.⁴⁴ Leta 1994, ko je država določila skupno 63 notarskih mest, se je njihovo število do začetka leta 2008 povečalo in je doseglo kar 125 mest. Leta 2008 pa je bilo skladno z dvema spremembama odredbe o številu in sedežu notarskih mest ukinjenih 26, predvsem zaradi nezanimanja za ta poklic (zaradi manjše pristojnosti notarjev, prenosa nekaterih overitev na upravne enote, kriznih časov itd.).⁴⁵

Podatkovno skladišče FURS je bilo med vsemi javnimi viri še najbolj uporabno, saj pridobljeni podatki razkrivajo informacije števila notarskih mest za zadnjih pet let in njihovih prihodkih. Leta 2010 je bilo število predloženih obračunov najvišje, in sicer 97. Leto prej in leta 2012 je doseglo 94, leta 2008 pa zgolj 90. Leta 2011 je FURS prejel 93 obračunov.⁴⁶

⁴³ Dopis z dne 21. avgusta 2013.

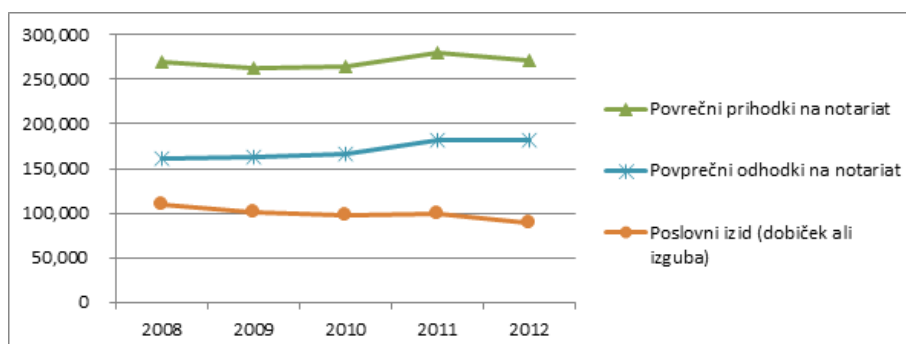
⁴⁴ R. Gajšek, nav. delo, str. 20.

⁴⁵ <www.rtv-slo.si/slovenija/lani-skoraj-nihce-ni-hotel-med-notarje/212526> (28. 4. 2013).

⁴⁶ Dopis št. 100-219/13.

»Notarji na zaposlenega ustvarijo 69.000 evrov prihodka,« trdi Lukić (2011). Koliko od teh prihodkov pa je dejansko dobička, ni znano, saj notarjem tega podatka ni treba razkriti, ob tem pa ta podatek tudi ni primerljiv z drugimi in je tako neuporaben za kakršnokoli odločanje. Prihodke morajo namreč po zakonu prikazati le za potrebe varovanja ugleda notariata kot javne službe in za zagotavljanje zaupanja strank. Velja, da povprečen notar ustvari okoli 275.000 evrov prihodkov na leto, pri vseh notarjih pa je zaposlenih okoli 270 ljudi.⁴⁷

Slika 1: Podatki iz obračunov akontacije dohodnine od dohodkov iz dejavnosti notarjev.



Podatke o poslovanju notarjev, ki jih ponazarja Slika 1, sva pridobila na podlagi prošnje Ministrstvu za finance za posredovanje informacij in podatkov o finančni plati poslovanja notarjev v Sloveniji. Ministrstvo, natančneje FURS, zbira in hrani podatke, ki izhajajo iz davčnega obračuna akontacije dohodnine od dohodka dejavnosti (vključno s podatki, ki izhajajo iz bilance stanja in izkaza poslovnega izida),⁴⁸ iz obračuna davčnega odtegljaja in iz davčnih napovedi, vendar pa lahko zaradi varovanja davčne tajnosti posreduje le zbirne podatke na ravni notariata.⁴⁹

Na podlagi lastne analize sva ugotovila, da imajo najvišji prihodek notarske pisarne v večjih mestih, in sicer v Ljubljani in Mariboru. Od petih notarskih pisarn, ki so imele v letu 2011 najvišji prihodek, je le ena v Mariboru, preostale štiri pa so v Ljubljani. Najvišji prihodek v letu 2011 je zabeležila notarska pisarna v Ljubljani, in sicer v višini 843.699 evrov, tudi v letu 2010 je imela najvišji prihodek notarska pisarna v Ljubljani, in sicer 980.367,69 evra. Najnižji priho-

⁴⁷ <www.slovenskenovice.si/novice/slovenija/slovenija-ima-91-notarjev-sluzijo-mastno> (28. 4. 2015).

⁴⁸ Ta informacija FURS-a pa je v nasprotju z izjavami nekaterih notarjev, da teh informacij nimajo.

⁴⁹ Dopis št. 100-219/13.

dek v letu 2011 je bil pod 100.000 evrov, zabeležile pa so ga notarske pisarne v manjših krajih, kot so na primer Šentjur pri Celju, Brezovica pri Ljubljani, Radlje ob Dravi in Medvode. Ena notarska pisarna je v letu 2011 za celotno delovanje pisarne beležila prihodek, ki je znašal manj kot 50.000 evrov.

Prihodki posameznih notarjev sicer večinoma padajo, vendar pa so se skupni prihodki notarjev od leta 2007 do leta 2011 povečali za 2,31 odstotka. Tako razlog za padec prihodkov posameznega notarja zagotovo ni gospodarska kriza, saj se je tudi skupni prihodek notarjev leta 2011 glede na leto prej povečal za dobrega pol milijona evrov – na skoraj 25 milijonov.⁵⁰

6. POMEN DOSTOPA DO PODATKOV O POSLOVANJU NOTARSKE DEJAVNOSTI V SLOVENIJI

Podatki o poslovanju notarske dejavnosti so pri nas javnosti še vedno nedosegljivi. Eden od ciljev te raziskave je bil preveriti, kako se lahko javnost informira o delu notarjev in raziskati, kakšne so prednosti in slabosti javno objavljenih podatkov o njihovem poslovanju. Sinteza ugotovitev o prednostih in slabostih javne objave je pripravljena na podlagi analize in primerjave zapiskov iz pogoovorov z notarji in notarkami v Sloveniji.

Javni podatki o poslovanju subjekta omogočajo predhodno izdelavo ocene tveganja in strokovnosti dela ter poslovanja subjekta, ki je javno objavil informacije o svojem poslovanju.

Pomaga ovrednotiti gospodarske in druge povezave s podjetjem ter se odločiti o prihodnosti teh povezav. Ni treba posebej izkazati pravnega interesa za dostop do podatkov in informacij pri AJPES-u.

Javna objava podatkov povzroča dodatne stroške poslovanja. Gospodarske družbe, zadruge in samostojni podjetniki morajo v nasprotju s preteklimi leti plačati nadomestilo šele po opravljeni storitvi javne objave letnega poročila na podlagi računa, ki ga bo posredoval AJPES. Nestrokovna interpretacija javno dostopnih podatkov o poslovanju subjektov ima lahko negativni vpliv na poslovanje subjekta, ki želi poslovati transparentno. Navsezadnje se pojavlja tudi vse večji pritisk na neodvisnost delovanja notarjev.

⁵⁰ <www.slovenskenovice.si/novice/slovenija/slovenija-ima-91-notarjev-sluzijo-mastno> (28. 4. 2015).

7. PRIMERJAVA POSLOVANJA NOTARSKE DEJAVNOSTI Z AVSTRIJO

Notarji v Avstriji prav tako izvajajo javno funkcijo. Niso javni uslužbenci, ne zaposluje jih zvezna država. Država jih plača in pooblasti za posebne naloge; samo ko delujejo kot komisarji sodišča, so agenti sodišča.⁵¹

Notarji civilnega prava v Avstriji morajo biti po zakonu neodvisni in nepristranski, njihova glavna naloga pa je pomagati ljudem pri pravnih poslih. Njihovo sodelovanje v pravnih poslih pomaga varovati pravno varnost in preprečuje pravdanje. Njihova vloga overitelja uveljavlja načelo verodostojnosti javnih listin.⁵² Pomembnejša načela, ki jih morajo notarji izpolnjevati, so tudi javno zaupanje, tajnost in dostopnost notarskih pisarn.

Notarji v Avstriji se večinoma ukvarjajo z legalizacijo in overitvijo listin. Prav tako so udeleženi pri številnih pravnih poslih in nudijo pravno pomoč javnosti.⁵³

Opravljajo tri vrste dejavnosti:

- sestavljanje javnih listin, hrambo predmetov tretje stranke in overitev postopkov (na primer loterije, žrebanj ali sestankov delničarjev družb),
- sestavljanje zasebnih listin in zastopanje strank,
- izvajanje uradnih dejanj, rezerviranih za notarja po navodilih sodišča v nepravnih postopkih.

V svoji najpomembnejši funkciji komisarja sodišča notarji obravnavajo tudi zapuščinske zadeve.⁵⁴

Pristojbina za notarja v Avstriji se določi v skladu z Zakonom o notarski tarifi. Zvezno ministrstvo za pravosodje določi število notarskih mest in krajev uradov. Zvezni minister za pravosodje je tudi odgovorna oseba za nadzor javnih notarjev v Avstriji, skupaj z upravo ministrstva za pravosodje in Notarske zbornice. Poklic notarjev v Avstriji je urejen s posebnim disciplinskim pravom.⁵⁵

V Avstriji so pravna izobraževanja, pa tudi usposabljanje, da nekdo postane notar, stroga in zamudna. Prosilci za poklic notarja v Avstriji morajo imeti avstrijsko državljanstvo in morajo imeti končano šolo pravnega študijskega programa. Notarja v Avstriji imenuje avstrijski državni tožilec na podlagi predlogov, ki jih dobi od Notarske zbornice. Število notarskih mest oziroma polo-

⁵¹ <https://e-justice.europa.eu/content_legal_professions-29-at-sl.do> (28. 4. 2015).

⁵² Prav tam.

⁵³ <www.bridgewest.eu/article/public-notary-in-austria> (28. 4. 2015).

⁵⁴ <https://e-justice.europa.eu/content_legal_professions-29-at-sl.do> (28. 4. 2015).

⁵⁵ <<http://www.bridgewest.eu/article/public-notary-in-austria>> (28. 4. 2015).

žajev v Avstriji je prav tako omejeno z zakonom. Kandidat za notarja v Avstriji mora biti diplomant študija prava. Če se želi vpisati v imenik notarjev oziroma kandidatno listo, mora izpolnjevati nekatere zahteve, prav tako mora najti odvetnika. Oseba mora imeti vsaj devet mesecev prakse in ne sme biti starejša od 35 let. Kandidat mora opraviti tudi notarski izpit, ter se udeležiti številnih izobraževanj, ki jih predpiše Notarska zbornica.⁵⁶

Notariatu sorodna dejavnost v Avstriji je prav tako kot tudi v Sloveniji odvetništvo. Odvetniki so samozaposleni, vendar jih ne imenuje noben organ, njihova temeljna naloga pa je varovanje interesa svojih strank. Prav tako so primerljivi tudi sodniki, saj so notarji, ko so jim dodelili pristojnost za overitve, sodnike razbremenili odgovornosti, ki ne spadajo v jedro sojenja.⁵⁷

Če primerjamo notarsko dejavnost v Sloveniji in Avstriji, vidimo, da obe dejavnosti vodijo poslovne knjige podobno kot drugi, na primer samostojni podjetniki ter poročajo FURS-u za potrebe obdavčitve po ZDoh-2 in ZDDPO-2.

8. SKLEP

Omeniti je treba še sodbo v zadevi U 935/2005 z dne 23. novembra 2005 Upravnega sodišča RS, v kateri je sodišče razsodilo, da je lahko podatek o dohodku in poslovnem izidu iz dejavnosti notarja pod pogoji iz ZDIJZ javnosti razkrit.⁵⁸ Toda kljub temu v Sloveniji podatkov o finančni plati poslovanja notarjev ni možno preprosto pridobiti. Še največ uporabnih podatkov lahko zagotavlja FURS, čeprav bi bilo upravičeno pričakovati, da bi bila Notarska zbornica bila tista, ki je javnosti v največjo pomoč. Ta se zagovarja, češ da teh podatkov nima voljo, to pa je v nasprotju z 2. členom ZN. Velja omeniti, da je obnašanje Notarske zbornice in notarjev vprašljivo z vidika Kodeksa notarske poklicne etike (2. člen), po katerem naj bi se notarji kot osebe javnega zaupanja ves čas prizadevali, da si to zaupanje ohranijo, ga utrjujejo in ga z nobenim dejanjem ne omajejo.⁵⁹ Transparentnost pa je eden od dejavnikov gradnje zaupanja. Tako vprašanja o finančni plati poslovanja notarjev še vedno ostajajo odprta in nedorečena, mnenja glede tega so različna, posledica takega stanja pa je dvom javnosti v urejenost in s tem v zaupanje notarjev.

⁵⁶ <<http://www.bridgewest.eu/article/public-notary-in-austria>> (28. 4. 2015).

⁵⁷ <https://e-justice.europa.eu/content_legal_professions-29-at-sl.do> (28. 4. 2015).

⁵⁸ <<http://www.sodisce.si/urs/odlocitve/59624/>> (28. 4. 2015).

⁵⁹ <<http://www.notar-z.si/drupal/sites/default/files/notarski-kodeks-etike.pdf>> (28. 4. 2015).

Literatura

- Aleksander Šanca: Notarji in elektronsko poslovanje, v: *Notarski vestnik* VI (2010) 7, str. 58–60.
- Alenka Ratnik: *Notarski fiduciarni posli*. GV Založba, Ljubljana 2006.
- Andrej Dokler: Poslovanje notarske pisarne, v: *Notarski vestnik*, III (2002) 3, str. 70–75.
- Andrej Dokler: Javna služba, notar, notarska pisarna, v: *Notarski vestnik*, VI (2010) 7, str. 44–45.
- Andrej Škrk: Iz nič do uspešne organiziranosti, v: *Notarski vestnik* VI (2010) 7, str. 13.
- Andrej Veble: Dokazni učinki notarskih listin v mednarodnem pravnem prometu. GV Založba, Ljubljana 2012.
- Bojan Podgoršek: Kodeks notarske etike, v: *Notarski vestnik* (2000), str. 37–39.
- Bojan Podgoršek: E-notar, v: *Notarski vestnik*, IV (2003) 4, str. 46–47.
- Jana Ahčin – Davčna uprava RS: *Poslovanje notarjev* 100-213/19.
- Jože Dernovšek: Organizacija notariata kot pravne osebe, v: *Notarski vestnik*, junij (2000), str. 21.
- Katarina Zajc: *Ekonomska analiza prava*. Uradni list Republike Slovenije, Ljubljana 2009.
- Romana Gajšek: Podoba notariata v srednji Evropi, v: *Notarski vestnik* IV (2003) 4, str. 20–21.

BENTHAMOV »FRAGMENT« IN ODKRIVANJE KORENIN SODOBNOSTI

Jeremy Bentham: Fragment o vladavini. Prevajalca Zdenka Erbežnik, Gregor Kroupa, Krtina, Ljubljana 2013, 142 strani.

I.

Obstajajo dela, ki si pot v zakladnico človeške misli izborijo sama, in obstajajo dela, ki jim pot utrejo drugi. Benthamov Fragment o vladavini brez dvoma sodi v drugo skupino. Čeprav je bilo to kratko delo, ki ga je osemindvajsetletni Bentham izdal anonimno, že v svojem času mali uspeh, bi ga koprena zgodovinske pozabe zagotovo že prekrila, če ne bi v tem drobnem delu še danes odkrivali zametke nekaterih idej, s katerimi so njegovi privrženci pozneje korenito preoblikovali naš način premišljevanja o pravu.

Fragment o vladavini je plod tistega trmoglavega in dlakocepskega kljubovanja, ki je zaščitni znak mladosti. In v pričakovani maniri si za svojo tarčo Benthamov upor ne izbere nič manj pomembno knjigo kot so Blackstonovi Komentarji. William Blackstone je bil leta 1758 imenovan za profesorja angleškega prava na Univerzi v Oxfordu (in je bil, mimogrede, prvi profesor, ki je na angleški univerzi predaval o *angleškem* pravu). Njegova predavanja, ki so bila po pričevanjih dobro obiskana, so luč sveta v tiskani obliki ugledala med letoma 1765 in 1769. Delo z naslovom *Commentaries on the Laws of England* je doživelo svetovno slavo. Postalo je obvezno čtivo študentov prvega letnika pravnega študija v angleško govorečem svetu in s tem tudi »najvplivnejše pravno delo v anglo-ameriški zgodovini«.¹ Mladi Bentham je Blackstonova predavanja obiskoval in že ob prvem stiku ga takrat že ugledni pravnik ni prepričal. V svojih spominih svojega predavatelja opiše kot »hladnega, zadržanega in previdnega«, in suho doda »kot bi lahko sklepali po značaju njegovega pisanja«.²

¹ Albert W. Alschuler: Rediscovering Blackstone, v: University of Pennsylvania Law Review, 1 (1996) 145, str. 2.

² Jeremy Bentham: Memoires of Jeremy Bentham, v: The Works of Jeremy Bentham (ur. J. Bowring), X. zvezek, str. 45.

II.

Prav »značaj njegovega pisanja« je v veliki meri tisto, kar je Bentham spodbudilo k temu, da je napisal in objavil Fragment o vladavini, ki smo ga zahvaljujoč zbirki Temeljna dela dobili tudi v slovenskem prevodu. Mladi Bentham se je sicer komaj kje strinjal z uglednim pravnikom, a zdi se, da ga ni nič manj kot vsebina motil slog pisanja slavnega avtorja. Stran za stranjo nam strastni mladenci, ki je takrat za seboj že imel nekaj pravnih izkušenj, zlasti pa bore malo strahospoštovanja pred uglednim imenom, niza primere nelogičnih stavkov iz Blackstonovega dela, nas opozarja na nesmiselne sklepe, do katerih prihaja avtor, in razgalja nedosledno nihanje med različnimi pomeni, ki jih pripisuje istemu pojmu.

Na nekem mestu, denimo, Bentham vzame pod drobnogled misel o tem, kako nosilci oblasti pridobijo svojo avtoriteto, ki se je zapisala nič hudega slutečemu Blackstonu:

»V VSEH je ta avtoriteta (vrhovna avtoriteta) položena v roke tistih, pri katerih bomo po *mnenju ustanoviteljev* vsake od teh držav najverjetneje našli 'lastnosti modrosti, dobrote in moči'.«³

Kratkemu in nekoliko nerodno zapisanemu stavku sledi Benthamova uničujoča kritika:

»S takim opisom lahko na enkrat naenkrat način osvetli zgodovino. Zares ne vidim konca odkritjem, ki jih poraja, vsa pa so enako nova in poučna. Ko so, denimo, Španci postali gospodarji mehiškega imperija, naj bi povprečen politik lahko domneval, da se je to zgodilo zato, ker se tisti Mehičani, ki jih niso pobili, niso mogli upreti. Nič takega – zgodilo se je zato, ker so bili Španci »mnenja« ali ker so bili Mehičani sami »mnenja« (ni povsem jasno kdo), da bodo v Karlu V. in njegovih naslednikih bržkone našli več dobrote (o tem so imeli tako obilje dokazov) in tudi modrosti kakor v vseh Mehičanih skupaj. Enako prepričanje je obveljalo med Karlom Velikim in nemškimi Saksonci glede dobrote in modrosti Karla Velikega ... Naš avtor verjame, da je v vsem tem »dobrota«; in s takimi lekcijami brusi bistrornost študentov, da bodo lažje prodirali v globine politike.«⁴

³ Prevod (z vsemi poudarki in besedilom v oklepaju) povzemam po: Jeremy Bentham: Fragment o vladavini. Prev. Zdenka Erbežnik, Gregor Kroupa, Krtina, Ljubljana 2013, II, 15 (str. 75); odslej: Fragment. Kjer nisem izrecno opozoril drugače, navajam ta prevod.

⁴ Fragment II, 15 (str. 75-76).

In tako naprej, stavek za stavkom, stran za stranjo. Nič čudnega, če je predmet kritike le kakih sedem strani v delu,⁵ ki sicer obsega malo manj kot 2.000 strani. Zagotovo je tarča Benthamove ostre kritike miselna malomarnost, in ni dvoma, da ga ni nič manj dražila baročna nabuhlost jezika, ki ubira »pot obskurnosti«.⁶ A v ozadju tli mnogo močnejši ogenj kljubovanja.

Blackstonov stavek, eden od mnogih, ki je sprožil ta plaz kritike, razgalja Blackstonovo vseprisotno željo po opravičevanju *statusa quo*. V vseh državah, trdi Blackstone (in Bentham besedice »vseh« ni poudaril zaman), je oblast zaupana tistim, ki imajo po mnenju tistih, ki so državo ustanovili z namišljeno družbeno pogodbo, lastnosti modrosti, dobrote in moči. Mar res, se vpraša Bentham. Je res v *dejstvu*, da nekdo poseduje oblast, mogoče prepoznati *dokaz*, da je po prepričanju podložnikov (kar so ljudje v tistem času bili) moralno upravičen vladati? Če je družbena pogodba izvirno imela močan revolucionarni naboj, je Blackstonova misel (ki nikakor ni neznačilna) zgovoren dokaz, kako hitro in neopazno lahko ta utemeljitev nastanka oblasti prevzame legitimacijsko funkcijo in prične utemeljevati katerokoli oblast, saj vendar predpostavljamo, da je njen temelj pogodba. In prav to prikrito opravičevanje in utemeljevanje trenutne oblasti je tisto, kar je v Benthamu zbudilo največji odpor.

III.

Čeprav je Fragment o vladavini predvsem polemika s konkretnim besedilom in zato za bralca mestoma tudi vse prej kot lahkotno branje, pa bomo v plazu kritik našli tudi nekaj pomembnih drobcov, ki napravijo to besedilo več kot vredno branja in mu zagotavljajo trajno mesto v panteonu pomembnih del. Gre sicer za drobna opazanja, obrobne opombe ali krajše zastranitve, ki tudi v poznejših Benthamovih delih povečini niso deležne tiste pozornosti, ki bi si jih zaslužile. Če bi ostalo le pri tem, bi Benthamove ideje lahko imeli za zanimive, a vendar slepe poti v zgodovini filozofije (prava). Vendar pa je imel Bentham srečo, da je še za življenje zbral okoli sebe krog ljudi, ki so njegove ideje ohranjali pri življenju in jim celo dali novega zagona. Enako kot to velja za utilitarizem, ki je ohranil svojo vitalnost po zaslugi Johna Stuarta Milla, so semena, ki jih je Bentham zasejal v svojem Fragmentu, v svetu prava obrodila

⁵ William Blackstone: *Commentaries on the Laws of England*. Petnajsta izdaja, ur. E. Christian, Andrew Strahan, London 1809, str. *47–54 (strani navajam po standardizirani paginaciji, ki je bila v splošni uporabi od 12. izdaje (iz leta 1793) pa do izdaje založbe University of Chicago Press iz leta 1979). Zanj je značilno, da je poleg vsaki izdaji lastne paginacije ob robu navajala še strani 10. izdaje (pred katerimi je zapisan asterisk).

⁶ Fragment IV, 16 (str. 104).

sadove v prizadevanjih Johna Austina.⁷ Očitno je, da je Austin vse poglavitne gradnike svoje zapovedne teorije našel prav v Benthamovem Fragmentu, prav tako kot je povsem jasno, da je mogoče v tem Benthamovem zapisu iskati tudi navdih Austinovega (sicer nekoliko svojskega) pozitivizma. Austin je na teh izhodiščih izgradil celovito in zaokroženo teorijo prava,⁸ ki si je pridobila številne občudovalce, med njimi tudi Thomasa E. Hollanda, ki je znal Austinovo teorijo poenostaviti in jo približati običajnim pravnikom. Njegovi *Elements of Jurisprudence* (1880), ki so doživeli 13 izdaj, so Austinovo teorijo v angleško govorečem svetu pomagali povzdigniti na raven »ortodoksije«.⁹ Benthamova dediščina je tako anglo-ameriško pravno misel (so)oblikovala vsaj tako pomembno kot tarča Benthamove kritike, Blackstonovi Komentarji.

Bentham tako ostaja z nami, le da nekoliko prikrito. Zato je njegov Fragment o vladavini tako pomembno delo. Ne morda zato, ker bi sam po sebi preusmeril tok pravne filozofije v svojem prostoru, temveč zato, ker je drugim pokazal, kako to storiti. Bentham ostaja – vsaj v svetu filozofije prava – nepogrešljivo branje, če skušamo razumeti tiste, ki so pod njegovim vplivom spremenili podobo anglo-ameriške pravne misli.

IV.

Morda najbolj trajna Benthamova zapuščina je spoznanje, da je mogoče pravo opazovati na dva načina.¹⁰ Lahko ga opazujemo z očmi razlagalca. V tem primeru pravo opazujemo kot dejstvo, ki ga skušamo čim bolj podrobno opisati. Opazujemo pa ga lahko tudi z očmi kritika.¹¹ Prvi, zapiše Bentham, skuša pojasniti, kakšno pravo *je*, drugi nas prepričuje, kakšno bi pravo *moralo biti*.¹² Razlagalec bo za uresničitev svoje naloge potreboval podporo »razumevanja, spomina in presoje«, kritik se bo pri svojem delu zanašal na »afekte«.¹³ Ločnica,

⁷ Zanimivo morda je, da so zadnjih 14 let Benthamovega življenja vsi glavni protagonisti njegovega kroga živeli za lučaj drug od drugega. Svojevrstno skupnost, skorajda komuno razumnikov, ki je tako nastala, opisuje William L. Morrison v delu John Austin. Edward Arnold, London 1982, str. 10–17.

⁸ Njegovo osrednje delo, *The Province of Jurisprudence Determined*, je izšlo v istem letu, ko je Benthamov duh zapustil ta svet, njegova mumija (»*auto-icon*«, kot jo je poimenoval sam) pa se je za stalno naselila v University College London. Gre za leto 1832.

⁹ Gerald J. Postema: *Legal Philosophy in the Twentieth Century: The Common Law World*. Springer, Dordrecht, Heidelberg, London, New York 2011, str. 5.

¹⁰ Fragment, Predgovor (str. 15–16).

¹¹ Lika Bentham opiše z neologizmoma (kar je bil tudi sicer rad počel) *expositor* in *censor*.

¹² Fragment, Predgovor (str. 15).

¹³ Prav tam, str. 16.

ki nam je danes tako domača, se je morala v Benthamovem času zdeti dokaj nenavadna. Pravo je tudi racionalistična doba še vedno razumela kot namensko usmerjeno pojavnost. Pojem prava je kljub vse bolj poudarjeni instrumentalni prvini še vedno obsegal tudi idealno pravo, cilj ali smoter, h kateremu pravo teži. Daljnosežno metodološko vodilo je zapisano kot mimobežna opomba, ki naj bralca le spomni na nekaj, kar je samoumevno, nam daje slutiti, kako globoko preobrazbo je doživelo preučevanje prava. Že od Descartesa naprej se jasno nakazujejo poskusi, da bi naravoslovno metodo prenesli v svet duhovnih znanosti. Razprava o metodi (1637) je vsekakor prvi poskus, pa tudi navdih za poznejše, bolj radikalne poskuse, ki smo jim priča v, denimo, Pufendorfovemu delu *Elementorum iurisprudentiae universalis* (1660) ali nekoliko manj znanem, pa vseeno pomembnem Leibnizovem delu *Nova methodus discendae docendaeque iurisprudentiae* (1667). Bentham se je brez dvoma navdihoval pri naravoslovni metodi in vsaj v njeni težnji po objektivnosti videl tisto pot, ki lahko tudi pravno znanost vodi iz, kakor je bil sam prepričan, močvirja zaostalosti. »[Č]e obstaja prostor za odkritja v naravnem svetu ... prav gotovo ni nič manj prostora za preobrazbo v moralnem [svetu]«, ¹⁴ zapiše z zgovornim opozorilom, da obstajajo pomembne vzporednice v preučevanju naravnega in moralnega sveta.

Vendar pa se je Bentham zapisal reformnim prizadevanjem, privzel držo kritika in preostanek svojega življenja posvetil oblikovanju predlogov, kako bi zakonodajalec moral urediti bogato paleto družbenih odnosov. V njegovih zbranih delih lahko naletimo na osnutke predpisov z domala vseh pravnih področij, od ustavnega, civilnega, kazenskega in postopkovnega prava, pa do davčnega in, kot bi dejali danes, izvršilnega kazenskega prava. V poskusu, da bi oblikoval najboljše možno pravo, je postal »državljan vsega sveta« in, temu primerno, za svojega življenja doživel več uspehov v tujini kot v rodni Veliki Britaniji.

Drobno omembo, da je mogoče pravo opazovati z več zornih kotov, pa je kot pomembno metodološko izhodišče svojega projekta privzel John Austin. V svojem osrednjem delu *The Province of Jurisprudence Determined* (1832), tako zapiše:

»Obstoj prava je eno, njegova vrednost ali nevrednost pa nekaj drugega. Ali obstaja ali ne, je stvar preučevanja ene vrste, ali se sklada s privzetim merilom, pa druge. Pravo, ki dejansko obstaja, je pravo, četudi nam morda ni všeč [...]« ¹⁵

Ko je Hart v svojem slavnem predavanju *Positivism and the Separation of Law and Morals* prav to Austinovo tezo postavil v središče pravnega pozitivizma, ¹⁶ je

¹⁴ Prav tam, str. 11.

¹⁵ John Austin: *The Province of Jurisprudence Determined*. The Noonday Press, New York 1954, str. 184.

¹⁶ H. L. A. Hart: *Positivism and the Separation of Law and Morals*, v: *Harvard Law Review*, 71 (1958) 4, str. 596-597.

s tem zaznamoval trenutek obrata. Razprava o naravnem pravu in pravnem pozitivizmu se, vsaj v danes prevladujočem anglo-ameriškem diskurzu o naravnem pravu, ne vrti več okoli vprašanja, ali obstaja absolutno naravno pravo, ki izvira iz ontološko določenega izvira (narava, bog, človeška narava), temveč okoli dveh drugih vprašanj. Prvo je ontološko: ali je obstoj (veljavnost) prava odvisen od njegove skladnosti z moralo (s tem, kar nam je »všeč«, kot je zapisal Austin). Očitno je, da je razprava pridobila mnogo bolj relativističen prizvok. Drugo je epistemološko: ali je spoznavanje prava lahko objektivni in nevtralen proces. Pozitivisti vztrajajo, da je to načeloma možno,¹⁷ anti-pozitivisti (ki se – kar je prav tako dokaj zgovorno – otepajo oznake naravnopravniki) trdijo, da to ni mogoče.¹⁸ Benthamova dediščina tako ostaja v središču moderne pravne filozofije.

V.

Veliko bolj neposreden pa je bil Benthamov vpliv na oblikovanje tako imenovane zapovedne teorije prava. Ime, s katerim je ta teorija (v anglo-ameriški pravni filozofiji) najtesneje povezana, je John Austin, ki je bil eden izmed Benthamovih najzvestejših privrženecv. Zapovedna teorija je v poznem devetnajstem in zgodnjem dvajsetem stoletju uživala skoraj popolno prevlado in šele Hartova kritika¹⁹ je poskrbela, da je Austinova teorija v veliki meri doživela zaton. Čeprav so danes njeni pristaši redki, pa Austinovo razumevanje prava živi naprej, saj je za razumevanje Hartove kritike in njegove teorije prava, ki danes uživa podobno kulten status, kot jo je Austinova teorija nekoč, nujno poznavanje vsaj grobih obrisov Austinovega razumevanja prava. Hart je morda prispeval k zatonu Austinove teorije, a na način, da ji je zagotovil nesmrtnost.

Vogelni kamen zapovedne teorije predstavlja prepričanje, da je pravo mogoče razumeti skozi pojem zapovedi. Pravo sestavlja množica pravnih pravil in vsako izmed pravnih pravil je zapoved, »ključ za razumevanje znanstvenih disci-

¹⁷ Zanimiv poskus nove utemeljitve ločnice med opisnimi in vrednotenjskimi sodbami ponuja Julie Dickson v delu *Evaluation and Legal Theory*. Hart Publishing, Oxford 2001, npr. pog. I.

¹⁸ Gl. npr. Ronald Dworkin: *Law as Interpretation*, v: *Texas Law Review*, 60 (1987), str. 527, in Robert Alexy: *The Argument from Injustice – A Reply to Legal Positivism*. Oxford University Press, Oxford 2010, str. 35 in nasl. Zgovorno je, da Alexy svojo kritiko omejuje na opazovanje prava z »zornega kota udeleženca«. Celo kritiki pravnega pozitivizma so torej sprejeli Benthamovo ločnico, pa čeprav le kot metodološko izhodišče in iztočnico za kritiko pravnega pozitivizma.

¹⁹ Gl. zlasti *Positivism and the Separation of Law and Morals*, v: *Harvard Law Review*, 71 (1958) 4, zlasti str. 602–606, ter *The Concept of Law*. Druga izdaja, Clarendon Press, Oxford 1994, zlasti pog. II, III in IV.

plin pravoznanstva in morale«. ²⁰ Vsaka zapoved obsega ukaz (ang. *order*), ki naslovnikom posreduje vsebino zapovedi, in grožnjo s sankcijo, ki naslovljenca spodbuja k temu, da se ukazu pokori. Naravo zapovedi pa lahko učinkovito pridobi samo tista vsebina, ki jo na člane politične skupnosti naslovi *suveren*, ²¹ tista oseba ali organ, ki jima pretežni del skupnosti izkazuje poslušnost, ne da bi tak nosilec suverenosti izkazoval poslušnost kakšni drugi osebi ali organu. ²²

Branje Benthamovega Fragmenta pa lahko v nas povsem upravičeno zbudi pomisleke, ali in koliko je »Austinova zapovedna teorija« res njegova. ²³ V Benthamovi knjižici namreč naletimo na vse tiste pomembne prvine, ki sestavljajo okostje Austinove teorije prava.

Bentham ob robu svoje kritike družbene pogodbe poda tudi nekaj svojih zamisli, kako bi bilo mogoče razumeti in bolje opredeliti politično skupnost. Njegova analiza zveni nekomu, ki vsaj površno pozna »Austinovo zapovedno teorijo«, sila znano. Bentham tako zapiše, da politična družba obstaja, če ima »določeno število oseb *navado* izkazovanja *poslušnosti* eni osebi ali skupini oseb, ki ustreza znanemu ali določenemu opisu (tej osebi lahko rečemo *vladar*, skupini oseb pa *vladarji*)«. ²⁴ Zanimivo vzporednico lahko najdemo tudi v njegovi opredelitvi državnega prava. To je po njegovem prepričanju »sestavljeno iz *ukazov*«, ²⁵ ki ustvarjajo dolžnosti. ²⁶ In nič manj se Austin ni opiral na svojega vzornika, ko je skušal opredeliti tesno povezavo med pojmom dolžnosti in sankcije. Že v Fragmentu naletimo na trditev, da obstaja nujna povezava med pojmom dolžnosti in zagroženo sankcijo, saj naj bi »brez pojma kazni (to je *bolečine*, ki je povezana z določenim dejanjem, izhaja iz določenega *razloga* in ne iz določenega *vira*), ne moremo imeti nobenega pojma *pravice* ali *dolžnosti*«. ²⁷

Pravzaprav je osupljivo, da velika večina pravnih teoretikov zapovedno teorijo še vedno povezuje z Austinom, ²⁸ pa čeprav je očitno, da so pglavitni elementi njegove teorije pravzaprav Benthamovi. Koristno se je torej zavedati, da je kri-

²⁰ John Austin: *The Province of Jurisprudence Determined*. The Noonday Press, New York 1954, str. 13.

²¹ Prav tam, str. 191 in nasl.

²² Prav tam, str. 193-194.

²³ Ob strani pušcam vprašanje, koliko tudi Bentham dolguje svojim predhodnikom, zlasti Hobbesu in Pufendorfu. O Hobbesovem vplivu gl., denimo, James E. Crimmins: *Bentham and Hobbes: An Issue of Influence*, v: *Journal of the History of Ideas*, 63 (2002) 4.

²⁴ Fragment I, 10 (str. 50-51); poudarki so Benthamovi.

²⁵ Fragment I, 12 (op. o, str. 52) in Fragment IV, 12 (op. a., str. 102).

²⁶ Fragment I, 12 (op. o, str. 52).

²⁷ Fragment V, 6 (op. b, str. 119); poudarki so Benthamovi.

²⁸ Celo tako dober poznavalec dela obeh rojakov, Benthama in Austina, kot je bil H. L. A. Hart v svojem predgovoru k delu *The Province of Jurisprudence Determined* (The

tika ali hvala, ki jo moderna pravna filozofija naslavlja na Austina, pravzaprav posredno razpravljanje z Benthamovim Fragmentom v vladavini.

Vendar pa nas ta zanimiva epizoda v zgodovini pravne filozofije ne bi smela odvrniti od ovrednotenja izvirnosti Benthamove opredelitve prava in politične skupnosti. Tarča njegove kritike je bila ideja družbene pogodbe, ki nastanek države in legitimnost njenih oblastnih organov utemeljuje z domnevnim dogovorom, ki naj bi ga člani družbe nekoč dosegli. Celotna teorija se, ji oporeka Bentham, opira na »fikcijo«, ²⁹ odtujeno resničnosti in prilagojeno povsem določenim interesom vladajočih. V svojem značilno nezmernem jeziku jo Bentham opiše kot »mamilo«, ki se mu je njegov želodec, »ki tega opija ni bil navajen, ... uprl«. ³⁰ Zelo zgovoren pa je pristop, ki ga ponudi v nadomestilo. Namesto visokotečnega govora o soglasju članov, njihovem prostovoljnem vstopu v politično skupnost in naravnih pravicah, ki iz tega izhajajo, nam Bentham ponudi veliko bolj prizemljeno merilo. Ocena, ali politična skupnost obstaja, je odvisna od obstoja *dejstva*, ali določena skupina izkazuje poslušnost določeni oblasti. ³¹ Poudarek, ki ga Bentham postavi na iskanje določenega *dejstva*, je pomenljiv. Pozornost se preusmeri na zunaj opazne, merljive pojave, kjer je subjektivna ocena posameznika zmanjšana na najmanjšo možno mero. Benthamu je mnogo bližje »jezik gole resnice«, ³² ki odtlej odra pravne in politične znanosti ni zapustil. Enako osredotočanje na dejstva se kaže tudi v postavljanju sankcij v središče opredelitve pojma dolžnosti. »Pojem dolžnosti je skupno merilo za vse pravne določbe,« zapiše v delu *On Laws in General*, ³³ in s tem pokaže, da je treba dati pri opredeljevanju prava prednost navzven razvidnim znakom (kot je možnosti ³⁴ kaznovanja), ne pa posameznikovemu občutku ali kakšni drugi izmuzljivi kategoriji, na katero opiramo dolžnost. ³⁵ Pozitivistična metoda, ki opazuje *dejstva*, z Benthamom vstopi na oder pravne filozofije.

Noonday Press, New York, 1954) nikjer ne omeni, kako pomembno je Austinovo pravno misel oblikoval Benthamov Fragment.

²⁹ Fragment I, 36 (op. v, str. 63).

³⁰ Fragment I, 36 (op. v, str. 63).

³¹ Fragment I, 10 (str. 50-51); poudarki so Benthamovi.

³² Fragment I, 41 (str. 66).

³³ Jeremy Bentham: *On Laws in General*. Athlone Press, London 1970, str. 294. Delo je izšlo skoraj 140 let po Benthamovi smrti in le ugibamo lahko, kako bi preobrazilo angleško pravno filozofijo, če bi izšlo za časa Benthamovega življenja.

³⁴ Benthamu, podobno kot Austinu, zadostuje možnost, da bo kršitelj dolžnosti deležen negativne posledice; prim. H. L. A. Hart: *Legal Duty and Obligation*, v: *Essays on Bentham*. Clarendon Press, Oxford 2000, str. 132.

³⁵ Le za ilustracijo naj ponudim Pufendorfovo opredelitev pojma obveznost v njegovih *Elementorum iurisprudentiae universalis* (1660), *Index definitionum, axiomatum et observationum*: »Obveznost je operativna moralna kakovost, na podlagi katere je nekdo za-

VI.

Na Benthamov pozitivizem pa nas ne opozarjalo le drobni, a pomembni metodološki premiki, ki jih povprečen bralec morda niti ne zazna, vsekakor pa ne šteje za zelo pomembne. Bentham v Fragmentu mimogrede zavrne tudi predstavo o obstoju naravnega prava.³⁶ Izhodišče njegovih dvomov je predvsem neulovljiva narava tega pojma. Gre za kršitev naravnega prava, če je dejanje, ki je pravno predpisano, »škodljivo«? Je dovolj, če je tak zakon »neprimeren«? Bentham namigne, da bo za takimi ocenami pogosto stalo zgolj »golo neutemeljeno neodobravanje«.³⁷ Zdi se, da Benthama skrbi zlasti nakazujoča se možnost, da se lahko kdorkoli izreka o tem, ali je nek zakon v nasprotju z naravnim pravom, in s tem povezana gotovost kaosa, saj nas kršenje naravnega prava menda vendar zavezuje k uporabi.³⁸ Benthamov ideal državljanske države je nekoliko drugačen. V Fragmentu ga strne v »moto dobrega državljana pod vladavino zakonov«, ki se glasi: »Natančno ubogati, svobodno kritizirati!«³⁹ Danes se zavedamo morebitnih pasti take državljanske države, za Benthama pa je bila zakonodaja (ki jo sprejema demokratično izvoljeni organ) sredstvo družbene preobrazbe, ki naj poteka pod vrhovnim vodstvom načela koristnosti.⁴⁰ Poslušnost, ki jo pridiga, je na eni strani družbeno dejstvo, ki logično sledi iz obstoja politične skupnosti, na drugi strani pa nujna podstat, na kateri želi graditi svojo reformo veljavnega angleškega prava, do katerega je čutil skorajda prezir. Pa vendar Bentham ni pravni pozitivist, ki bi bil moralni relativist. Načelo koristnosti, ta vrhovni razsodnik o moralnosti, je vrednota, ki jo postavlja nad pravo in ji prepušča nalogo ocenjevanja veljavnega prava. Morala, pa čeprav v obliki utilitaristične etike, tako še vedno ostaja trdno speta s pravom.

A vendar lahko vse obrise pravnega pozitivizma prepoznamo že v Benthamovi držbi in stališčih. Splošno sprejeto mnenje, da je pravni pozitivizem produkt kontinentalnega »formalizma«, je zato na trhlih nogah. Leta 1776, ko je drobna Benthamova knjižica izšla, bomo na Kontinentu zaman iskali tako odločno zavrnitev naravnega prava in tako jasen metodološki premik v smeri pravne-

vezan nekaj storiti, dopustiti ali trpeti. (*Obligatio est qualitas moralis operativa, qua quis praestare aut admittere vel pati tenetur aliud.*)«

³⁶ Več prostora mu namenim v svojem delu, iz katerega je izločil Fragment, preostanek pa je pod naslovom *A Comment on the Commentaries* za njegovega življenja ostal neobjavljen. Prim. Jeremy Bentham: *A Comment on the Commentaries*. Uredil C. W. Everett, Scientia Verlag, Aalen 1976, odsek II in III (str. 35–52).

³⁷ Fragment IV, 19 (str. 106).

³⁸ Fragment IV, 21 (str. 107).

³⁹ Fragment, Predgovor (str. 17).

⁴⁰ Tudi to načelo Bentham prvič jasno oblikuje prav v tem delu; prim. Fragment, Predgovor (str. 34 in nasl.) ter I, 48 (str. 69).

ga pozitivizma. Najmanj, kar lahko rečemo, je to, da je oblikovanja pravnega pozitivizma v Angliji in na Kontinentu prišlo sočasno, še bolj pošteno pa bi bilo reči, da je prava domovina pozitivizma pravzaprav Anglija in da je Jeremy Bentham pomemben duhovni oče tega gibanja.

VII.

Ta kratek oris zanimivih motivov Benthamovega fragmenta bom sklenil z drobcem, v katerem Bentham premišljuje o tako moderni instituciji, kot je ustavnosodna presoja.

Za začetek zgodovine ustavnosodne presoje običajno štejemo znano odločitev ameriškega Vrhovnega sodišča *Marbury v. Madison* iz leta 1803,⁴¹ s katero si je najvišji zvezni sodni organ (brez izrecne podlage v ustavnem besedilu) prisvojil pristojnost, da presoja ustavnost zakonov, ki jih sprejme Kongres, in jih, če oceni, da so protiustavni, tudi razveljavi.⁴² Zamisel je v začetku dvajsetega stoletja zbudila zanimanje tudi v evropskem prostoru, kjer je bil med poglavitnimi navdušenci tudi Hans Kelsen,⁴³ ki je prispeval k temu, da je bil v novo avstrijsko ustavo umeščen tudi poseben organ, namenjen presoji ustavnosti zakonov – ustavno sodišče. Za le nekaj mesecev je avstrijski zgled prehitela češkoslovaška ustava, kjer je pri uveljavljanju instituta ustavnega sodišča pomembno vlogo igral Kelsnov učenec, František Weyr,⁴⁴ vendar je češkoslova-

⁴¹ *Marbury v. Madison*, 5 U.S. 137 (1803).

⁴² Pristojnost, ki jo, mimogrede, ameriško Vrhovno sodišče ni znova uporabilo vse do leta 1857, ko je razveljavilo zakon, ki je prepovedal suženjstvo v severnih zveznih državah Združenih držav (gre za zloglasni primer *Dread Scott v. Sandford*, 60 U.S. 393 (1856)). Na zadevo *Marbury v. Madison* kot precedens, ki izrecno utemeljuje ustavnosodno presojo (in razveljavljanje) zakonov, se je ameriško Vrhovno sodišče prvič oprlo leta 1887. Prim. Robert L. Clinton: *Precedent as Mythology: A Reinterpretation of Marbury v. Madison*, v: *American Journal of Jurisprudence*, 35 (1990), str. 84 ter op. 152 in 153, in Benedetta Barbisan: *L'invenzione della Marbury v. Madison*, v: *Giornale di Storia Costituzionale*, 11 (2006), str. 148.

⁴³ Za kritično analizo nastajanja avstrijskega ustavnega sodišča in Kelsnove vloge pri tem gl. Stanley L. Paulson: *On Hans Kelsen's Role in the Formation of the Austrian Constitution and his Defense of Constitutional Review*, v: *The Rational as the Reasonable? On Legal Argumentation and Justification. Festschrift for Aulis Aarnio*. Uredili W. Krawietz, R. S. Summers, O. Weinberger, G. H. von Wright, Duncker & Humblot, Berlin 2000, str. 385–395.

⁴⁴ Angleški prevod odlomka iz dela Tomáš Langášek: *Ústavní soud Československé republiky a jeho osudy v letech 1920–1948* (Constitutional Court of the Czechoslovak Republic and its fortunes in years 1920–1948), <www.usoud.cz/fileadmin/user_upload/ustavni_soud_www/History/History_1920_1948.pdf>. Prim. še Stanley L. Paulson: *Constitutional Review in the United States and Austria: Notes on the Beginnings*, v: *Ratio Juris*, 16 (2003) 2, str. 224, op. 3, in str. 229, op. 12.

ško ustavno sodišče začelo z delom za avstrijskim. Po drugi svetovni vojni je ustavno sodišče postalo skoraj neizbežna prvina vsake moderne ustave.

Sodobni bralec je tako nemalo presenečen, ko v Benthamovem Fragmentu naleti na kratek, a vendar pronicljiv premislek o mejah suverenosti zakonodajnega organa in vsaj bežno analizo možnih težav, če ni takšna oblast pripadala sodni veji oblasti. Bentham izhaja iz predpostavke, da je avtoriteta vrhovnega telesa neomejena, »razen tam, kjer jo izrecno omejuje konvencija«. ⁴⁵ Pristajati na to, da obstajajo meje tega, kar tak organ sme napraviti, je za Benthama »zloraba jezika«. ⁴⁶ V nadaljevanju na kratko preigra možnosti, da bi oblast zakonodajnega organa omejili, in med njimi omeni tudi zamisel, da bi taka pristojnost pripadala sodni veji oblasti. Bentham, že zaradi svojega utilitarizma (vsaj v poznejših letih) zapisan demokraciji, ⁴⁷ zamisli ni naklonjen. Morda je res, da parlament ne upošteva interese večine prebivalstva,

»[v]endar pa je ljudstvo vsekakor imelo *nekakšen* delež pri njegovi izvolitvi, četudi ta delež ni bil tolikšen, kolikšen bi lahko bil ali bi moral biti. Podelite sodnikom oblast razveljavljanja aktov parlamenta in del vrhovne oblasti boste s tem prenesli s skupščine, pri izbiri katere ima ljudstvo vsaj *nekakšen* delež odločanja, na skupino ljudi, pri kateri nima niti najmanjšega deleža odločanja [...]« ⁴⁸

Benthamovi dvomi v modrost uvedbe ustavnosodne presoje niso presenetljivi. Vsej svoji upornosti navkljub je odraščal v okolju, kjer je bila suverenost parlamenta tako samoumevna, kot je kroženje Zemlje okoli Sonca. Lord Coke je stoletje poprej vrhovno oblast parlamenta opisal na način, ki zasenči vsako poznejše »pozitivistično« malikovanje zakonodajalca. Njegovo misel je povzel tudi Blackstone v svojih Komentarjih, ki so bili tarča Benthamovega dela:

»Parlament ima absolutno despotsko oblast. Lahko, povedano na kratko, napravi vse, kar po naravi ni nemogoče. Resnica je, da na Zemlji ni oblasti, ki bi lahko odpravila tisto, kar napravi Parlament.« ⁴⁹ Le pet let pred izidom Benthamovega Fragmenta je enako misel posrečeno izrazil Jean-Louis de Lolme, ki je v svoji Ustavi Anglije zapisal, da lahko »Parlament [...] stori vse, *razen* da spremeni žensko v moškega ali moškega v žensko«. ⁵⁰

⁴⁵ Fragment IV, 26 (str. 109), poudarek v izvirniku sem izpustil.

⁴⁶ Fragment IV, 26 (str. 109).

⁴⁷ James Steintrager: Bentham. Routledge, London 2004, str. 67 in nasl.

⁴⁸ Fragment IV, 32 (str. 111).

⁴⁹ Cokeovo misel navaja Blackstone v svojih Commentaries on the Laws of England, Petnajsta izdaja, ur. E. Christian, Andrew Strahan, London 1809, str. *160-1.

⁵⁰ Jean Louis De Lolme: The Constitution of England; Or, An Account of the English Government. Liberty Fund, Indianapolis 2007, str. 101, op. a.

Vendar pa Benthamovi pomisleki danes ne zvenijo nič manj domače, temveč so morda na aktualnosti le še pridobili. V anglo-ameriškem svetu se v zadnjem času namreč krepijo glasovi tistih, ki dokazujejo, da je ustavnosodna presoja v svojem bistvu nedemokratska in da zato ne sodi v moderno družbo, ki gradi na volji večine. Kritiki ne prihajajo iz roba akademske skupnosti, temveč so med njimi ugledna imena, kot sta denimo Jeremy Waldron⁵¹ in Mark Tushnet⁵². Njihovi pomisleki so pravzaprav enaki, kot jih je pred skoraj dvestoštiridesetimi leti izrekel mladi Jeremy Bentham. Kljub mladostni zagnanosti pa je Bentham opazil pomembno razliko. Morda bi kdo v morebitni podelitvi pristojnosti za ustavnosodno presojo prepoznal prenos »vrhovne avtoritete z zakonodajne oblasti na sodno«, piše Bentham,⁵³ a bi bilo to prav tako pretiravanje.

»Pristojnost razveljaviti zakon je, celo tedaj, ko za to obstajajo razlogi, močna pristojnost, prevelika celo za sodnike, toda še vedno se razlikuje od in je podrejena pristojnosti za sprejemanje zakona.«⁵⁴

Kot je bralec najbrž že uganil, ostaja ta razlika pomembna še danes. Dejstvo, da sodišča ne morejo sama izbirati vprašanj, s katerimi se soočajo, postavlja pomembno (a ne povsem zadostno) omejitev sodnemu odločanju.

VIII.

Slovenski prevod Benthamovega fragmenta je v vseh pogledih dobrodošel. Izbira dela odseva odlično uredniško politiko zbirke Temeljna dela, ki je slovenski prostor obogatila z nizom prevodov prvovrstnih (pravno)filozofskih in političnih del.

Na splošno lahko pohvalim tudi oba prevajalca, Zdenko Erbežnik in Gregorja Kroupo, ki je delo tudi uredil. Prevod je pisan v tekočem in bogatem jeziku, na več mestih pa sta avtorja našla prav posrečen prevod trdih prevajalskih orehov, za kar si zaslužita vso pohvalo. Benthamov jezik je zahteven (čeprav v tem delu morda še najmanj) in postavi prevajalca pred resne preizkušnje.

Nekoliko več zadržkov imam glede prevajanja pravne terminologije. Tu se je prevajalcema pripetilo kar nekaj nepotrebnih napak. Te so kdaj povsem lepo-

⁵¹ Jeremy Waldron: *The Core Case Against Judicial Review*, v: *Yale Law Journal*, 115 (2006), str. 1386–1393.

⁵² Mark Tushnet: *Taking the Constitution Away From the Courts*. Princeton University Press, Princeton 1999.

⁵³ Fragment IV, 33 (str. 111).

⁵⁴ Fragment IV, 33 (str. 111). Prevod je na tem mestu moj.

tne: »zakon narave«⁵⁵ je pravzaprav naravno pravo, »municipalno pravo«⁵⁶ je državno pravo. Na drugih mestih morda zmanjka nekoliko boljše poznavanje pravne terminologije: *statute law* ni statutarno pravo⁵⁷, temveč zakonsko pravo. Spet drugod bi bilo treba nekoliko bolj poglobljeno razumevanje pravne zgodovine (*common law* ni običajno pravo⁵⁸ – pa čeprav je to napaka, ki jo vztrajno ponavljajo tudi nekateri pravniki – in *equity* ni pravičnost⁵⁹ (vsaj ne na tem mestu), temveč vzporedni pravosodni sistem, ki se je oblikoval kot blažitev togosti in formalizma, ki se je razvil v okviru *common law*⁶⁰) ali pravne teorije (*law* ne pomeni vedno zakona, temveč pogosto pravo na splošno, *jurisprudence* pa ne vedno pravne vede⁶¹, temveč tudi (kdaj) sodno prakso). Res škoda, da pri prevodih tako pomembnih del ne pride do sodelovanja, ki bi preseglo meje področja, s katerega prihaja urednik ali prevajalec. Očitno je, da bi tako hvalevredno pobudo pri prevajanju takih biserov, kot je Benthamov Fragment, nadgradili še s specializiranim znanjem posameznih strok, denimo prava.

Slovenski prevod Benthamovega Fragmenta o vladavini zaključuje krajši esej Gregorja Kroupe z naslovom *Bentham: javna korist proti fikciji* (str. 129–142). Priznam, da sem bil ob naslovu nekoliko skeptičen, vendar me je berljivo spisano besedilo, v katerem najdemo ravno pravo mešanico poljudnih podatkov, ki bralcu približa svet Jeremyja Benthama, in poglobljene refleksije, ki se opira na relevantno literaturo, uspel prepričati. Kroupa opozori na antipod med fikcijami, na katerih po Benthamovem prepričanju temelji takratno angleško pravo, in ga skriva pod »masko skrivnosti«,⁶² in očiščujočim zdravilom, ki ga Bentham vidi v načelu koristnosti. To vodilo pa konec koncev predstavlja tudi pomembno vez med tem Benthamovim Fragmentom in domala vsem njegovim preostalim opusom, v katerem bi morda utegnili najti še kakšno delo, ki bi si zaslužilo prevod v slovenščino.

Aleš Novak,

*univerzitetni diplomirani pravnik, doktor pravnih znanosti,
docent na Pravni fakulteti Univerze v Ljubljani*

⁵⁵ Fragment IV, 19 (str. 106).

⁵⁶ Fragment, Predgovor (str. 13 *et passim*).

⁵⁷ Prav tam.

⁵⁸ Prav tam.

⁵⁹ Prav tam.

⁶⁰ Podrobneje gl. René David, Günther Grasmann: Uvod v velike sodobne pravne sisteme. Druga knjiga, Cankarjeva založba, Ljubljana, 1999, str. 316–321.

⁶¹ Fragment, Predgovor (str. 29).

⁶² Prav tam.

REGELN DER MORAL - GEDANKEN ZU EINEM BUCH VON RAINER ERLINGER*

Rainer Erlinger: Nachdenken über Moral. Gewissensfragen auf den Grund gegangen. Augsburger Vorlesungen. Fischer Taschenbuch Verlag, Frankfurt am Main 2012, 320 Seiten.

Rainer Erlinger beantwortet Woche für Woche „Gewissensfragen“ zur „Alltagsmoral“, die ihm Leser der Süddeutschen Zeitung vorgelegt haben. Er tut das seit zehn Jahren. Da das Jahr 52 Wochen hat, hat er an die 520 Fragen beantwortet. Eingereicht werden 50 bis 100 Fragen pro Monat. Das sind also – vorsichtshalber von 50, dem unteren Wert ausgegangen – mindestens 600 Fragen im Jahr. Kann es sein, dass im Alltag so viele moralische Probleme auftreten? Ein Jurist (Erlinger ist Jurist und Mediziner) wird nicht zögern, mit Ja zu antworten. Weiß er doch, dass die Schöpferkraft des sozialen Lebens selbst zu alten Gesetzen mit einfachem Wortlaut (etwa zu Diebstahl oder Betrug) immer wieder neue Probleme erfindet, seit weit über hundert Jahren, seit diese Gesetze gelten. In einer Reihe von Büchern hat Erlinger viele Leserfragen und seine Antworten darauf veröffentlicht. Nunmehr hat er ausführliche Begründungen hinzugefügt: *Nachdenken über Moral, Gewissensfragen auf den Grund gegangen*.¹ Es handelt sich um Texte einer Vorlesung, die er im Wintersemester 2008/2009 vor der Philosophisch-Sozialwissenschaftlichen Fakultät der Uni-

¹ Rainer Erlinger: *Nachdenken über Moral. Gewissensfragen auf den Grund gegangen. Augsburger Vorlesungen*. Fischer Taschenbuch Verlag, Frankfurt am Main 2012, S. 320.

* Die Rezension von Professor Lothar Philipps (1934–2014) wurde für *Slovenian Law Review* geschrieben. Inzwischen ist Professor Philipps verstorben und inzwischen ist auch die Zeitschrift *Pravnik* der Nachfolger der *Slovenian Law Review* geworden. Den Druck der Rezension hat uns Jan Philipps, der Sohn von Professor Philipps, erlaubt (Bemerkung der Redaktion). [Recenzijo je profesor Lothar Philipps (1934–2014) napisal za *Slovenian Law Review*. V vmesnem času je profesor Philipps žal umrl, revija *Pravnik* pa je postala naslednik *Slovenian Law Review*. Objavo recenzije nam je dovolil sin profesorja Philippsa, Jan Philipps (op. uredništva).]

versität Augsburg gehalten hat. Das Buch enthält auch ein kluges und sensibles Gespräch mit dem Dekan der Fakultät, Professor Bernd Oberdorfer.

Fragen der Moral sind ungemein vielgestaltig. Hier kann nur eine sehr kleine Auswahl betrachtet werden:

Die Lüge. Es gehört zum Geschick des Menschen, dass er zwar weiß, dass es richtiges und falsches Verhalten gibt, dass er aber immer wieder in Situationen gerät, in denen er nicht weiß, wie er sich richtig verhält oder, wenn das Gewissen sich nachträglich meldet, ob er sich falsch verhalten hat. Da wäre es gut, wenn es wenigstens ein Phänomen gäbe, wo er sich seines Urteils sicher sein kann. Das könnte die Lüge sein. Denn die Lüge ist dadurch definiert, dass etwas Falsches gesagt wird und dass der Lügner weiß, dass es falsch ist.

Der Kirchenvater Augustinus hat deshalb die Lüge schlechthin verworfen. Aber gibt es nicht auch Lügen, die zu harmlos sind, um in die Sphäre der Moral hineinzuragen, nette Komplimente etwa? Andere scheinen sogar von der Moral gefordert zu sein, etwa wenn es darum geht, einen Menschen vor Verfolgern zu schützen, die selber unzweifelhaft böse sind. Manchmal glaubt man sogar dem Belogenen etwas Gutes zu tun, etwa wenn man einem Todkranken den Rest seines Lebens erleichtern will.

Augustinus hat mit der ausnahmslosen Ablehnung der Lüge seinen kirchlichen Nachfolgern eine schwere Last aufgebürdet, die zeitweilig zur Erfindung von sinnreichen Kunstgriffen geführt hat. Denen gemäß kann man beispielsweise sein Ehrenwort geben, seine Doktorarbeit selber geschrieben zu haben: dann jedenfalls, wenn man sie selber „geschrieben“ hat, von „abschreiben“ war ja nicht die Rede. Das mag unsinnig klingen: aber nur solange, bis man erfährt, dass man hier das Gebiet von *reservatio mentalis*, *restrictio mentalis* und *locutio ambigua* betritt. Lügen kann jeder, doch korrekt unterscheiden zu können, welche jener drei Kategorien der Nichtlüge hier vorliegt, das eben zeichnete einst den Gelehrten aus.

Aber schon zur selben Zeit, dem 17. Jahrhundert, hat der Rechtsphilosoph Samuel Pufendorf einen ganz anderen Ansatz eingeführt: Keine Lüge im moralischen Sinne sei es, wenn man eine wahrheitswidrige Antwort auf eine Frage gibt, hinter der kein Recht auf eine wahrheitsgemäße Antwort steht. Dieser Gesichtspunkt hat sich später in der deutschen Gerichtspraxis durchgesetzt: mittlerweile haben die Arbeitsgerichte ein Recht auf Lüge anerkannt, von dem etwa eine Schwangere, die sich um eine Stelle bewirbt, Gebrauch machen darf. Auf diesen Komplex geht Erlinger sehr gründlich ein, denn im Alltag wird nun einmal viel gelogen, und hinterher schlägt oftmals das Gewissen.

Regeln zum richtigen Verhalten. Es gibt Regeln, die die Entscheidung zum moralisch Richtigen bestimmen oder zumindest erleichtern, so vor allem die

Goldene Regel. Sie wird von Erlinger in uralten Fassungen aller Kulturen zitiert, im Deutschen gibt es das Sprichwort *Was du nicht willst, das man dir tu, das füg' auch keinem andern zu!* Populär ist hierzulande auch Kants kategorischer Imperativ: *so zu handeln, als wollte und könnte man die Maxime des Handelns zur Grundlage eines allgemeinen Gesetzes machen*. Erlinger zeigt, dass die beiden Regeln zu unterschiedlichen Ergebnissen führen können: Ein Autofahrer macht einen Entgegenkommenden mit der Lichthupe darauf aufmerksam, dass er mit einer Geschwindigkeitskontrolle zu rechnen habe. Den anderen zu warnen scheint dann geboten zu sein, wenn man selber gern vor einer Geschwindigkeitskontrolle gewarnt werden möchte. Das wäre also der Rat der Goldenen Regel. Wenn man dagegen den Maßstab des Kategorischen Imperativs anlegt, so müsste der Autofahrer es als Teil einer idealen und von ihm auch bejahten Straßenverkehrsordnung ansehen können, dass Entgegenkommende auf eine Geschwindigkeitskontrolle aufmerksam gemacht werden – so dass sie dann unbehelligt rasen können. Eine seltsame Verkehrsordnung wäre das. (Inhaltlich ist die Goldene Regel schwächer als der Kategorische Imperativ: sie erfasst nur eine Beziehung zwischen zwei Personen (ich und der andere) während beim Kategorischen Imperativ, dem angestrebten „allgemeinen Gesetz“ gemäß, die Beziehungen von jedweder Person zu jedweder Person mitzudenken sind.)

Ein anderer Fall zu den beiden Regeln, die diesmal aber zum gleichen Ergebnis führen: Ein SZ-Leser, der zu Besuch in Nordafrika war, hat dort einen zum Tode verurteilten Mörder freigekauft, auf Grund einer Möglichkeit, die in der Scharia vorgesehen ist. Hat er Recht daran getan? Nein! sagte ein Institut für Arabistik, das Erlinger angeschrieben hat. Die Möglichkeit des Freikaufs sei vor dem Hintergrund einer Clangesellschaft zu verstehen. Wenn der Clan einen der Seinen unter Opfern freigekauft hat, werde er in Zukunft ein wachsames Auge auf ihn haben. Ein freilaufender Mörder sei das dann nicht.

Der deutsche Afrikabesucher hat kein Institut für Arabistik um Rat gefragt. Aber er hätte die Entscheidung auch auf Grund der Goldenen Regel finden können: Würden „wir“ es gern sehen, wenn ein reicher Araber käme und einen unserer Mörder freikaufte? Bestimmt nicht. Und nach dem Kategorischen Imperativ geurteilt: Kann man es als Prinzip einer Rechtsordnung wollen, dass alle Mörder freizukaufen seien? Natürlich nicht.

Nicht wenige der Gewissensfragen sind aus dem Kontakt mit anderen Kulturen hervorgegangen. Naheliegend, denn wenn der Kategorische Imperativ die Möglichkeit einer allgemeinen Gesetzes zum Leitbild hat, kann das leicht zu Reibungen mit fremden Gesetzen führen. Soll man in Kindergärten Rücksicht auf Speisegesetze nehmen, die für Moslems, Juden oder Hindus gelten? „Ja, und das ist schon im Neuen Testament geklärt“, hat Bischof Wolfgang Huber,

einst *Vorsitzende der Evangelischen Kirche Deutschlands (EKD)*, in einem Gespräch mit Erlinger gesagt. (Brief des Paulus an die Römer, Kapitel 14; seinerzeit ging es um Konflikte zwischen Heidenchristen und Judenchristen, die an den jüdischen Speisegesetzen festhielten.) Erlinger empfiehlt den Kindergärten ein vegetarisches Mittagessen; das sei nicht unzumutbar, da dort nur an wenigen Tagen in der Woche zu Mittag gegessen werde. Und im übrigen sei es gesund. Die Antwort hat viel für sich; dass sie zu einer Welle von Leserbriefen geführt hat, die sich vor allem über die „Nachgiebigkeit gegenüber dem Islam“ empörten, war aber wohl zu erwarten.

Erlinger zitiert und erklärt eine ganze Reihe von Regeln, die der Goldenen Regel oder dem Kategorischen Imperativ vergleichbar sind. Er bemüht sich nicht, die Regeln auf eine vermeintlich tiefstliegende zu reduzieren. Diese Zurückhaltung ist vernünftig: Wenn ein Reduktionismus heute auch in den Naturwissenschaften mit Skepsis betrachtet wird (selbst die Reduzierung der Chemie auf die Quantenphysik ist nur in Ansätzen gelungen), so wird er in den Geisteswissenschaften erst recht fehl am Platze sein.

Spiegelungen. Allerdings hebt Erlinger die „Philipps'sche Spiegelung“ eines Falles hervor. Diese ist freilich keine Regel des richtigen Verhaltens, sondern eine Methode, die Bewertung eines Verhaltens zu reflektieren. Wenn man ein Objekt dreht oder spiegelt, so ändern sich manche Eigenschaften des Objekts, andere aber bleiben unverändert. (Um sich das zu veranschaulichen, halte man das Zifferblatt einer Uhr vor einen Spiegel.) Durch das Unveränderte wird die Art der „Symmetrie“ des Objekts bestimmt. Ein solches Objekt kann auch ein Verhaltensweise in einem juristischen oder moralischen Fall sein, und der spezielle Wert oder Unwert, der dieser Verhaltensweise zugeschrieben wird, mag eine Eigenschaft sein, die gegenüber bestimmten Umwandlungen des Falles invariant ist.

Vielleicht sollte man das Verfahren nach dem Schriftsteller Robert Musil benennen, von dem das folgende Beispiel stammt:

„In den Romanen finden sich die wundervollsten Verhaltensweisen für unzählige Lebenslagen beschrieben. Der große Nachteil ist aber der, dass sich die Lebenslagen, in die man gerät, niemals ganz mit denen decken, für die in den Roman vorgesehen ist, was man zu tun und zu sagen hat. Die Weltliteratur ist ein ungeheures Magazin, wo Millionen Seelen mit Edelmut, Zorn, Stolz, Liebe, Hohn, Eifersucht, Adel und Gemeinheit bekleidet werden. Wenn eine angebetete Frau unsere Gefühle mit Füßen tritt, so wissen wir, dass wir ihr einen strafend seelenvollen Blick zuzuwerfen haben; wenn in Schurke eine Waise misshandelt, so wissen wir, dass wir ihn mit einem Schlag zu Boden schmettern müssen. Aber was sollen wir tun, wenn die angebetete Frau un-

mittelbar, nachdem sie unsere Gefühle mit Füßen getreten hat, die Tür ihres Zimmers zuschlägt, so dass sie unser seelenvoller Blick nicht erreicht? Oder wenn zwischen dem Schurken, der die Waisen misshandelt, und uns ein Tisch mit kostbaren Gläsern steht? Sollen wir die Tür einschlagen, um dann durch das Loch einen sanften Blick zu werfen; und sollen wir sorgfältig die teuren Gläser abräumen, ehe wir zum empörten Schlag ausholen? In solchen wirklich wichtigen Fällen lässt einen die Literatur immer im Stich; vielleicht wird das erst in einigen hundert Jahren, wenn noch mehr beschrieben ist, besser sein.“²

Musil stellt zwei Fälle einander gegenüber: Man kann von einem der beiden ausgehen: der zweite ist symmetrisch zum ersten konstruiert (und wenn man die Umwandlung wiederholt, kommt man auf die anfängliche Konstellation zurück). Im ersten Fall ist das Opfer ein kräftiger Mann, dessen Gefühle eine angebetete Frau mit Füßen tritt. Die richtige Reaktion hierauf wäre: ihr einen seelenvollen Blick zuwerfen, sanft strafend. Das weiß man aus der Weltliteratur. Doch dem steht ein Hindernis entgegen: die Frau hat die Tür zu ihrem Zimmer zugeschlagen. Soll der Mann die Tür einschlagen, um dann durch das Loch den sanften Blick zu werfen?

Der zweite Fall ist Punkt für Punkt das Spiegelbild dazu. Das Opfer ist diesmal ein schwaches Kind, eine Waise, die von einem Mann schurkisch misshandelt wird. Diesmal müsste Gewalt eingesetzt werden: man müsste den Schurken mit einem Schlag zu Boden schmettern; auch das weiß man aus der Literatur. Doch wieder steht ein Hindernis im Wege: ein Tisch mit edlen Gläsern. Bei diesem Hindernis kommt es nicht auf Gewalt, sondern auf Behutsamkeit an. Bevor man zum empörten Schlag ausholen kann, müsste man sorgfältig den Tisch abräumen. Sollte man das tun?

Die beiden Fälle haben gemein, dass eine Tat, die in der Literatur anerkannt ist, in einer Weise vorbereitet werden müsste, aus der sich ein Widerspruch ergibt; mit dem Wechsel von Sanftheit zu Gewalt würde die Sinneinheit des Verhaltens zerrissen werden. Und die Bewertung bleibt invariant, wenn, der Natur des Falles gemäß, die Reihenfolge von Gewalt und Sanftheit vertauscht wird.

Bleibt zum Schluss noch die Frage: Sollten wir wirklich auf die Lösung solcher „wirklich wichtigen Fälle“ noch einige hundert Jahre warten müssen? Ach, das war doch nicht ernstgemeint von Musil. Er hat gezeigt, wie man solche Probleme konstruieren und damit auch, wie man sie zerlegen kann. Freilich, ob es die Gegensätze, auf denen hier die Konstruktion beruht, „in einigen hundert Jahren“ noch geben wird, die Gegensätze vor allem zwischen männlich und weiblich im außeranatomischen Sinne, das wissen wir nicht; wir wissen auch nicht, ob es überhaupt noch eine „Literatur“ mit Verhaltensregeln geben

² Robert Musil, „Ein Mann ohne Charakter“, „Aus dem Nachlass zu Lebzeiten“.

wird, die von den Menschen als vorbildlich empfunden werden. Rainer Erlinger übrigens bezieht sich in seinen Antworten immer wieder auf Gestalten aus Film und Cartoon.

Lothar Philipps,
Doktor der Rechte,
Entpflichteter Professor, Ludwig-Maximilians-Universität München

AVTORSKI SINOPSIS*Authors' Synopses*

Pregledni znanstveni članek

UDK: 342(497.4)(094.5)

ŠTEFANEC, Iztok: Materialni ustavni zakon v slovenskem ustavnem redu**Pravnik, Ljubljana 2015, let. 70 (132), št. 7-8**

Ustava Republike Slovenije ni edini materialni ustavni akt v slovenskem ustavnem redu. To je še Temeljna ustavna listina, poleg nje pa bi lahko po stališču Ustavnega sodišča in teorije ustavodajalec, če bi tako želel, sprejel tudi materialni ustavni zakon, ki bi ločeno od Ustave razčlenjeval ustavno materijo. V članku zagovarjam stališče, da praviloma ni tako. Ustava in Poslovnik Državnega zbora ne urejata pravne podlage za sprejem materialnega ustavnega zakona: ne kot sistemskega akta za redno razčlenjevanje ustavne materije in prav tako tudi ne za posebne in posamične primere. Za ta namen v Sloveniji poznamo kvalificirani in navadni zakon. To obliko akta za urejanje stvarine Ustava predpisuje v več kot 80 členih. Zadržano urejanje razmerij na ustavni ravni je priporočljivo tudi z vidika zagotavljanja koherentnosti ustavnega reda. Slabosti, ki so lastne tehniki amandmiranja ustave, ravno tako niso tuje ustavnemu redu, ki ustavno materijo razčlenjuje z materialnimi ustavnimi zakoni. Pojavijo se lahko neskladja in kolizije med ustavnimi normami, ki jih je z interpretacijo težko razrešiti, v skrajnem primeru pa celo vzporedni ustavni sistemi. Navedeno občutno zmanjša pravno varnost in predvidljivost, oslabi lahko tudi stabilnost ustavne ureditve.

Review Article

UDC: 342(497.4)(094.5)

ŠTEFANEC, Iztok: The Substantive Constitutional Act Within the Slovene Constitutional Order**Pravnik, Ljubljana 2015, Vol. 70 (132), Nos. 7-8**

The Constitution of the Republic of Slovenia is not the only substantive constitutional act within the Slovene constitutional order. Another one is the Basic Constitutional Charter, while the constitutional body could, according to the Constitutional Court and legal theory, also adopt the Substantive Constitutional Act, which would regulate constitutional matters separately from the Constitution. The article takes the view that this is generally an erroneous assumption. The Constitution and Rules of Procedure of the National Assembly do not regulate the legal basis for adopting the Substantive Constitutional Act: neither as a framework act for regulating constitutional matters nor for special and individual cases (e.g. for a specific field or in the event of legitimate reasons). For this purpose, the Slovene competent authorities refer to legislative acts that are adopted by a qualified or (more commonly) by a simple majority. This act form is prescribed in more than 80 Articles of the Constitution. The retained regulation of relations on the constitutional level is also advisable from the perspective of ensuring the coherence of the constitutional order. Weaknesses typical for the technique of changing the constitution by amendments are also common in constitutional orders that regulate various constitutional matters with the help of substantive constitutional acts. This can lead to disparities and collisions between the constitutional norms, which are difficult to solve by means of interpretation, or in extreme cases, even to parallel constitutional systems. This considerably reduces legal security, predictability and can also weaken the stability of the constitutional order.

Pregledni znanstveni članek

UDK: 347.9:061.1EU-053.2

TURHAN, Ozan: Otroku prijazno pravosodje: Pravica otroka do prostega gibanja v evropskem pravu in sodni praksi**Pravnik, Ljubljana 2015, let. 70 (132) št. 7-8**

Čeprav je bila Evropska unija sprva zastavljena kot ekonomska integracija, sta evropski zakonodajalec in Sodišče Evropske unije s svojim holističnim pristopom k pravu Evropske unije pravila postopoma prilagodila tako, da sta zagotovila varstvo svobodnega pretoka otrok. Sprva sta to varstvo zagotavljala v okviru pravil o prostem pretoku družinskih članov delavcev Evropske unije, pozneje v okviru pravil, po katerih so bili otroci kot sorodniki sedanjih in nekdanjih delavcev Evropske unije samostojni nosilci pravice do izobrazbe in pravice do bivanja, ter nazadnje v okviru pravil o državljanstvu Evropske unije, po katerih gredo otrokom načeloma enake pravice kot polnoletnim državljanom Evropske unije.

Review Article

UDC: 347.9:061.1EU-053.2

TURHAN, Ozan: Child-Friendly Justice: Children in the EU Law on Free Movement and Relevant Rulings of the ECJ**Pravnik, Ljubljana 2015, Vol. 70 (132), Nos. 7-8**

Even though the European Union set of as an economic integration project, through a more holistic approach to EU law the EU legislator and to a greater extent also the European Court of Justice gradually adapted the protection of EU law related to the free movement to heed children. With regard to the free movement of persons first only as family members of EU workers, then as individual bearers of rights to education and residence as relatives of (former) EU workers, and lately as EU citizens that are principally endowed with the same rights as EU citizens of age.

Kratki znanstveni prispevek

UDK: 378.014.543.3:34-057.87

PAVLIHA, Gaja Ana: Problematika pravne ureditve Zoisovih štipendij**Pravnik, Ljubljana 2015, let. 70 (132) št. 7-8**

Bistvo prispevka je kritična ocena sprememb zakonodaje na področju Zoisovih štipendij, predvsem pa krivic, ki se dogajajo štipendistom, ki so upravičeni do štipendij še po prejšnjem zakonu o štipendiranju. Sporna je predvsem ureditev prehodnega obdobja, ki najverjetneje ni v skladu z načelom enakosti in načelom varstva zaupanja v pravo. Prav tako so problematične tudi razne druge novosti, ki jih je uvedel novi Zakon o štipendiranju.

Short Scientific Article

UDC: 378.014.543.3:34-057.87

PAVLIHA, Gaja Ana: Problems regarding Legal Regulation of the Zois Scholarships**Pravnik, Ljubljana 2015, Vol. 70 (132), Nos. 7-8**

The purpose of this article is to evaluate critically the modifications of legislation concerning the Zois scholarships, especially injustices affecting the scholarship holders entitled to scholarships in accordance with the previous law on scholarships. Disputable is particularly the regulation of transition period, which most likely contradicts the principle of equality and the principle of trust in law. There are also a few other problematic novelties enacted by the new law on scholarships.

Strokovni članek

UDK: 347.961:351:336

OMERZU, Nataša, KOLAR, Iztok: Javna služba in poslovanje notarske dejavnosti v Sloveniji**Pravnik, Ljubljana 2015, let. 70 (132) št. 7-8**

V vsakdanjem življenju se prej ko slej srečamo z notarskimi storitvami, bodisi zgolj v povezavi z overitvijo podpisa ali kako drugače. Javnost veliko časa ni vedela veliko o delovanju notarjev. Čedalje bolj se pojavlja interes za informiranje o njihovem poslovanju. Pri svojem delu notarji usklajujejo interese strank, nepristranskost in učinkovitost svojega delovanja. Delovati morajo v skladu z Zakonom o notariatu ter upoštevati notarsko tarifo. Z elektronskim načinom poslovanja so postali notarji dostopnejši, informacije o poslovni uspešnosti njihovega delovanja pa so še vedno skrivnost. Prihodki o notarski dejavnosti, ki jih je mogoče zaslediti v javnih medijih, ne povedo veliko o njihovem poslovanju, saj posamezne gospodarske kategorije poslovanja, kot so stroški, odhodki, dobiček itd. notarjev javnosti še vedno ostajajo nerazkriti. Javnost si prizadeva za razkritje teh podatkov bodisi s strani Notarske zbornice Slovenije ali katere druge organizacije (na primer AJPES). Ali se bo v prihodnosti to uresničilo, še ne vemo, lahko zgolj upamo, saj je notarska dejavnost javna dejavnost, zato bi bilo prav, da so podatki o delovanju te dejavnosti tudi javni.

Professional Article

UDC: 347.961:351:336

OMERZU, Nataša, KOLAR, Iztok: Public Service of Notary and Notary Business in Slovenia**Pravnik, Ljubljana 2015, Vol. 70 (132), Nos. 7-8**

In everyday life we sooner or later come across a notary service, either solely connected to the verification of certain signatures or otherwise. For a long time the public remained ignorant regarding the actions of notaries, but later on became increasingly interested in their business. In its work notaries must coordinate the interests of all parties, be impartial and effective. They must act in accordance with the Slovenian Notaries Act and Notary Tariff. With e-commerce everything became increasingly accessible. On the other side, information on the performance of their actions did not become more accessible. Income data which can be found on individual webpages, do not disclose their earnings, as the costs and obligations of notaries still remain confidential. Great efforts of the public have been made to reveal such information either by the Chamber of Notaries of Slovenia or other organizations.

Recenzija

UDK: 340.12(049.3)

NOVAK, Aleš: Benthamov »Fragment« in odkrivanje korenin sodobnosti**Pravnik, Ljubljana 2015, let. 70 (132), št. 7-8**

V kratki predstavitvi (prvega) slovenskega prevoda Fragmenta o vladavini Jeremyja Benthama avtor na kratko oriše okoliščine, v katerih je to kratko besedilo nastalo, in strnjeno predstavi štiri poudarke, ki se mu zdijo vredni pozornosti. Prvi poudarek se nanaša na Benthamovo razločevanje med dvema državama pri opisovanju prava: pristopom razlagalca in pristopom kritika, ki postavi temelje pozitivistične metodologije. Drugi poudarek se osredotoča na tako imenovano zapovedno teorijo prava, ki jo povečini povezujemo z Johnom Austinom. Avtor dokazuje, da bi kot resničnega avtorja te teorije morali priznati Benthamu. Tretji poudarek izpostavlja Benthamovo kritiko naravnega prava, kar ga uvršča med prve polnokrvne pravne pozitiviste. Četrty poudarek pa izpostavlja redko opažen odlomek v Fragmentu, v katerem se zdi, da Bentham omenja možnost ustavnosodne presoje zakonov in poda nekaj opažanj o taki možnosti. Avtor zaključi svoj zapis z nekaj opažanji o slovenskem prevodu dela.

Review

UDC: 340.12(049.3)

NOVAK, Aleš: Bentham's "Fragment" – Discovering the Roots of Modernity**Pravnik, Ljubljana 2015, Vol. 70 (132), Nos. 7-8**

In this cursory presentation of the (first) Slovenian translation of Jeremy Bentham's *Fragment on Government* the author briefly outlines the background in which this famed pamphlet appeared and proceeds to comment briefly on four topics deserving of attention. The first is Bentham influential insistence on the fundamental difference between expository and censorial approach to law, which laid the foundation of positivist methodology. The second centres on his outline of what has become known as command theory of law and (still) attributed predominantly to John Austin. The reviewer argues that Bentham should be more widely credited as the real founding father of this theory. The third emphasises his critique of natural law, which makes Bentham one of the first fully-fledged legal positivist. The fourth tries to shed light to an obscure passage in which Bentham seems to visualise the possibility of and comments on judicial review, in particular, the court's power to strike down legislation. Finally, the review offers some observations on the Slovenian translation.

Recenzija

UDK: 17(049.3)

PHILIPPS, Lothar: Moralna pravila – misli ob knjigi Rainerja Erlingerja**Pravnik, Ljubljana 2015, let. 70 (132), št. 7-8**

Avtor ocenjuje knjigo Rainerja Erlingerja *Nachdenken über Moral. Gewissensfragen auf den Grund gegangen. Augsburger Vorlesungen* (Frankfurt na Majni 2012). Knjiga zajema Erlingerjeva predavanja, ki jih je imel na Univerzi v Augsburgu. Izhodišče Erlingerjevih predavanj so subtilna vprašanja, ki nastajajo v vsakodnevnih moralnih situacijah. Vprašanja dnevne morale imajo več in veliko obrazov. Ocena se z njimi spoprijema in jih na več primerih (denimo na primeru laži) problemsko strukturira.

Review

UDC: 17(049.3)

PHILIPPS, Lothar: Moral Rules – Thoughts to the Book of Rainer Erlinger**Pravnik, Ljubljana 2015, Vol. 70 (132), Nos. 7-8**

The author reviews Rainer Erlinger's book *Nachdenken über Moral. Gewissensfragen auf den Grund gegangen. Augsburger Vorlesungen* (Frankfurt/Main 2012). The book contains Erlinger's lectures he gave at the University of Augsburg. The starting point of the lectures are the subtle questions originating from the daily moral situations. The issues of daily morality have a number of different faces. The review deals with them and focuses on some of them (e. g. the case of lie) from the moral point of view.

NAVODILA ZA AVTORJE

1.

Pravnik praviloma objavlja le dela, ki še **niso bila objavljena in tudi ne poslana v objavo** drugemu časopisu. Če pisec že objavljenega prispevka meni, da so posebni razlogi tudi za objavo v Pravniku, mora sporočiti, kje je bil sestavek objavljen oziroma komu je bil poslan v objavo. Če pisec v svojem prispevku navaja ugotovitve, ki jih je argumentiral in/ali izvajal že v kakšnem svojem drugem delu, je korektno do izdajatelja oziroma založnika tistega besedila, da v sprotni opombi navede, da je o tem že pisal in kje. Če pa dele besedila iz svojega v Pravniku objavljenega članka v identični obliki objavi v drugi publikaciji, mora navesti, da je o tem (širše) že pisal v članku, ki je bil objavljen v reviji Pravnik. Če je bil prispevek pripravljen na podlagi kakšnega drugega prispevka, tj. besedila, ki je bilo pripravljeno z drugim namenom (seminarska naloga, diplomska, magistrska ali doktorska naloga, poglavje v kakem drugem, morda še ne objavljenem knjižnem delu ipd.), je treba to v prvi sprotni opombi izrecno navesti.

Primer: Prispevek je bil pripravljen na podlagi magistrske naloge z naslovom Hitri postopek in pravna sredstva v ZP-1, ki sem jo avtor pod mentorstvom dr. Janeza Novaka uspešno zagovarjal 5. maja 2008 na Pravni fakulteti Univerze v Mariboru.

Avtor za uredništvo navede tudi razlike med obema besediloma (npr. v obsegu, upoštevanih novejših podatkih in dodatnih virih), uredništvo pa presodi, ali je objava prispevka primerna.

2.

Prispevki naj bodo poslani po e-pošti (bostjan.koritnik@revija-pravnik.si).

Prispevki morajo biti jezikovno neoporečni, sicer bo besedilo avtorju vrnjeno v popravilo oziroma bo objava prispevka zavrnjena. Naslov prispevka in naslovi prve ravni morajo biti zapisani z verzalkami (tj. velikimi tiskanimi črkami), naslovi nižjih ravni pa z malimi črkami. Ime in priimek pisca z izobrazbo, znanstvenim naslovom in/ali akademsko stopnjo ter funkcijo in institucijo, v kateri je zaposlen, naj bosta navedena pod naslovom.

Primer: **Janez Novak**, univerzitetni diplomirani pravnik, doktor upravnih znanosti, svetovalec uprave, Ius, d. d., Ljubljana.

3.

Prispevke razvršča v rubrike revije uredniški odbor, če pa avtor želi, da se njegov sestavek uvrsti v določeno rubriko, naj to posebej navede. Pri člankih mora pripraviti **sinopsis v slovenščini in angleščini (vključno s prevodom naslova) ter ključne besede v obeh jezikih zaradi spletnega iskalnika**. Sinopsis naj obsega največ 15 vrstic. Najprej naj bosta navedena priimek (v celoti z velikimi črkami) in ime pisca, nato pa naslov članka in označba revije.

Primer: NOVAK, Janez: Pravna sredstva v ZP-1, Pravniki, Ljubljana 2008, let. 63, št. 1–3 oziroma NOVAK, Janez: Legal Remedies in ZP-1, Pravniki, Ljubljana 2008, Vol. 63, Nos. 1–3.

Avtor lahko, če želi, pripravi tudi daljši povzetek v angleščini ali nemščini, ki bo objavljen za člankom v slovenščini. S tem bo dosegel preprostejše razširjanje idej prispevka med tujimi bralci.

Pravnik objavlja prispevke tudi v tujih jezikih (angleščina, francoščina, nemščina, italijanščina, hrvaščina, srbsščina; v latinici), kadar je za to poseben razlog, ki ga avtor sporoči uredništvu, in ga uredništvo na tej podlagi sprejme v objavo. Besedilo mora biti v takem primeru prav tako jezikovno neoporečno, saj lekture besedila v tujem jeziku uredništvo ne opravlja, mora pa avtor pripraviti poleg krajših povzetkov v slovenščini in angleščini iz prvega odstavka te točke navodil tudi daljši povzetek v slovenskem jeziku, v dolžini približno 6.000 do 10.000 znakov. V posamezni številki ne bo objavljen več kot en članek v tujem jeziku.

4.

Obseg prispevka je odvisen od teme, ki jo avtor obravnava, pri tem pa je treba upoštevati temeljno vsebinsko zasnovano revije, ki naj bi pokrivala čim več pravnih področij. V rubriki Članki naj prispevki obsegajo največ dve avtorski poli (60.000 znakov s presledki oziroma približno 30 strani s presledkom med vrsticami 1,5) in drugi prispevki v obsegu do ene avtorske pole (30.000 znakov s presledki oziroma do približno 15 strani s presledkom med vrsticami 1,5). Vse pa je šteto skupaj s sprotnimi opombami in seznamom literature. Za objavo prispevkov z večjim obsegom se je treba dogovoriti z uredništvom.

5.

Na koncu članka naj bo po možnosti **seznam uporabljenih virov** s popolnimi bibliografskimi podatki (glej 7. točko) po abecednem redu priimkov, spletne strani pa naj bodo navedene posebej. V tem primeru se v sprotih opombah (pod črto) navedejo samo prva črka imena in priimek s pristavkom »nav. delo« in stran uporabljenega vira.

Primer: J. Novak, nav. delo, str. 55.

V neposredno sledečih sprotnih opombah pa se zapiše zgolj »Prav tam.« oziroma – če je le stran istega vira druga – »Prav tam, str. 56.«

Če je isti pisec naveden z več deli, se dopiše leto, v katerem je bilo delo objavljeno.

Primer: J. Novak, nav. delo (2005), str. 55.

Če je na koncu prispevka seznam uporabljenih virov, pri spletnih straneh ni treba pisati datuma zadnjega ogleda (ker je ta podatek v seznamu literature).

Opombne številke se pišejo za ločili. Sprotne opombe se končajo s končnim ločilom.

— 6.

Če prispevku ni priložen seznam uporabljenih virov, se navedejo popolni bibliografski podatki (glej 7. točko) samo v tisti opombi, kjer se delo prvič pojavi, pozneje pa se navedejo samo ime in priimek avtorja s pristavkom »nav. delo« in stran uporabljenega vira.

Primer: J. Novak, nav. delo, str. 55.

— 7.

Popolni bibliografski podatki obsegajo:

- **pri knjigah:** ime in priimek pisca, naslov knjige (pri večkratnih izdajah tudi označbo številke izdaje), morebitnega prevajalca in praviloma založbo ter kraj in leto izdaje.

Primer: Janez Novak: Pravna sredstva v ZP-1. Druga izdaja, prevod Mitje Anglista, Pravna založba, Ljubljana 2008.

- **pri zbirkah člankov in poglavjih v knjigah:** poleg pisca članka in naslova ter strani obsega citiranega članka oziroma poglavja tudi naslov zbirke oziroma knjige ter imena in priimki avtorjev oziroma morebitnih urednikov, z označbo, če gre za urednike oziroma urednike (ur.).

Primer: Janez Novak: Pravna sredstva v ZP-1, v: Kovač, Darja, Kocmut, Luka, in Golob, Mitja: Inflacija prekrškov. Pravna založba, Ljubljana 2008, str. 40–80.

Če so avtorji oziroma uredniki več kot trije, zadošča navedba priimka in imena prvega navedenega ob zbirki, zborniku ali knjigi, nato pa navedba »in drugi«

Primer: Janez Novak: Pravna sredstva v ZP-1, v: Kovač, Darja, in drugi: Inflacija prekrškov. Pravna založba, Ljubljana 2008, str. 40–80.

- **pri člankih iz revij:** ime in priimek pisca, naslov članka in naslov revije z navedbo letnika, leta izdaje in številke ter strani navedenega članka.

Primer: Janez Novak: Pravna sredstva v ZP-1, v: Pravniki, 125 (2008) 5-8, str. 202–233; številke pomenijo: letnik 125 (leto izdaje 2008), številka revije 5–8.

- **pri spletnih straneh:** simbol < pred in simbol > za imenom spletne strani, brez hiperpovezave in z datumom – mesec se tu zapisuje s številko – v oklepaju.

Primer: <www.pf.uni-lj.si> (5. 5. 2008).

8.

Če se članek sklicuje na **zakonski ali drug pravni predpis**, se ta prvič navede s polnim naslovom že v besedilu z uradno kratico v oklepaju.

Primer: To pa izhaja že iz delitve poglavij v Zakonu o prekrških (ZP-1).

Če uradne krajšave ni, jo izbere pisec.

Primer: To pa izhaja že iz delitve poglavij v Pravilniku o organizacijski strukturi prekrškovnih organov (v nadaljevanju: Pravilnik).

Hkrati se v **sprotni opombi navede številka uradnega lista**, v katerem je bil citirani akt objavljen.

Primer: Ur. l. RS, št. 50/07.

9.

Sodne odločbe je treba citirati tako, kot jih označuje sodišče, ki jih je izdalo.

Primer navajanja odločbe Ustavnega sodišča RS:

odločba US RS, št. U-I-23/2008 z dne 5. junija 2008.

10.

Avtor mora – ob vsaki prvi objavi – **uredništvu poslati:**

davčno številko in davčni urad, naslov stalnega bivališča (ulica, hišna številka, poštna številka, kraj), naslov za dostavo gradiva v zvezi z objavo v reviji Pravniki (npr. službeni naslov), številko transakcijskega računa (TRR) in točen naziv banke, svojo telefonsko številko in številko mobilnega telefona ter e-poštni naslov.

Morebitne spremembe mora avtor sporočiti uredništvu.

Avtor se s posredovanjem prispevka v objavo strinja z določili založniške pogodbe, ki je na voljo na <www.revija-pravnik.si/sl/Za+avtorje>. Po objavi prispevka bo avtor prejel izpolnjeno pogodbo v dveh izvodih, enega teh pa naj podpisane čim prej vrne uredništvu.

Sodelavce revije prosimo, da ta navodila upoštevajo, sicer bo uredništvo objavo prispevka zavrnilo.

Za uredniški odbor odgovorna urednica
dr. Dragica Wedam Lukić

MANUSCRIPTS PREPARATION AND SUBMISSION GUIDELINES FOR PUBLICATION IN THE JOURNAL THE JURIST (PRAVNIK)*

—— 1.

As a rule, *The Jurist* only publishes manuscripts which **had neither been published nor sent for publication to any other publisher**. If the author of an already published manuscript considers that special reasons for publishing the same manuscript in *The Jurist* exist, he/she must notify the editor and provide information on where the manuscript has already been published or to which publisher has it been sent for publication. The author has to point out the distinctions between the both manuscripts, e.g. in the scope of the manuscript, new information or new data, new sources. It is for the editorial board to decide whether the manuscript is suitable for publication. If the author repeats some of the findings already publicised in some other manuscript, it is only fair to the other publisher to state in the footnote that he/she has already discussed the issue and where the arguments could be found. The same goes *vice versa*, i.e. if the same arguments, already published in *The Jurist*, are used in another manuscript, it has to be stated that the matter has already been discussed in *The Jurist* and in which issue. If the manuscript has been prepared on the basis of another text, i.e. a text prepared for another purpose (doctoral thesis, master's thesis, research etc.), this fact has to be pointed out in footnote 1 of the manuscript.

—— 2.

Manuscript should be sent in **electronic format** to the following e-mail address: bostjan.koritnik@revija-pravnik.si.

Manuscripts have to be grammatically correct, otherwise the manuscript could be returned to the author or its publication rejected. The title of the manuscript should be written in bold capital letters. The titles in the body of the manuscript should be numbered and written in capital letters; subtitles should be numbered and written in bold lower case letters.

The first and last name of the author, with the scientific and/or academic title, function, and institution of his/her employment should be mentioned below the main title of the manuscript.

Example: **John Smith**, doctor of laws, professor at the Faculty of Law, University of Ljubljana

* Prepared with the kind assistance of Grega Strban, Ph.D., Faculty of Law, University of Ljubljana.

3.

Manuscripts are subject to **blind peer review and classified by the editorial board**. The author might suggest the classification for his/her manuscript.

Manuscripts should be accompanied by an abstract and up to five key words, both in Slovenian and English language. The cost of preparing the Slovenian abstract (EUR 30.00) may be deducted from the author's fee if provided by the editorial board upon request of the author. Abstract should not be longer than 15 lines. The abstracts should be equipped with the last name (in capital letters) and first name of the author and the title of the manuscript in the corresponding language. The editor will add the information on the volume and issue of *The Jurist*, and the numbers of pages of the published manuscript.

Example: SMITH, John: Pravna sredstva v civilnem procesnem pravu, Pravnik, Ljubljana 2008, let. 63, št. 1–3

... (15 lines of abstract and 5 key words in Slovenian language)

SMITH, John: Legal Remedies in the civil procedural law, Pravnik, Ljubljana 2008, Vol. 63, Nos. 1–3.

... (15 lines of abstract and 5 key words in English language)

The Jurist publishes manuscripts also in foreign languages (English, German, Italian, Croatian, Serbian – Latin script), when there is a special reason to do so. The later has to be communicated to the editorial board, which decides on the publication of the manuscript in a foreign language. Manuscript in a foreign language has to be grammatically correct. The editorial board does not perform corrections. Next to the short (15 lines) abstract with five key words in Slovenian and English language, the manuscript should be accompanied with a longer abstract (1.000 words) in Slovenian language.

4.

The **scope of the manuscript** depends on its subject. One of the basic aims of the journal is to cover all fields of law. Under headings “Articles” and “Discussions” the manuscript should not be longer than 10.000 words, i.e. approximately 30 pages with 1.5 spacing between the lines. Other manuscripts should not be longer than 5.000 words, i.e. approximately 15 pages with 1.5 spacing between the lines. Footnotes and the sources (literature) should be included in the scope of the manuscript. An advance agreement with the editor is required for longer manuscripts.

5.

A **list of used sources and literature** should be presented at the end of the manuscript, with full bibliographical information, in the alphabetical order of last names of the authors/editors. Consulted internet sites should be enumerated separately.

In the **footnotes** only the first letter of the first name and the last name with the “*op. cit.*”, and exact page should be mentioned.

Example: J. Smith, *op. cit.*, p. 55.

In case the same author is represented with more than one publication, the year is added in parentheses.

Example: J. Smith, *op. cit.* (2009), p. 55.

If in the footnotes immediately following the previous one the same source is cited again, “*Ibidem*” should be used. It should be indicated, if the page number is distinct.

Example: *Ibidem*.

Example: *Ibidem*, p. 56.

Footnotes are inserted after the separator, e.g. after a full-stop. Footnotes end with a separator, e.g. with a full-stop. It is not necessary to cite the date of accessing the internet site (this information is in the list of sources at the end of the manuscript).

In short presentations where there is no list of sources and literature at the end of the manuscript, in the footnote first mentioning the author and the publication full bibliographical information should be cited. The same rule should be applied in the longer abstract.

— 6.

Full bibliographical information should comprise:

- **Books:** First and last name of the author, book title (also the number of the edition, if applicable), translator (if applicable), publisher, place and year of publication.

Example: John Smith: Legal Remedies in the civil procedural law. 2nd Edition, translation Janez Novak, Legal publishing, Ljubljana 2010.

- **Collection of articles or parts of books:** next to the author, title and exact pages of the article or the book part, also the title of the collection/book, first and last names of authors or editor(s) (marked Ed. or Eds.) should be mentioned.

Example: John Smith: Legal Remedies in the civil procedural law, in: Janez Novak, Maja Medved (Eds.), Civil procedural law. Legal publishing, Ljubljana, 2010, p. 52–79.

If there are more than three authors or editors, it suffices to cite the first one mentioned, followed by the abbreviation “*et. al.*”.

Example: John Smith: Legal Remedies in the civil procedural law, in: Janez Novak et.al., Civil procedural law. Legal publishing, Ljubljana 2010, p. 52–79.

- **Journal articles:** First and last name of the author, title of the article, name of the journal with citing the volume number, year of publishing, issue number, and pages of the article.

Example: John Smith: Legal Remedies in the civil procedural law, in: Pravnik, 127 (2010) 5-8, p. 202–233.

The numbers represent Volume 127 (year 2010) issue number 5-8.

- **Internet sites:** inequality signs (< and >) before and after citing the internet site, no hyperlink, with the date in parentheses.

Example: <www.pf.uni-lj.si> (5/5/2010).

7.

If **legislative act or other legal text** is being cited, it should be accompanied with the full title in the body of the manuscript, with an official abbreviation in parentheses.

Example: As regulated in the Pension and Invalidity Insurance Act (PIIA).

If there is no official abbreviation one (possibly settled) abbreviation should be given by the author.

Example: As regulated in the Pension and Invalidity Insurance Act (hereafter PIIA).

At the same time in the footnote the place of publication (usually Official Gazette) of the legislative act or other legal text should be cited.

Example: ¹⁰ Official Gazette RS, No. 106/99.

8.

Judicial decisions should be cited as marked by the issuing court of law.

Example: Case C-228/07 *Petersen* [2008] ECR I-6989, para. 42.

9.

Authors **have to send the following data** to the editorial board: tax number and tax authority, full address, address for sending materials regarding the publication of the contribution (for example the address at work), bank account number, full name of the bank, phone and/or mobile phone number, e-mail address.

Potential changes of these data should be notified to the editorial board.

By sending his/her manuscript, the author agrees with the provisions of the publishing contract provided at <www.revija-pravnik.si/sl/Za+avtorje>. The editorial board may explain those provisions and/or provide an English translation upon request. After the publishing of the manuscript the author will receive two copies of the publishing (copy-rights) contract and should return one signed copy as soon as possible.

Authors are **kindly requested to follow these guidelines**. Otherwise the publication of the manuscript might be rejected.

For the Editorial Board
Editor in Chief
dr. Dragica Wedam Lukić

UPUTE ZA AUTORE*

1.

Pravnik u pravilu objavljuje samo radove koji još **nisu bili niti objavljeni niti poslani na objavu** drugom časopisu. Ako pisac već objavljenog djela smatra da postoje posebni razlozi i za objavu u Pravniku, mora javiti gdje je djelo bilo objavljeno odnosno kome je bilo poslano na objavu. Ako pisac u svome djelu navodi otkrića koja je argumentirao i/ili već izrazio u nekom svojem drugom djelu, korektno je od izdavatelja odnosno izdavača tog teksta, da u bilješci navede da je o tome već pisao i gdje. Ako dijelove teksta iz svog članka objavljenog u Pravniku u identičnom obliku objavi u drugoj publikaciji, mora navesti da je o tome (šire) već pisao u članku koji je bio objavljen u reviji Pravnik. Ako je djelo bilo pripremljeno na osnovi kojeg drugog djela, tj. teksta koje je bilo pripremljeno s drugačijom namjenom (seminarski rad, diplomski, magistarski ili doktorski rad, poglavlje u kojem drugom, možda još neobjavljenom književnom radu i sl.), to je potrebno izričito navesti u prvoj bilješci.

Primjer: Djelo je bilo pripremljeno na osnovi magistarskog rada naslova Brzi postupak i pravna sredstva u Prekršajnom zakonu, kojeg je sam autor pod mentorstvom dr. Janeza Novaka uspješno obranio 5. svibnja 2008. godine na Pravnom fakultetu Sveučilišta u Mariboru.

Autor za uredništvo treba navesti i razlike između oba teksta (npr. u opsegu, u novijim podacima i dodatnim izvorima koji su uzeti u obzir), a uredništvo će odlučiti je li objava djela prikladna.

2.

Radovi moraju biti poslani putem nekog od elektroničkih medija ili e-pošte (bostjan.koritnik@revija-pravnik.si).

Radovi moraju biti jezično besprijekorni, u suprotnom će se tekst vratiti autoru na popravak odnosno objava djela bit će odbijena. Naslov djela i naslovi prve razine moraju biti napisani velikim tiskanim slovima, dok naslovi nižih razina moraju biti napisani malim slovima. Ime i prezime pisca s obrazovanjem, znan-

* Prijevod je rad Nikoline Krtinić, odvjetničke vježbenice u Odvjetničkom društvu Rojs, Peljhan, Prelesnik & partneri o.p., d.o.o., Ljubljana.

stvenim nazivom i/ili akademskim stupnjem te funkcijom i institucijom u kojoj je zaposlen, navode se ispod naslova.

Primjer: **Janez Novak**, sveučilišni diplomirani pravnik, doktor upravnih znanosti, savjetnik uprave, Ius, d. d., Ljubljana.

3.

Radove razvrstava u rubrike revije urednički odbor, a ako autor želi da se njegov rad uvrsti u određenu rubriku, neka to posebno navede. Kod članaka se mora pripremiti **sinopsis na slovenskom i engleskom jeziku (uključujući i prijevod naslova) te ključne riječi na oba jezika zbog internetske/web tražilice**. Sinopsis može imati obim od najviše 15 redova. Prvo neka se navedu prezime (u cijelosti s velikim slovima) i ime pisca, a zatim naslov članka i oznaka revije.

Primjer: NOVAK, Janez: Pravna sredstva u Prekršajnom zakonu, Pravnik, Ljubljana 2008, god. 63, br. 1–3 *odnosno* NOVAK, Janez: Legal Remedies in the Minor Offences Act, Pravnik, Ljubljana 2008, Vol. 63, Nos. 1–3.

Autor može, ako želi, pripremiti i duži sažetak na engleskom ili njemačkom jeziku, koji će biti objavljen nakon članka na slovenskom jeziku. Time će postići jednostavnije širenje ideja djela među inozemnim čitateljima.

Pravnik objavljuje djela i na inozemnim jezicima (engleski, francuski, njemački, talijanski, hrvatski, srpski; u latinici), kad za to postoji poseban razlog, o kojem autor treba obavijestiti uredništvo i kojeg uredništvo na toj osnovi prihvati u objavu. U tom slučaju tekst mora biti i jezično besprijekoran jer uredništvo ne lektorira tekstove na inozemnom jeziku, a autor mora, uz kraće sažetke na slovenskom i engleskom jeziku iz prvog stavka ove točke uputa, pripremiti i duži sažetak na slovenskom jeziku, u duljini od približno 6.000 do 10.000 znakova. U pojedinačnom broju neće biti objavljen više od jedan članak na inozemnom jeziku.

4.

Opseg djela zavisi od teme koju autor obrađuje, ali pritom je potrebno poštivati temeljnu sadržajnu osnovu revije koja bi trebala pokrivati što više pravnih područja. U rubrici Članci radovi trebaju imati maksimalan opseg od dvije autorske pole (60.000 znakova s razmacima odnosno približno 30 strana s razmacima između redova 1,5), a i drugi radovi do jedne autorske pole (30.000 znakova sa razmacima odnosno do približno 15 strana s razmacima između redova 1,5). U sve navedeno ubrajaju se i bilješke i popis literature. Za objavu djela u većem opsegu potreban je dogovor s uredništvom.

5.

Na kraju članka po mogućnosti treba biti **popis upotrijebljenih izvora** s potpunim bibliografskim podacima (vidi 7. točku) raspoređen po abecednom redu

prezimeni, a web stranice neka budu navedene odvojeno. U tom slučaju u bilješkama (ispod crte) navodi se samo prvo slovo imena i prezime s napomenom „nav. rad“ i stranom upotrijebljenog izvora.

Primjer: J. Novak, nav. rad, str. 55.

U bilješkama koje neposredno slijede jedna drugu, navodi se samo „Baš tamo.“ odnosno – ako je samo strana iste literature druga – „Baš tamo, str. 56.“

Ako je isti pisac naveden s više radova, dopiše se godina u kojoj je rad bio objavljen.

Primjer: J. Novak, nav. rad (2005), str. 55.

Ako je na kraju rada naveden popis upotrijebljene literature, kod web stranica ne treba pisati datum zadnje posjete (jer je taj podatak u popisu literature).

Brojevi bilješki pišu se nakon interpunkcijskih znakova. Bilješke završavaju konačnim interpunkcijskim znakom.

— 6.

Ako djelu nije priložen popis upotrijebljenih izvora, potpuni se bibliografski podaci navode (vidi točku 7.) samo u onoj bilješci u kojoj se rad prvi put pojavi, a kasnije se navode samo ime i prezime autora s dodatkom „nav. rad“ i strana upotrijebljenog izvora.

Primjer: J. Novak, nav. rad, str. 55.

— 7.

Potpuni bibliografski podaci obuhvaćaju:

- **kod knjiga:** ime i prezime pisca, naslov knjige (kod knjiga s više izdanja i oznaku broja izdanja), potencijalnog prevoditelja i u pravilu izdavatelja te mjesto i godinu izdanja.

Primjer: Janez Novak: Pravna sredstva u Prekršajnom zakonu. Drugo izdanje, prijevod Mitje Anglista, Pravna založba, Ljubljana 2008.

- **kod zbirke članaka i poglavlja u knjigama:** osim pisca članka i naslova te strana opsega citiranog članka odnosno poglavlja i naslov zbirke odnosno knjige te imena i prezimena autora odnosno potencijalnih redaktora, s oznakom, ako su redaktori ili urednici (ur.).

Primjer: Janez Novak: Pravna sredstva u Prekršajnom zakonu, u: Darja Kovač, Luka Kocmut, i Mitja Golob: Inflacija prekršaja. Pravna založba, Ljubljana 2008, str. 40–80.

Ako postoji više od tri autora odnosno redaktora, uz zbirku, zbornik ili knjigu, dovoljno je navesti prezime i ime prvog navedenog, i zatim navesti „i drugi“.

Primjer: Janez Novak: Pravna sredstva u Prekršajnom zakonu, u: Kovač, Darja, i drugi: Inflacija prekršaja. Pravna založba, Ljubljana 2008, str. 40–80.

- **kod članka iz revija:** ime i prezime pisca, naslov članka i naslov revije s navodom godišta, godine izdanja i broja te strane navedenog članka.

Primjer: Janez Novak: Pravna sredstva u Prekršajnom zakonu, u: Pravnik, 125 (2008) 5–8, str. 202–233; brojevi znače: godište 125 (godina izdanja 2008), broj revije 5–8.

- **kod web stranica:** simbol < prije i simbol > nakon naziva web stranice, bez poveznice i s datumom – mjesec se tu piše s brojem – u zagradama.

Primjer: <www.pf.uni-lj.si> (5. 5. 2008).

8.

Ako članak upućuje na **zakonski ili drugi pravni propis**, on se prvi put navodi s punim nazivom već u tekstu, sa službenom skraćenicom u zagradama.

Primjer: To proizlazi već iz podjele poglavlja u Prekršajnom zakonu.

Ako službena skraćenica naziva ne postoji, skraćenicu odabire pisac.

Primjer: To proizlazi već iz podjele poglavlja u Pravilniku o organizacijskoj strukturi prekršajnih organa (nastavno: Pravilnik).

Istovremeno se u **bilješci navodi broj Narodnih novina** u kojima je citirani akt bio objavljen.

Primjer: NN RH, br. 50/07.

9.

Sudska rješenja potrebno je citirati jednako kao što ih označava sud koji ih je izdao.

Primjer navođenja odluke Ustavnog suda RH:

odluka USRH, br. U-I-23/2008 od dana 5. lipnja 2008.

10.

Autor mora – uz svaku prvu objavu – **uredništvu poslati:**

OIB (osobni identifikacijski broj) porezni broj i porezni ured, adresu prebivališta (ulica, kućni broj, poštanski broj, mjesto), adresu za dostavu gradiva u vezi s objavom u reviji Pravnik (npr. službena adresa), broj transakcijskog računa (IBAN) i točan naziv banke, svoj telefonski broj i broj mobitela te e-mail/elektroničku adresu.

Autor mora obavijestiti uredništvo o potencijalnim izmjenama.

Autor je s posredovanjem rada u objavu suglasan s odredbama izdavačkog ugovora koji je dostupan na <www.revija-pravnik.si/sl/Za+avtorje>. Nakon objave djela, autor će primiti ispunjen ugovor u dva primjerka, od kojih jedan treba što prije potpisati i vratiti uredništvu.

Suradnike revije molimo da poštuju ove upute jer će u suprotnom uredništvo odbiti objavu njihovog rada.

Za urednički odbor
odgovorna urednica
dr. Dragica Wedam Lukić